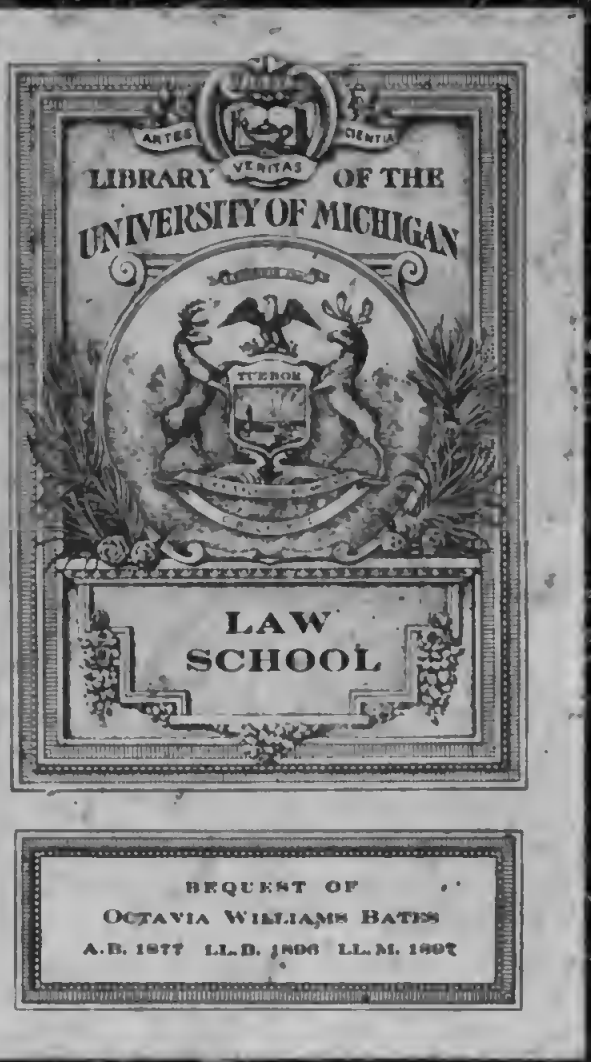
Digitized by Google



BEQUEST OF
OCTAVIA WILLIAMS BATES
A.B. 1877 LL.B. 1896 LL.M. 1897

FL8
G3.9
T942l
1906

Digitized by Google

Das

Liegenschaftsrecht

nach den

deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY.

Für die Praxis bearbeitet

von

Dr. W. Turnau und Dr. K. Förster,
Reichsgerichtsräten.

454

Erster Band:

Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Paderborn.
Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh.
1906.

Digitized by Google

Vorwort.

Die Vorschriften, durch welche das Liegenschaftsrecht bestimmt wird, liegen sehr verstreut. Sie sind teils im Bürgerlichen Gesetzbuche, teils in anderen Reichsgesetzen, teils aber auch in vorbehaltenen und in aufrecht erhaltenen Landesgesetzen enthalten. Zweck der von den Verfassern unternommenen Arbeit ist, durch zusammenfassende Erläuterung aller einschlägigen Rechtsnormen dem Praktiker die Anwendung der schwierigen Rechtsmaterie zu erleichtern.

Das neue Recht beruht auf dem bisherigen Rechte, und zwar im wesentlichen auf dem preußischen Rechte. Daher bieten die im Gebiete des letzteren über streitige Rechtsfragen ergangenen Urteile der Gerichte ein wichtiges Hilfsmittel zur Lösung der auch künftig in großer Zahl zu erwartenden Kontroversen. In diesem Sinne, aber auch um Abweichungen des neuen Rechtes von dem früheren klarzulegen, ist die bisherige preußische Rechtsprechung in großem Umfange zur Erläuterung des neuen Rechtes herangezogen.

Nicht minder wichtig für das Verständnis des neuen Rechtes sind die gesetzgeberischen Vorarbeiten dazu, unter denen namentlich die Motive zum ersten Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs hohen wissenschaftlichen Wert haben. Aus ihnen und den sonstigen Materialien ergibt sich der Zusammenhang des neuen Rechtes mit dem bisherigen Rechte. Sie sind überall benutzt, mit besonderer Ausführlichkeit bei den grundlegenden Bestimmungen der §§ 873 bis 902 BGB. Die Stellen, welche Auszüge aus den Materialien enthalten, sind durch Anwendung engeren Druckes gekennzeichnet.

Von Landesrechten ist nur das preußische Recht berücksichtigt, weil die Arbeit schon in dieser Beschränkung außerordentlich mühsam ist und die Heranziehung der anderen Partikularrechte, insbesondere der überaus zahlreichen Ausführungsbestimmungen zu den Reichsgesetzen, den Umfang des Werkes, dessen Übersichtlichkeit und Handlichkeit beeinträchtigt haben würde.

Das Werk ist — namentlich mit Rücksicht auf die der Grundbuchordnung von Turnau gegenüber geäußerten Wünsche — in zwei Teile zerlegt, von welchen hiermit der erste, der das materielle Liegenschaftsrecht behandelt, der Öffentlichkeit übergeben wird. Der zweite Teil, welcher das formale Grundbuchrecht enthalten soll, wird im Laufe des nächsten Jahres erscheinen. Die Erläuterung des materiellen Liegenschaftsrecht folgt der Reihenfolge der §§ des BGB., die des formalen Grundbuchrechts der Reihenfolge der §§ der GBO. Die in Betracht kommenden Vorschriften des Einführungsgesetzes zum BGB., der Nebengesetze zum BGB. und der aufrecht erhaltenen Landesgesetze sind da, wo es am passendsten erschien, besprochen, die wichtigeren auch ihrem Wortlaute nach (unter Hervorhebung durch größeren Druck) mitgeteilt. So ist es auch mit dem für das Liegenschaftsrecht wichtigen Zwangsvollstreckungsgesetze vom 24. März 1897 gehalten, dessen fortlaufende Kommentierung überdies gegenüber den bereits vorliegenden umfangreichen Werken nicht geboten erschien. Dagegen sind einzelne für das Liegenschaftsrecht unentbehrliche Bestimmungen, welche nicht in dem 3. Buche des BGB. enthalten sind, einer besonderen Erörterung unterzogen; so aus dem BGB. die §§ 90 bis 102 (Sachen), der § 313 (obligatorischer Grundstücksveräußerungsvertrag), die §§ 414 ff. (Schuldübernahme) und aus der ZPO. die Bestimmungen über die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866 bis 868, 932).

Vom Abdrucke der im preußischen Justizministerium ausgearbeiteten Formulare für Grundbuchsachen soll abgesehen werden, da sie lediglich für die Grundbuchämter Wert haben, diesen aber vorliegen. Formeln für Eintragungsbewilligungen und Eintragungsvermerke werden nur für solche Fälle vorgeschlagen, in denen die Fassung zweifelhaft sein kann.

Über den Inhalt des vorliegenden Bandes gibt das vorgedruckte Inhaltsverzeichnis Auskunft. Dem zweiten Bande wird ein ausführliches Sach- und Quellenregister beigegeben werden.

Aus der Entstehungsgeschichte des BGB. ist unten das Unentbehrliche mitgeteilt.

Möge die praktische Brauchbarkeit des Werkes der aufgewendeten Mühe entsprechen.

Leipzig, im Juli 1900. **Die Verfasser.**

Vorwort zur zweiten Auflage.

Die zweite Auflage gibt das Werk in vielfach geänderter Gestalt. Die Miteilung der Gesetzesmaterialien ist beschränkt, um Raum für die vielen Ergänzungen zu schaffen, welche infolge der in regen Fluß gekommenen Rechtsprechung und der neueren Erscheinungen der Literatur nötig geworden sind. Die zerstreuten Erörterungen über das Bergrecht, die selbständigen Gerechtigkeiten und das Enteignungsrecht sind aus dem ersten Bande ausgeschieden; sie sind in die Anhänge zum zweiten Bande, der voraussichtlich um Ostern nächsten Jahres in neuer Auflage vorliegen wird, verwiesen. Dennoch hat der erste Band leider an Umfang gewonnen.

Die Anlage des Werkes ist nicht geändert. Namentlich haben die Verfasser geglaubt, den Lockungen einzelner Kritiker, ihnen auf das Feld der unfruchtbaren juristischen Konstruktion zu folgen, widerstehen zu müssen. Die zahllosen Theorien über das Wesen der Grundschuld z. B. sind jedenfalls für den Praktiker völlig wertlos.

Weggelassen sind die Hinweisungen darauf, welche Teile von den einzelnen Verfassern bearbeitet sind. Die Verfasser haben gegenseitig Kritik geübt, und es trägt jeder von ihnen die Verantwortung für das Ganze.

Die bis Ende Juni 1902 veröffentlichten Entscheidungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts sind berücksichtigt. Die letzten Lieferungen der Kommentare von Planck und Fuchs haben nur teilweise benutzt werden können.

Dem zweiten Bande wird wieder ein vollständiges Sach- und Quellenregister beigegeben werden. Für den ersten Band muß vorläufig das ausführliche Inhaltsverzeichnis genügen.

Leipzig, im Juli 1902. **Die Verfasser.**

Vorwort zur dritten Auflage.

Auch diese Auflage darf sich als eine vermehrte und verbesserte bezeichnen. Es sind nicht nur die neueren Entscheidungen und die hervorragenderen Erscheinungen der Literatur berücksichtigt, sondern auch viele neue Erörterungen eingeschaltet. Die Abkürzungen sind die üblichen, so daß von ihrer Erklärung Abstand genommen werden konnte. Die etwa erforderlichen Berichtigungen und Ergänzungen werden im zweiten Bande erscheinen.

Leipzig, im März 1906. **Die Verfasser.**

Digitized by Google

Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die neuen Gesetze.

1. Nachdem durch Reichsgef. v. 20. Dezember 1873 (RGBl. S. 373) in Abänderung des Art. 4 Nr. 13 der Reichs-Verfassung v. 16. April 1871 die Gesetzgebung des Reiches auf das gesamte Bürgerliche Recht ausgedehnt war, berief der Bundesrat eine Kommission von fünf angesehenen Juristen, um über Plan und Methode bei Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Vorschläge zu machen (die sog. Vorkommission). Die ihm überreichten Vorschläge billigte der Bundesrat und setzte am 2. Juli 1874 eine Kommission von elf Mitgliedern ein, zu deren Vorsitzenden vom Reichskanzler der Präsident des Reichsoberhandelsgerichts Dr. Pape ernannt wurde. Am 17. September 1874 trat die Kommission zusammen. Zum Redaktor wurde für das Sachenrecht der Geheime Oberjustizrat Johow bestellt. Nach Fertigstellung der Entwürfe mit Motiven begann die Gesamtkommission, die bis dahin nur periodisch zur Entscheidung von Prinzipienfragen zusammengetreten war, am 4. Oktober 1881 ihre Beratungen. Der hieraus hervorgegangene Entwurf, der in fünf Büchern 2164 Paragraphen enthielt, wurde dem Reichskanzler mittels Berichts v. 27. Dez. 1887 überreicht. Auf Beschluß des Bundesrats wurde er mit Motiven, die ohne Beschlußfassung der Kommission von den Redaktoren, Hilfsarbeitern und Referenten ausgearbeitet waren, mit der Aufforderung zur Kritik veröffentlicht.[1] Ein sechstes Buch, das unter der Überschrift „Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen" die Vorschriften über das sog. Internationale Privatrecht enthielt, ist in den Entwurf nicht aufgenommen und nicht veröffentlicht, aber später in der Kommission für die zweite Lesung der Beratung zugrunde gelegt. Es wurden dann von der ersten Kommission noch die Entwürfe eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, einer Grundbuchordnung und eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ausgearbeitet und nebst Motiven in den Jahren 1888 und 1889 dem Reichskanzler überreicht. Auch diese Entwürfe sind mit den Motiven veröffentlicht.[2] Am 30. März 1889 wurde die Kommission geschlossen, bevor der ausgearbeitete Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der nicht streitigen

[1] Erschienen 1888 als „Amtliche Ausgabe" bei Guttentag in Berlin unter dem Titel:
(Entw. I.) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission.
(Mot.) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd I Allgemeiner Teil. Bd II Recht der Schuldverhältnisse. Bd III Sachenrecht. Bd IV Familienrecht. Bd V Erbrecht.

[2] Erschienen 1888, 1889 als „Amtliche Ausgabe" bei Guttentag in Berlin unter den Titeln:
(Entw. I.) Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission.
(Mot.) Nebst Motiven.
Entwurf einer Grundbuchordnung und Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission. Nebst Motiven.

Gerichtsbarkeit zur Beratung gelangt war. Über die Verhandlungen der ersten Kommission ist nichts veröffentlicht. Die Protokolle sind nur in einer kleinen Anzahl metallographiert.

Nach Erscheinen einer großen Zahl von kritischen Besprechungen und nach Eingang der gutachtlichen Äußerungen der Bundesregierungen beschloß der Bundesrat am 4. Dez. 1890, daß der festgestellte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes dazu einer zweiten Lesung durch eine Kommission von 22 Mitgliedern unterzogen werde. Die Kommission trat am 15. Dezember 1890 zusammen, vertagte sich aber nach Feststellung der Geschäftsordnung bis zum 1. April 1891, um den ernannten sechs Referenten Zeit zur Vorbereitung zu geben. Von da an hat die Kommission bis zum 27. März 1895 den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs erledigt. Neben der Hauptkommission erfolgte die definitive Fassung durch die Redaktionskommission. Einzelne besonders schwierige Materien wurden durch besondere Subkommissionen vorbereitet. Eine Schlußrevision des ganzen Entwurfs[1] fand vom 6. Mai bis zum 19. Juni 1895 statt. Der Entwurf, dem ein sechstes Buch mit der Überschrift „Anwendung ausländischer Gesetze" beigefügt war, wurde nochmals von der Redaktionskommission durchgesehen und am 21. Oktober 1895 von der Kommission genehmigt, am 22. Oktober 1895 dem Reichskanzler und von diesem dem Bundesrat überreicht, der ihn seiner Justizkommission überwies.[2] Der Reichskanzler legte ihn mit den von der Justizkommission beantragten Änderungen am 17. Januar 1896 dem Reichstage vor.[3] Dem Entwurfe war eine im Reichsjustizamt ausgearbeitete Denkschrift beigegeben.[4] Das sechste Buch war gestrichen und durch eine Reihe von Vorschriften in dem ersten Abschnitte des Einführungsgesetzes ersetzt. Letzteres hatte die Kommission in der Zeit vom 14. Oktober bis 21. Dezember 1895 beraten und dabei die Art. 11 bis 15, welche die Änderungen der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zu diesen Gesetzen enthielten, aus dem Entwurf ausgeschieden und in ein besonderes Gesetz verwiesen. Der Entwurf des Einführungsgesetzes wurde vom Bundesrat in der von seiner Justizkommission beantragten Fassung[5] im Anfange des Jahres 1896 dem Reichstage vorgelegt. Die zweite Kommission, die den Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze hierzu vom 20. Dezember 1895 bis zum 8. Februar 1896 beraten hatte, wurde am 8. März 1896 geschlossen.[6]

---

[1] Erschienen in den Jahren 1892 bis 1895 bei Guttentag (auch bei Vahlen) in Berlin
(Entw. II.) als Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission.

[2] Erschienen auf amtliche Veranlassung 1898 bei Guttentag in Berlin unter dem Titel: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zur Zivilprozeßordnung und zur Konkursordnung in der Fassung der Bundesratsvorlagen.

[3] Erschienen 1896 bei Vahlen in Berlin als:
(Entw. III.) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dem Reichstage vorgelegt in der 4. Session der IX. Legislaturperiode.

[4] Erschienen 1896 bei Vahlen in Berlin unter dem Titel:
(Denkschr.) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen. Dem Reichstag vorgelegt in der 4. Session der IX. Legislaturperiode. (Die Anlage II. enthält eine Zusammenstellung der aus Anlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Aussicht genommenen Änderungen und Ergänzungen der Zivilprozeßordnung und der Konkursordnung, soweit sie für das Verständnis des Gesetzbuchs wesentlich sind.)

[5] Erschienen 1896 bei Vahlen in Berlin als:
Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst den Materialien zu dem dritten Abschnitte des Entwurfs. Dem Reichstage vorgelegt in der 4. Session der IX. Legislaturperiode.

[6] Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürger-
(Prot.) lichen Gesetzbuchs sind unter diesem Titel im Auftrage des Reichsjustizamts

Die erste Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes im Reichstag endigte mit der Verweisung an eine Kommission von 21 Mitgliedern. Diese beriet den Entwurf in zwei Lesungen und erstattete ihren Bericht am 12. Juni 1896. Die zweite Lesung im Plenum des Reichstags erfolgte in der Zeit vom 19. bis zum 27. Juni 1896, die dritte Lesung am 30. Juni und 1. Juli 1896. Nachdem der Bundesrat seine Zustimmung zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze dazu erteilt und der Kaiser beide Gesetze vollzogen hatte, erfolgte deren Verkündigung unter dem 18. August 1896 in Nr. 21 des Reichsgesetzblatts auf S. 195—650.

2. Nach Art. 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ist das Bürgerliche Gesetzbuch am 1. Januar 1900 gleichzeitig mit der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (RGBl. S. 139), dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (RGBl. S. 97) und dem Einführungsgesetze dazu vom 24. März 1897 (RGBl. S. 135), mit dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 189), dem Gesetze, betreffend Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 230) und dem Einführungsgesetze dazu vom 17. Mai 1898 (RGBl S. 248), mit dem Gesetze, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung, vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 252), dem Gesetze, betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung, vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 256) und dem Einführungsgesetze dazu vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 332) in Kraft getreten.

Auf Grund des Gesetzes, betreffend die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung der Texte verschiedener Reichsgesetze, vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 342) sind die Texte des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung, des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und des Einführungsgesetzes dazu, der Grundbuchordnung, des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie anderer Gesetze, die hier nicht unmittelbar interessieren, in der Fassung, in der sie am 1. Januar 1900 in Geltung getreten sind, auf S. 371—903 des Reichsgesetzblatts von 1898 bekannt gemacht.

Als neue Reichsgesetze sind zu erwähnen: das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 (RGBl. S. 375), das Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. Dezember 1899 (RGBl. S. 691) und das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (RGBl. S. 213).

3. Für Preußen sind die durch die Reichsgesetze der Landesgesetzgebung, der landesherrlichen Verordnung und der Landesjustizverwaltung vorbehaltenen Ergänzungen ergangen durch 1) das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 20. September 1899 (GS. S. 177), die Verordnung zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 16. Nov. 1899 (GS. S. 562) und die Verordnung, betreffend den Güterstand bestehender Ehen, von 20. Dezember 1899 (GS. S. 607); 2) das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 (GS. S. 249) und die Verordnung über die Ortsgerichte in den Oberlandesgerichtsbezirken Frankfurt und Kassel vom 20. Dezember 1899 (GS. S. 640) sowie die Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 28. Dezember 1899 über das Verfahren und die Gebühren der Ortsgerichte (JMBl. S. 889); 3) das Ausführungsgesetz

von Dr. Achilles, Dr. Gebhard und Dr. Spahn in sechs Bänden und einem von Jatzow angefertigten Register herausgegeben und 1897 bis 1899 bei Guttentag in Berlin erschienen. (Bd I Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. 1. Bd II Recht der Schuldverhältnisse Abschn. II Tit. 2—20, Abschn. III, IV. Bd III Sachenrecht. Bd IV Familienrecht. Bd V Erbrecht. Der Bd VI enthält die Protokolle, die sich auf das sechste Buch des Entwurfs II, Anwendung ausländischer Gesetze, auf die Revision des Entwurfs II, auf den Entwurf des Einführungsgesetzes und den Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zur Zivilprozeßordnung und zur Konkursordnung beziehen.)

Digitized by Google

zum Reichsgesetze vom 17. Mai 1898, betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung, vom 22. September 1899 (GS. S. 284); 4) das Ausführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 23. September 1899 (GS. S. 291); 5) das Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 26. September 1899 (GS. S. 307), die Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen, vom 13. November 1899 (GS. S. 519, 657) nebst der Bekanntmachung des Justizministers vom 29. Januar 1900 (GS. S. 19) und der Allgemeinen Verfügung des Justizministers vom 18. November 1899 zur Ausführung der Art. 4, 14 und 36 der Verordnung vom 13. November 1899 (JMBl. S. 347), sowie der Verordnung, betreffend die Anlegung von Grundbüchern im Gebiete des vormaligen Herzogtums Nassau, vom 11. Dezember 1899 (GS. S. 595), der Allgemeinen Verfügung des Justizministers dazu vom 7. Mai 1900 (JMBl. Nr. 21) und der Verordnung, betreffend die Anlegung des Grundbuchs für die Insel Helgoland, vom 10. April 1900 (GS. S. 111), ferner die Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 20. November 1899 zur Ausführung der Grundbuchordnung (JMBl. S. 349).

Auf Grund gesetzlicher Ermächtigung ist der Text mehrerer Gesetze in der v. 1. Jan. 1900 ab geltenden Fassung bekannt gemacht, insbesondere des preußischen Gerichtskostengesetzes (GS. 1899 S. 325), des Ausführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung (das. S. 388), des Gesetzes, betreffend das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten (das. S. 403).

An die Stelle der Verordnungen, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, vom 7. September 1879 (GS. S. 591) und vom 4. August 1884 (GS. S. 321) ist die Verordnung vom 15. November 1899 (GS. S. 545) getreten.

Inhaltsübersicht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

(Die vorgesetzten §§ sind die des BGB., die Ziffern im Texte die der Anmerkungen.)

Seite

Vorbemerkungen und Ergänzungen 1

I. Stellung des Sachenrechts im Systeme des BGB. II. Die dinglichen Rechte. 1. Begriff S. 1. 2. Die einzelnen Kategorien S. 2. III. Ausschließung gewisser Materien von der Regelung durch das BGB. S. 3. IV. Die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts S. 4. V. Die Bucheinrichtung als Grundlage des Immobiliarrechts. 1. Röm. Recht. 2. Die preuß. HypO. v. 1783 und die preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 S. 6. 3. Publizitäts-, Eintragungs-, Legalitätsprinzip, Grundbuchsystem S. 7. 4. Bucheinrichtung S. 9. VI. Übersicht über das Sachenrecht S. 9. VII. Sachen. 1. Res in commercio und res extra comm. S. 11. 2. Sachgesamtheit und zusammengesetzte Sachen S. 13. 3. Bewegliche und unbewegliche Sachen. Rechte mit Grundstücksrecht. a. Bergbauberechtigung. α. Bergwerkseigentum S. 14. β. Kohlenabbaugerechtigkeit. Salzabbaugerechtigkeit in Hannover. γ. Berechtigung zur Gewinnung von Eisenerzen (PAG. z. BGB. Art. 39). b. Andere selbständige Gerechtigkeiten S. 15. VIII. Liegenschaft, Bestandteile, Zubehör, Früchte, Ansprüche aus der Versicherung S. 16. Begriff der Liegenschaft S. 17.

A. Bestandteile.

§ 93. Begriff der Bestandteile eines Grundstücks 17

1, 2. Wesentl. u. nicht wesentl. Best. Best. eines Bergwerks S. 17. 3. Bestandt. teilen das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Keine besonderen dinglichen Rechte an wesentl. Best. S. 18. Pfändungspfandrecht an ungetrennten Früchten S. 19. Besitz an wesentl. Best. Bestandteilseigenschaft nach neuem Rechte zu beurteilen. 4. Nicht wesentl. Best. können Gegenstand besonderer dingl. Rechte sein S. 20. Bruchteil kein Bestandteil. 5. Grundstück als Best. eines anderen Grundst. 6. Trennung von Best. 7. Best. auf einer Grenze S. 21.

§ 94. Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks und eines Gebäudes . 21

1, 2. Allgemeines. 3. Feste und dauernde Verbindung. 4. Keller- und Stockwerkseigentum S. 22. Teilbarkeit der Gebäude in vertikaler Richtung. 5. Erzeugnisse. Bäume. Anschlag mit dem Forsthammer S. 24. Samen. Pflanzen. Früchte eines Baumes. 6. Wirkung der Trennung von Erzeugnissen u. sonstigen Bestandt. S. 25. 7. Besondere Rechte an getrennten Best. 8. Abtrennung eines Flächenabschnitts vom Grundstücke S. 27. 9. Bodenbestandteile. 10. Gebäude. Zur Herstellung eingefügte Sachen S. 28. 11. Wirkung der Verbindung fremder bewegl. Sachen mit dem Grundstücke S. 29. 12. Losgelöster Erdkörper. 13. Wiederabtrennung verbundener Sachen. 14. Neues Recht anzuwenden, auch wenn die Verbindung unter altem Rechte bewirkt ist S. 30.

Digitized by Google

Seite

§ 95. Verbindung oder Einfügung zu einem vorübergehenden Zwecke oder in Ausübung eines Rechtes 30
1. Allgemeines S. 30. 2. Begriff und Beispiele einer vorübergehenden Verbindung S. 31. 3. Die zu vorübergehendem Zwecke oder in Ausübung eines dinglichen Rechtes verbundenen oder eingefügten Sachen sind Bestandteile des Grundstücks. 4. Ohne Recht auf fremden Grundst. errichtete Gebäude S. 32.

§ 96. Rechte als Bestandteil eines Grundstücks 33
1. Beispiele. 2, 3. Sie gelten als nicht wesentl. Bestandt. 4. Apothekerprivilegien.

B. Zubehör.

§ 97. Begriff des Zubehörs eines Grundstücks oder Gebäudes 33
I. 1. Begriffsmerkmale S. 34. 2. Verkehrsanschauung. 3. Verlust der Zubehöreigenschaft. 4. Rechte können kein Zubehör haben; anders aber selbständige Gerechtigkeiten S. 37. II. Erstreckung der Wirkungen von Rechtsgeschäften über die Hauptsache auf deren Zubehör (§ 314 BGB.). 1. Obligatorische Verträge. 2. Dingliche Rechtsgeschäfte S. 38. a. Eigentumserwerb. b. Nießbrauch. c. Dingl. Vorkaufsrecht. d. Hypothek S. 39. Ausscheiden aus der dinglichen Haftung S. 40. e. Verschlechterung und unwirtschaftl. Entfernung des Zub. f. Vormerkung. III. Zub. als Gegenstand besonderer Rechte. Eigentumsvorbehalt S. 41. Fahrnispfändung. Vertragspfandrecht. IV. Schicksal des Zub. im Falle der Grundstücksteilung. V. Die Frage, was als Zub. für die unter dem früheren Rechte bestellten Hyp. haftet, ist nach BGB. zu entscheiden S. 42.

§ 98. Zubehör eines für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes oder eines Landguts 43
1. Begründung des § 98. 2. Beispiele der Bestimmung zum gewerblichen Betriebe S. 43. Eigentumsvorbehalt S. 44. 3. Begriff des Landguts. Gerät und Vieh S. 45. Dünger S. 46.

C. Früchte und Nutzungen.

§ 99. Früchte einer Sache, eines Rechtes 46
I. Fruchtbegriff. II. 1. Fr. einer Sache. a. Organische Erzeugnisse S. 46. b. Ausbeute. 2. Fr. eines Rechtes. 3. Erträge vermöge eines Rechtsverhältnisses S. 47. III. 1. Was für den Eigentümer Fr. des Grundst. ist, kann für andere Frucht eines Rechtes sein. 2. Fr. als Bestandteile, als Zubehör. 3. Miet- und Pachtzins. Vorausverfügungen S. 48. 4. Haftung des mit dem Grundst. verbundenen Rechtes auf wiederkehrende Leistungen. 5. Wirkung der Beschlagnahme des Grundst. S. 49.

§ 100. Nutzungen 50

§ 101. Verteilung der Nutzungen unter zwei aufeinanderfolgende Nutzungsberechtigte 50
1. Substanzialprinzip S. 50. 2. Verteilung juristischer Früchte S. 51. 3—5. Verteilung bei der Zwangsversteigerung, Fideikommißfolge ꝛc. S. 52.

§ 102. Ersatzansprüche des zur Herausgabe von Früchten Verpflichteten 52

D. I. Versicherungsforderungen. 52

1—3. Surrogatnatur S. 52. 4. Haftung für die Hypothek a. bei der Gebäudeversicherung S. 53, b. bei der Versich. anderer Gegenstände. 5 Vers. zur Wiederherstellung S. 55. 6. Wirkung der Beschlagnahme des Grundstücks auf die VersForder. bei Gebäudeverf. S. 56, bei Vers. anderer Gegenstände. 7. Fahrniszwangsvollstreckung in die VersForder. S. 57. 8. Übergang der Forder. auf den Erwerber des Grundst. 9. Zahlung an einen Zessionar S. 58. 10. Landesgesetzl. Vorbehalte S. 59.

II. Enteignungsentschädigung 59

E. Lasten.

§ 103. Verteilung regelmäßig wiederkehrender Lasten 59

Erster Abschnitt.

Seite

Besitz. 60

Übersicht. I a. Keine Unterscheidung zwischen Inhabung u. B. b. Eigenbesitz. c. Gegenstände des B. d. Definition S. 60. e. Rechtl. Wirkungen. f. Bedeutung des Wortes „Inhaber" und „Gewahrsam" in verschiedenen gesetzl. Bestimmungen. II. Inhalt des Abschnitts. III. Übergangsbestimmung des Art. 180 EG. z. BGB. S. 61. IV. Der B. wird nicht ins Grundbuch eingetragen S. 62.

§ 854. Besitzerwerb 62

1. Ursprüngl. Erwerb. Erwerb durch verbotene Eigenmacht und durch Übertragung S. 62. 2. Gegenstand des B. 3. Besitzfähigkeit. 4. Erfordernisse des Erwerbs, insbesondere bei Übertragung des unmitteld. B. S. 63. 5. Erwerb durch Stellvertreter S. 64.

§ 855. Besitzdiener 64

1. Begriff u. Befugnisse. 2. Besitzerwerb durch ihn. 3. Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter S. 65.

§ 856. Beendigung des Besitzes 65

1. Fälle u. Voraussetzungen der Beend. S. 65. 2. Beend. durch Handlungen des Besitzdieners. 3. Vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt. 4. Beend. des mittelb. Bes. S. 66.

§ 857. Vererblichkeit des Besitzes 67

1. Übergang des B. mit Eintritt des Erbfalls. Bedeutung des Wortes „Besitz" in diesem §. Vererblichkeit des B. eines Verwalters, eines Gesellschafters. 2. Nacherbfolge S. 67. 3. Schutz des B. des Erben. 4. Maßgebend das Recht zur Zeit des Erbfalls S. 68.

§ 858. Verbotene Eigenmacht. Fehlerhafter Besitz 68

1. Begriff, Voraussetzungen u. Beweis der verb. Eigenm. S. 68. 2. Begriff der Fehlerhaftigkeit u. ihre Wirkungen gegen Besitznachfolger. 3. Precarium S. 69.

§ 859. Selbstschutz des Besitzers 69

1, 2. Voraussetzungen S. 69. 3. Berechtigt nur der unmittelb. und der Mitbesitzer. 4. Gegen wen richtet sich die Selbsthilfe? S. 70.

§ 860. Ausübung des Selbstschutzes durch den Besitzdiener 70

§ 861. Gerichtlicher Schutz gegen Besitzentziehung 71

I. 1. Natur der Besitzklagen. 2. Verhältnis zur Klage aus dem Rechte zum B. S. 71. 3. Voraussetzungen der BKlagen. Klage aus früherem B. nur bei bewegl. Sachen. 4. Gerichtsstand-Verbindung mit anderen Klagen. Widerklage aus dem Rechte zum B. S. 72. II. Besitz-Entziehungsklage. 1, 2. Aktiv- u. Passiv-Legitimation. 3. Voraussetzungen S. 73. 4. Ziel der Klage. Beweislast. 5. Zulässige Einwendungen S. 74.

§ 862. Gerichtlicher Schutz gegen Besitzstörung 74

II. 1. Begriff der Störung. Verschulden nicht erforderlich. 2, 3. Aktiv- u. Passivlegitimation S. 75. Störung durch eine Anlage, durch einen Besitzdiener. 4. Zweck und Ziel der Klage S. 76. 5. Schadenersatz S. 77.

§ 863. Einwand des Rechtes zum Besitze oder zur Störung 77

§ 864. Erlöschen der Ansprüche aus der Entziehung oder Störung des Besitzes 78

I. Ausschluß-, nicht Verjährungsfrist. Beweislast. II. 1. Erlöschen durch rechtskräftige Feststellung des Rechtes. Begriff des Rechtes an der Sache S. 78. 2, 3. Zusammentreffen der Entscheidung über Besitz und Recht. 4. Nichtanwenddarkeit des § 864 Abs. 2 auf ein vor dem 1. Januar 1900 begangenes Besitzunrecht S. 79.

§ 865. Schutz des Teilbesitzes 80

§ 866. Schutz des Mitbesitzes gegen die Mitbesitzer 80

1. Fälle des gemeinschaftl. oder Mitbesitzes. 2. Erwerb und Beendigung. Verwandlung in Alleinbesitz. 3. Schutz des Mitbesitzers gegen Fremde S. 80. 4. Schutz gegen Mitbesitzer S. 81.

Seite

§ 867. Anspruch des Besitzers einer auf ein fremdes Grundstück gelangten bewegl. Sache 81
1. Kein Recht, fremde Grundstücke zu betreten. 2. Gestattungspflicht des Grundstücksbesitzers S. 81. 3. Wer ist anspruchsberechtigt? 4. Voraussetzung und 5. Wegfall der Gestattungspflicht S. 82. Beweislast. 6. Inhalt des Anspruchs. 7. Entschädigungsanspruch des Grundstücksbesitzers. 8. Sicherheitsleistung. Beweislast. 9. Recht des Grundstücksbesitzers, die Sache selbst aufzusuchen. 10. Anspruchsberechtigt auch der nicht besitzende Eigentümer der bewegl. Sache. 11. Ausnahmefall S. 83.

§ 868. Begriff des mittelbaren Besitzes 83
1. Rechtl. Natur des mittelb. B. S. 83. 2. Voraussetzungen. Begriff des ähnlichen Verhältnisses S. 84. 3. Erwerb und Übertragung. 4. Schutz. 5. Mittelb. B. an bewegl. Sachen. 6. Streitverkündung des verklagten unmittelb. Besitzers an den mittelb. (ZPO. § 76) S. 85.

§ 869. Schutz des mittelbaren Besitzes 86
1. Begrenzung des Schutzes S. 86. 2. Voraussetzungen und Inhalt des Schutzes S. 87. 3. Konkurrenz der Klagen des unmittelb. und mittelb. Besitzers. 4. Einwand des fehlerhaften Besitzes. 5. Aufsuchen bewegl. Sachen S. 88. 6. Weiterbegebung des mittelb. B. S. 89.

§ 870. Art der Übertragung des mittelbaren Besitzes 89
1. Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. 2. Wirkung der Übertr.

§ 871. Abstufungen des mittelbaren Besitzes 90

§ 872. Eigenbesitz 90
1. Begriff. 2. Besitzwille. Guter Glaube. 3. Wirkungen. 4. Beendigung.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkungen 91
1. Durchführung des Öffentlichkeits- u. Eintragungsprinzips. 2. Bedeutung u. Ausgestaltung des Eintragungsprinzips S. 91. 3. Die Übergangszeit (EG. z. BGB. Art. 189) S. 93.

§ 873. Begründung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten 95
I. Bisheriges Recht. II. Entstehungsgeschichte des § 873 S. 95. **III. Das geltende Recht.**
A. Das Kausalgeschäft S. 100. Bedarf regelmäßig keiner Form. Ausnahmefälle. Heilung von Formmängeln nur in Ausnahmefällen. Nichtigkeit u. Anfechtbarkeit. Verbindung des obligatorischen u. dingl. Geschäfts S. 101. Vorlegung des obligator. Vertrags bei der Auflassung.
B. Die Einigung. 1. Vertragsnatur S. 102. Form. Dingliche Bindung. Verhältnis von Einigung u. Eintragung S. 103. Streitfrage, ob aus der Einigung auf Erfüllung geklagt werden kann S. 104. 2. Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung. Zustimmung Dritter S. 105. Einigung ohne Vertretungsmacht S. 106. 3. Die Einigungsbeteiligten. Der Berechtigte. Das Konvaleszenzprinzip S. 107. Der andere Teil S. 108. Verfügungsfähigkeit der Beteiligten. Einigung durch Vertreter S. 109. 4. Form der Einigung. Formlose Einigung genügt zur dingl. Rechtsänderung, wenn ihr Eintragung vorausgegangen ist oder nachfolgt. Vor der Eintragung ist die Einigung bindend: a. wenn sie gerichtlich oder notariell beurkundet oder b. wenn sie vor dem Grundbuchamt erklärt ist S. 110, c. wenn die Erklärungen beim Grundbuchamt eingereicht werden, d. wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der GBO. entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Einseitige Gebundenheit nicht möglich S. 111. Besondere Formvorschriften für die Auflassung. 5. Inhalt der Einigung S. 112. 6. Die dingliche Bindung ist keine Verfügungsbeschränkung. 7. Verhältnis der Einigung zum Kausalvertrag in Ansehung a. der Form, b. der Wirkung S. 113, c. der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Seite

wegen Willensmängel S. 115. d. Verschiedenheit der Wirkungen der Anfechtung aus dem RAnfG. u. aus den §§ 29 ff. KO. S. 116. e. Bedingung u. Befristung S. 117 8. Ersatz der Einigung durch Urteil S. 118.
C. Die Eintragung. 1. Bedeutung und Wirkung der Eintragung, insbesondere 2. in Verbindung mit der Einigung S. 118. 3. Inhalt des Eintragungsvermerks S. 119. 4. u. 5. Erfordernisse der Eintragung S. 120.
D. Anwendung des § 873. 1. Er bezieht sich nur auf rechtsgeschäftl. Rechtsänderungen. 2. Übertragung des Eigentums, Begründung, Belastung u. Übertragung des Erbbaurechts S. 120, Begründung der Grunddienstbarkeiten, Bestellung des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, des dingl. Vorkaufsrechts S. 121. Begründung, Belastung u. Übertragung der Reallasten, der Hypothek, Grund- u. Rentenschuld S. 122.
E. Rechtsänderungen für die das Gesetz einanderes vorschreibt S. 122.

IV. Ersatz der Einigung u. Eintragungsbewilligung durch Urteil. 1. § 894 ZPO. Voraussetzung: Rechtskraft. Urteilsformel S. 125. 2. Eintritt der Rechtskraft. Zeugnisse darüber S. 127. 3. Fälle, wo es neben der Rechtskraft noch anderer Nachweise bedarf a. Kalendertag, Sicherheitsleistung, Gegenleistung, Zug um Zug-Leistung S. 128. Wahl bei Alternativleistungen S. 129. Eventualleistung. Vorbehalt der Erbenhaftung S. 130. b. Vollstreckbare Ausfertigung für und gegen Rechtsnachfolger ꝛc. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters S. 131. 4. Die besonderen Fälle der §§ 735—749 ZPO. a. Verein. b. Gesellschaft. c. Nießbrauch an einem Vermögen S. 132. d. Verwaltungs-, Errungenschafts-, Fahrnis-Gemeinschaft. e. Allgemeine Gütergemeinschaft S. 133. f. Selbständiger Gewerbebetrieb der Frau. g. Die erst im Laufe des Rechtsstreits eingetretene Verwaltungs-, Errungenschafts- oder Fahrnis Gemeinschaft S. 134. h. Die allgemeine Güter-, Errungenschafts- oder Fahrnis-Gemeinschaft in der Zeit von ihrer Beendigung bis zur Auseinandersetzung. i. Fortgesetzte Gütergemeinschaft. k. Das Kind unter elterlicher Gewalt. l. Nachlaß vor der Teilung. m. Testamentsvollstrecker S. 135. n. Erben. 5. Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs aus einem vorläufig vollstreckb. Urteile S. 136. ZPO. § 895. 6. Anspruch auf Erteilung der zur Eintragung erforderl. Urkunden. ZPO. § 896. S. 137. 7. Wegnahme des HypBriefs durch den Gerichtsvollzieher steht der Übergabe gleich. ZPO. § 897. 8. Anwendung der Vorschriften über den guten Glauben auf die Fälle der §§ 894, 897 ZPO. ZPO. § 898. S. 138. 9. Gerichtlicher Vergleich S. 139.

§ 874. Bezugnahme im Eintragungsvermerk auf die Eintragungsbewilligung 139
1. Das bisher. preuß. Recht. 2. Der Entw. II. 3. Beschränkung der Bezugnahmebefugnis. Besondere Bestimmungen für die Hyp., Grund- u. Rentenschuld S. 139. 4. Bedeutung der Bezugnahme S. 140. 5. Bezugn. bei Neubelebung untergegangener Rechte. 6. Fälle, die durch Bezugnahme nicht gedeckt werden. 7. Stelle der Eintragung im Grundbuche. 8. Bezugn. bei Anlegung des Grundbuchs S. 141. 9. Inhalt der Bezugn. S. 142.

§ 875. Aufhebung von Rechten an Grundstücken 142
1. § 875 gilt nur für Aufhebung durch Rechtsgeschäft. 2. Entstehungsgeschichte S. 142. 3. Ausnahmefälle. 4. Erfordernisse der rechtsgeschäftl. Aufhebung S. 143. Unwiderruflichkeit des Verzichts. Ersatz des Verzichts durch Urteil. 5. Unterscheidung zwischen Aufgeben und Aufheben bei der Hypothek S. 144. 6. Form und Wirkung des obligatorischen Geschäfts auf Aufhebung. 7. Entsprechende Anwendung des § 875 auf andere Fälle. 8. Unschädlichkeitszeugnis. 9. Nichtmitübertragung eines eingetragenen Rechtes auf abgeschriebene Grundstücksteile S. 145.

§ 876. Aufhebung eines mit dem Rechte eines Dritten belasteten Rechtes an einem Grundstücke 145
I. 1—4. Entstehungsgeschichte. II. 1. Erfordernis der Zustimmung S. 146. 2. Zust. ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, und zwar 3. eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Klage aus der formlosen Zust. auf Erfüllung der Form. Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Dritten nach der Zust. S. 147. 4. Wirkung der Zust. 5. Fall, wo das belastende Recht dem jeweiligen

Seite

Eigentümer eines Grundstücks zusteht. Andere Einzelfälle. 6. Voraussetzungen der Löschung des belasteten Rechtes S. 148. 7. Zust. nicht erforderlich bei Unschädlichkeit. 8. Entsprechende Anwendung des § 876 S. 149.

§ 877. Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstücke . . 149
I. Entstehungsgeschichte. II. 1. Anwendungsbereich S. 149. 2. Begriff der Änderung. 3. Inhaltsänderung in den Fällen der §§ 1119, 1168, 1198, 1203 BGB. Änd. des Rangverhältnisses. 4. Änd. des Inhalts von Dienstbarkeiten und Reallasten bei Teilung des Grundstücks. 5. Übergangsbestimmung S. 150.

§ 878. Einflußlosigkeit der nachträglichen Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung 150
I. 1 u. 2 Entstehungsgeschichte S. 150. II. 1. Voraussetzung: bindende Bewilligung u. Eintragungsantrag. 2. Voraussetzungen der Bindung S. 151. 3. insbesondere bei Aufhebung eines Rechtes. 4. Erforderlich ein begründeter Antrag S. 152. 5. Entsprechende Anwendung. 6. Keine Anwendung auf Vormerkungen. III. 1. Begriff u. Fälle der Verfügungsbeschränkungen S. 153. Konkurseröffnung. Guter Glaube. 2. Wirkung der Verfügungsunfähigkeit S. 154. 3. Arreste, Zwangsvollstreckungen, Vormerkungen während der Dauer des Konkurses (KO. § 14). a. Zwangs- und Arresthypotheken S. 155. b. Zwangsvormerkung S. 156. Bewilligte Vorm. c. Wirkung des allgem. Veräußerungsverbots. d. Einzelfälle. Sicherungshypothek auf Grund eines gesetzl. Titels. Nachlaßkonkurs. e. Eintragung eines Widerspruchs auch nach Konkurseröffnung zulässig. f. Wirkung der KonkEröffnung auf schon erlassene Arrestbefehle. Erwerb von Rechten an Konkursgegenständen nach Eröffnung des Konk. (KO. § 15) S. 157. A. Satz 1 des § 15. a. § 15 handelt nur vom Erwerb dinglicher Rechte. b. Begriff und Arten des Erwerbs S. 158. c. Einzelfälle. Änderung des Rangverhältnisses. Rangvorbehalt. Beschlagnahme von Mietzinsen. Erwerb von Zubehörstücken während des Konk. S. 159. Unwirksamkeit nur relativ. B. Satz 2 des § 15 KO. a. u. b. §§ 878 u. 892 BGB. bleiben unberührt S. 160. C. § 15 handelt nicht von bestehenden, zu Unrecht gelöschten Rechten. Aufschiebend bedingter Erwerb. Beschränkung durch Anordnung einer Nachlaßverwaltung S. 161.

§ 879. Rang unter mehreren ein Grundstück belastenden Rechten . . . 161
I. 1—3. Entstehungsgeschichte S. 161. II. 1. Vorschriften der GBO. über die Reihenfolge der Eintragungen S. 163. a. Rangverhältnis in derselben Abt. S. 164, in verschiedenen Abt. 2. Rang bedingter oder betagter Rechte S. 165. 3. Rang eines vor seiner Entstehung eingetragenen Rechtes. 4. Ersatzpflicht des Staates für falsche Rangeintragung. 5. Berichtigung falscher Rangeintragungen S. 166. 6. Nichtige Eintragungen wirken nicht rangerhaltend. 7. Vertragliche Regelung des Rangverhältnisses und Folge der Unterlassung der Eintragung. Arglistiger Mißbrauch des eingeräumten Ranges S. 167. III. 1. Rang des Schiffspfandrechts, 2. des durch Tabularersitzung erworbenen Rechtes, 3. der Vormerkung und des Widerspruchs, 4. der Rechte an einem als Bestandteil zugeschriebenen Grundstück im Verhältnisse zu den Rechten am anderen Grundstücke, 5. der ohne Eintragung entstehenden Rechte. 6. Rangordnung bei der Zwangsvollstreckung. IV. Art. 118 EG. z. BGB. Preuß. Landeskulturrenten S. 168. V. Rang der vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Rechte S. 169.

§ 880. Nachträgliche Rangänderung 170
I. 1—3. Entstehungsgeschichte S. 170. II. Abweichungen vom früheren preuß. Rechte. Erfordernisse: 1. Einigung. Rangänd., wenn beide Rechte in einer Hand sind, S. 172. 2. Zustimmung des Eigentümers nur bei Hypothek, Grund- u. Rentenschuld erforderlich; Abweichung bei Zwangshypotheken S. 173. Erweiterungen der Hypothek teilen deren Rang. Vormerkung der Rangänderung. 3. Zustimmung Dritter, für die das Recht belastet ist. 4. § 880 findet nur auf eingetragene oder gleichzeitig zur Eintragung gelangende Rechte, auch auf Vormerkungen Anwendung. 5. Eintragung der Rangänderung. 6. Wirkung der RÄnd. (Aufhebung des zurücktretenden Rechtes. Zwischenrechte) S. 174. 7. Rangwechsel. Vertreten mehrerer Rechte, der Gesamthypothek S. 176. Einräumung des Vorrangs auf nur einem der mehreren verhafteten Grundstücke oder auf einem Teile des

Seite

Grundstücks oder mit der Beschränkung, daß der Vorrang einer Hyp. nur insoweit zustehen soll, als die Forderung zur Entstehung gelangt, oder unter einer Bedingung. 8. Eintragung zur Wirkung gegen Dritte erforderlich S. 177. 9. Berücksichtigung der Änderung bei Feststellung des geringsten Gebots. 10. Wirkung vertraglicher Regelung des Rangverhältnisses durch Einigung aller Beteiligten. Forderungsaustausch S. 178. 11. Sicherung des vertraglichen Rechtes auf Löschung voreingetragener Hypotheken. 12. Einräumung des Vorrangs vor amortisierten Teilen einer Hyp. 13. Eintragung der Rangänderung in Preußen. 14. Übergangszeit S. 179.

§ 881. Rangvorbehalt 179

I. 1 u. 2. Entstehungsgeschichte S. 179. II. Einigung erforderlich S. 180. 1. Voraussetzung ist ein dem Umfange nach bestimmtes Recht u. Gleichzeitigkeit des Vorbehalts mit der Belastung S. 181. 2. Eintragung beim zurücktretenden Rechte. 3. Übergang des vorbehaltenen Rechtes auf den Grundstückserwerber. Nichtabtretbarkeit u. Nichtpfändbarkeit S. 182. 4. Keine Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über das Grundstück. 5. Zwischenrechte bleiben unberührt. Ihre Berücksichtigung bei Feststellung des geringsten Gebots S. 183. 6. Art des Vorbehalts. 7. Löschung S. 184.

§ 882. Eintragung des Werterſatzes 184

I. ZVG. §§ 92, 121 Abs. 1 S. 184. 2. Anwendungsfälle: Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Reallasten, dingl. Vorkaufsrecht S. 185.

§ 883. Die Vormerkung 185

I. 1. Früheres preuß. Recht S. 185. 2. u. 3. Entstehungsgeschichte des § 883 S. 187. II. Unterschied zwischen Vormerkung und Widerspruch S. 189. 1. Fälle und Voraussetzungen der Vorm. S. 190. Vorm. zur Sicherung des Anspruchs auf schulden- und lastenfreie Auflassung von Teilen eines Grundstücks S. 191. 2. Vorm. wegen bedingter und künftiger Ansprüche S. 192, z. B. auf Auflassung. Form des Vertrags, durch den Anspruch auf Auflassung begründet wird. Vormerkung eines Vermächtnisses? 3. Vorm. nur zulässig wegen Ansprüche auf Bestellung, Aufhebung ꝛc. eines dinglichen Rechtes, nicht wegen vollstreckbarer festgestellter Geldforderungen S. 193. Sicherung des Anfechtungsklägers, wenn der Schuldner das Grundstück veräußert hat S. 194. 4. Wirkungen und rechtliche Natur der Vorm. S. 195. Wirkungen: a. dingliche Sicherung S. 196. Rang. b. Erhaltung bestehender Ansprüche, und zwar c. als persönliche Ansprüche mit allen ihnen anhaftenden Mängeln und d, e. ohne den Schutz des öffentl. Glaubens des Grundbuchs S. 197. f. Widerspruch gegen eine Vorm. oder einen Widersp. nicht eintragungsfähig. g. Vorm. gibt keine dingliche Klage; kann nicht Eigentümerhyp. werden S. 199. Arrestvorm. des früheren preuß. Rechtes. h. Berücksichtigung der Vorm. bei Feststellung des geringsten Gebots. i. Absonderungsrecht im Konkurse S. 200. k. Ablösungsrecht des Vorgemerkten. l. Bedeutung der Vorm. als qualifiziertes Veräußerungsverbot S. 201. m. Besondere Wirkung der Auflassungsvormerkung S. 202. n. Bei Klagen aus vorgemerkten Rechten gilt § 110 Nr. 5 ZPO. nicht. o. Verjährung des vorgemerkten Rechtes. p. Pflicht des Verkäufers, die V. löschen zu lassen S. 203. 5. Rangverhältnis mehrerer V. 6. Abtretbarkeit, Pfändbarkeit ꝛc. des vorgem. Rechtes. 7. V. des früheren Rechtes sind zu löschen, wenn das vorgem. Recht nach BGB. nicht eintragungsfähig ist. 8. Die V. erlangt Wirkungen erst mit der Eintragung S. 204, und zwar auch dann, wenn die zu sichernde Rechtsänderung sich nach Landesrecht außerhalb des Grundbuchs vollzieht. 10. Kosten der Eintragung. 11. Besondere V. nach preuß. Landesrechte. 12. Übergangsvorschriften S. 205.

§ 884. Wirkung der Vormerkung gegenüber dem beschränkt haftenden Erben 205

I. Entstehungsgeschichte S. 205. II. 1. Voraussetzungen des § 884. 2. Die beschränkte Haftung des Erben S. 206. 3. Die aufschiebenden Einreden des Erben S. 208.

§ 885. Die Eintragung der Vormerknng 208

I. 1—3. Entstehungsgeschichte S. 209. II. 1. Bewilligung in der Form des § 29 GBO. S. 210. Zustimmung und Genehmigung Dritter S. 211. Vorläufig vollstreckbares Urteil. 2. Einstweilige Verfügung S. 212. 3. Zu-

Seite

ständigkeit und Voraussetzung für den Erlaß einstw. Verfügungen S. 213. Form des Gesuchs. Form der Entscheidung. Verfahren. Streitwert. 4. Glaubhaftmachung des Anspruchs S. 214. 5. Voraussetzungen der Vollziehung einstweil. Verfügungen S. 216. 6. Die Eintragung der Vorm. in das Grundbuch S. 217. 7. Übergang der Rechte bei Abtretung des vorgemerkten Anspruchs. 8. Die endgültige Eintragung des vorgemerkten Anspruchs S. 219. Umschreibung von Vorm. des früheren preuß. Rechtes. 9. Löschung der V. S. 221. 10. Besondere, in der GBO. geregelte Fälle S. 222.

§ 886. Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung wegen ausschließender Einreden 222

I. Begriff der Einrede und Einwendung S. 222. II. 1. Ähnliche Bestimmungen in den §§ 1169, 1254 BGB. S. 223. 2. Wirkung der Einwendungen und 3. der Einreden S. 224. Verlangen des Beklagten auf Verurteilung nur Zug um Zug gegen Löschungsbewilligung. 4. Löschung der Vorm. unter Aufrechterhaltung des vorgem. Anspruchs. 5. Auch ungerechtfertigte Löschung hebt jede Wirkung der V. auf. 6. Anwendung des § 886, wenn nur ein Teil des vorgem. Anspruchs durch eine Einrede dauernd ausgeschlossen ist S. 225.

§ 887. Ausschließung des unbekannten Vormerkungsgläubigers . . . 226

1. Begründung der Vorschrift. 2. Wirkung des Ausschlußurteils.

§ 888. Anspruch des durch eine Vormerkung oder ein Veräußerungsverbot Gesicherten gegen Dritte auf Eintragungen und Löschungen 226

I. 1 u. 2. Entstehungsgeschichte S. 226. II. 1. Bewilligung des Vormerkungsschuldners und Zustimmung des dritten Erwerbers des belasteten Grundstücks oder Rechtes. 2. Erläuterung des § 888 an einem Beispiele S. 227. Konkurs- und Nachlaßverwalter S. 228. Streitfrage, ob die Klage gegen den Schuldner mit der gegen den Dritten verbunden und ob gegen den Dritten vor der Belangung des Schuldners geklagt werden kann. 3. Veräußerung während der Rechtshängigkeit S. 229. 4. Verfügungen des durch die Vormerkung Betroffenen sind nur dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam. 5. Unterschiede zwischen Vorm. und Veräußerungsverbot S. 230.

§ 889. Folgen der Vereinigung des Eigentumes an einem Grundstück und eines belastenden Rechtes in einer Person 231

I. 1. Früheres Recht S. 231. 2. Entw. I u. II. II. 1. Unterscheidung des neuen vom alten Rechte S. 232. 2. Beschränkte Gestattung der Bestellung von Rechten am eigenen Grundstücke. 3. Rechte an Grundstücken können auch ohne Löschung untergehen. 4. Anwendung des § 889 auf nicht eintragungsbedürftige und nicht eingetragene Rechte. 5. Keine Anwendung auf Rechte an Rechten oder an beweglichen Sachen und auf vorgemerkte Rechte S. 233. 6. Ausnahmebestimmung des § 1178 BGB. S. 234.

§ 890. Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken 234

I. 1 u. 2. Entstehungsgeschichte S. 234. II. 1. Fortbestehen landesgesetzlicher Verbote und Beschränkungen S. 235. 2. Voraussetzung: Antrag des Eigentümers mehrerer Grundstücke. Der Eigentümer hat die Art der Verbindung. Unmöglichkeit der Vereinigung oder Zuschreibung eines Miteigentumsanteils mit oder zu einem anderen Grundstücke. 3. Wirkung auf die Belastungsverhältnisse a. bei Vereinigung S. 236, b. bei Hinzuschlagung. 4. Hinzugeschlagenes Grundstück als Gegenstand besonderer Rechte. 5. Keine Anwendung des § 890 auf Bergwerkseigentum. 6. Landesgesetzl. Bestimmungen über Eisenbahn- und Kleinbahngrundstücke. 7. Zwangsversteigerung besonders belasteter vereinigter Grundstücke S. 237.

§ 891. Vermutung für das Bestehen eingetragener und für das Nichtbestehen gelöschter Rechte 237

Allgemeine Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs S. 237. 1. Vermutung für das Bestehen eingetragener, 2. für das Nichtbestehen gelöschter Rechte. 3. Beweiskraft der Bucheinträge S. 238. Gegenbeweis. Zerstörung der Vermutung. Inhalt der Vermutung S. 239. Die Vermutung gilt nicht für vorgemerkte Rechte und für reine tatsächliche Angaben des Grundbuchs (z. B. über Lage und Größe des Grundstücks) S. 240. Fall doppelter Buchung. 4. Gelöschte Vermerke begründen nicht Schlechtgläubigkeit.

Seite

5. Keine Vermutung für ein bestimmtes Anteilsverhältnis bei ungeteilt eingetragenen Rechten S. 241. 6. Anwendung des § 891 auf Eintragungen und Löschungen des früheren Rechtes S. 242. 7. Erstreckung der Vermutung auf die Hypothekenforderung. 8. Besonderer Fall des § 1148 BGB. 9. Maßgeblichkeit des Grundbuchinhalts für das Beschwerdegericht S. 243.

§ 892. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs 243

Durchbrechung des Grundsatzes: Nemo plus juris etc. Darstellung des früheren Rechtes S. 244. I. 1. Geschäft nur entgeltliche oder unentgeltliche dingliche Rechtsänderungen, die auf rechtsgeschäftlichen Verfügungen beruhen. Nicht geschützt obligatorische Rechte S. 245, der Erwerb kraft Gesetzes. 2. Der Erwerb durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung S. 246. 3. Der Erwerb der elterlichen und ehelichen Nutznießung, der Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, durch Zwangsenteignung S. 247, durch Gemeinheitsteilung und Zusammenlegung, durch Erbfolge oder sonstige Universalsukzession S. 248, fallen nicht unter den Grundsatz des § 892, wohl aber der Erwerb des Vermächtnisnehmers. Erbschein. Konkursmasse nicht Dritter im Sinne des § 892. 4. Geschützt werden nur Gutgläubige S. 249, 5. und zwar nur gegen Täuschungen, die im Grundbuche selbst ihren Grund haben. II. 1. Gegenbeweis gegen die Vermutung ausgeschlossen. Der öffentl. Glaube des Grundbuchs bezieht sich nur auf eingetragene oder gelöschte Rechte, nicht auf tatsächliche Angaben (z. B. nicht auf die aus dem Kataster in das Grundbuch übertragenen Angaben) S. 250. Eintragungen, die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften bewirkt sind, stehen nicht unter dem öffentl. Glauben. 2. Kein öffentlicher Glaube der Grundakten. Widerspruch zwischen Grundbuch u. Hypothekenbrief. 3. Doppelbuchungen S. 253. III. Wirkungen des öffentl. Glaubens. 1. in Ansehung der Rechte an Grundstücken, 2. in Ansehung der Verfügungsbeschränkungen S. 254. Veräußerungsverbote. Arten der Verfügungsbeschränkungen S. 255. § 137. BGB. Nichtabtretbare Forderungen (BGB. § 399, ZPO. § 851 Abs. 2). Familien- und erbrechtliche Beschränkungen S. 257. Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote. Arten der VerfBeschränkungen: a. gesetzliche S. 258 (Konkurs, Zwangsvollstreckung, Vormerkung, Rechtshängigkeit S. 259, Beschränkung des Verfügungsrechts der Frau S. 260); b. gerichtliche S. 261. Landesgesetzliche Beschränkungen. Art. 61 und 168 EG. zu BGB. S. 262. 3. Veräußerungsverbote in Konkurse. Auf das von Realgläubigen betriebene Immobiliarvollstreckungsverfahren ist die Konkurseröffnung einflußlos, KO. § 13. IV. 1. Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 263. 2. Gegenstand der Kenntnis S. 264. Nur die wirkliche Kenntnis, nicht auch 3. die verschuldete Unkenntnis schließt den Schutz des § 892 aus S. 265. 4. Der gute Glaube des Vormanns kommt dem Rechtsnachfolger zugute S. 266. 5. Kenntnis des Vertreters entscheidend S. 267. 6. Kenntnis der Anfechtbarkeit. 7. Entscheidender Zeitpunkt für die Kenntnis S. 268. 8. Kenntnis von einem Widerspruch oder einer Verfügungsbeschränkung S. 269. 9. Einwand der Rechtshängigkeit. 10. Inwieweit steht der Glaube des Grundbuchs dem zur Seite, der den Anteil eines von mehreren Gläubigern an einer Hypothek erwirbt? V. Der Schutz des wirklich Berechtigten S. 270. Verfügungen Nichtberechtigter. BGB. § 816. VI. 1. Fälle, in denen der Schutz ausgeschlossen ist S. 271. 2. Ausdehnung des Schutzes beim Erwerb einer Briefhypothek. 3. Schutz in den Fällen der §§ 755, 756, 1010 BGB. VII. § 892 nicht anzuwenden auf einen unter altem Rechte vollzogenen Erwerb. VIII. Rechte und Lasten, die gegenüber dem öffentl. Glauben der Eintragung nicht bedürfen S. 272. 1. Überbau- u. Notwegrente. 2. Bergrechtliches Vorkaufsrecht. Bergrechtliche Gebrauchs- u. Nutzungsrechte. Rentenbank- u. Domänenamortisationsrenten (PAG. z. BGB. Art. 22). Vorkaufsrecht im Herzogtum Bremen S. 273. Bestehende Grunddienstbarkeiten u. Miet- u. Pachtrechte S. 274. 3. Hilfsbaue. 4. Rechte, die kraft Gesetzes entstehen, aber volle Wirksamkeit erst durch Eintragung erlangen: a. Fall des § 1074 BGB. b. Fall des § 1287 BGB. c. Fall des § 848 ZPO. S. 275. 5. Die öffentlichen Lasten und Abgaben (PAG. z. BGB. Art. 1—3) S. 276. Deichlasten. Gemeine Lasten S. 277. Rentenbankrenten S. 278.

§ 893. Anwendung des Schutzes des öffentlichen Glaubens auf Leistungen an einen eingetragenen Nichtberechtigten 278

Seite

I. Entstehungsgeschichte S. 278. II. 1. a. Leistung S. 279. b. Rechtsgeschäft. 2. Ausdehnung u. Ausschluß des Schutzes. 3. KO. § 8 S. 280.

§ 894. Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs 280

Dinglicher Anspruch S. 280. I. Früheres preuß. Recht und Entstehungsgeschichte S. 281. II. 1. Fälle, Voraussetzungen und Art der Berichtigung S. 283. 2. Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuchs. § 894 auf Veräußerungsverbote u. tatsächliche Angaben nicht anwendbar. Unrichtigkeit infolge von außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Rechtsänderungen S. 284. 3. Die Unrichtigkeit steht unter dem Schutze des öffentl. Glaubens S. 285. 4. Der Berichtigungs-Berechtigte u. Verpflichtete. Voraussetzung der Berechtigung ist Verletzung eines dinglichen Rechtes. Vertreter. Zessionar S. 286. 5. Kein Berichtigungsanspruch gegen gutgläubige Erwerber S. 287. 6. Rechtliche Natur und Art der Geltendmachung des BAnspruchs S. 288. Bei allgem. Gütergemeinschaft der Mann allein zur Klage berechtigt. 7. Kein Anspruch auf Berichtigung der falschen Reihe der Eintragungen. 8. Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer. 9. BAnspr. des Eigentümers, der in Preußen vor dem 1. 10. 1872 ein Grundstück durch Kauf u. Übergabe erworben hat S. 289. 10. BAnspr., wenn bei ungeteilter Erbschaft die Miterben nicht als solche, sondern als Miteigentümer eingetragen sind S. 290. 11. BAnspr. bei Nichtigkeit der Auflassung (Schein) S. 291, (Irrtum) S. 292. Wirkung der Anfechtung S. 293. Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des BAnspr. BAnspr. bei mehrfacher Veräußerung des Grundstücks. Einrede gegen den BAnspr. Nichtigkeit der Auflassung S. 294. Anfechtung der Auflassung wegen Betrugs. 12. Geltendmachung der Anfechtbarkeit u. Nichtigkeit. 13. Berichtigung im Falle der Grenzregulierung u. 14. im Falle der §§ 1075, 1287 BGB. Anspruch auf Eintragung eines unter dem früheren Rechte entstandenen dinglichen Rechtes S. 295. 15. Berichtigung nicht mehr bestehender Rechte durch Löschung. 16. Berichtigung bei Hypotheken, Grund- u. Rentenschulden S. 296 im Falle formeller Ungültigkeit der Eintragungsbewilligung, im Falle des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung S. 297. Erstreckung des BAnspr. auf die Forderung. 17. Anspruch gütergemeinschaftlicher Eheleute gegeneinander auf B. durch Eintragung des gütergemeinschaftl. Verhältnisses. 18. Die Zustimmung des BVerpflichteten. Ersatz durch Urteil S. 298. Quittungsleistung, Löschungsbewilligung, Entpfändung S. 299. B. durch Eintragung eines Eigentümers oder Erbbauberechtigten. 19. Zuständigkeit für die Klage auf B. S. 300. 20. B. von Amts wegen S. 301.

§ 895. Pflicht des Berichtigungsschuldners, behufs Berichtigung des Grundbuchs sein Recht eintragen zu lassen 301

1. Zweck u. Anwendungsfälle S. 301. 2. a. Fall des § 1075 BGB. b. Recht des Nacherben auf Eintragung seines Rechtes S. 302.

§ 896. Pflicht zur Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs behufs Berichtigung des Grundbuchs 303

1. Entstehungsgeschichte S. 303. 2. Grund und Zweck der Bestimmung. 3. Anwendungsfälle. 4. Der Vorlegungsverpflichtete S. 304.

§ 897. Kosten der Berichtigung des Grundbuchs 305

§ 898. Unverjährbarkeit der Ansprüche aus den §§ 894 bis 896 . . . 305

1. Entstehungsgeschichte S. 305. 2. Verhältnis des § 898 zu den §§ 900, 901 BGB. S. 306.

§ 899. Widerspruch 306

I. 1. Früheres preuß. Recht. 2. Zweck des W. 3. Unterscheidung von der Vormerkung. W. im Konkurse. 4. Fälle des W. S. 307. 5. Wirkung des aus dem Hypothekenbriefe hervorgehenden Widerspruchs. 6. Der W. ändert nicht das gesicherte Recht. Fassung u. Stelle des Eintragungsvermerks. 7. Rechtsstellung des durch W. Gesicherten. 8. Der W. ist kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht S. 308. Berücksichtigung bei Feststellung des geringsten Gebots. 9. Der W. bewirkt keine Verfügungsbeschränkung. Unterschied von einer solchen. 10. Das durch W. gesicherte Recht steht nicht unter dem öffentl. Glauben des Grundbuchs. 11. Der durch W. gesicherte Anspruch auf Eintragung als Eigentümer ist nicht abtretbar. 12. Nichtverjährbarkeit des gesicherten Anspruchs S. 309. 13. Die §§ 885 Abs. 2, 886, 887 BGB. auf den Widerspruch nicht anwendbar. 14. Durch

Seite

die Eintragung des W. wird die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs beseitigt. 15. Mit der, wenn auch unrechtmäßigen Löschung verliert der W. jede Wirkung S. 310. II. 1. Eintragungsbewilligung. 2. Ersuchen des Prozeßgerichts. 3. Gerichtszuständigkeit. 4. Glaubhaftmachung S. 311. 5. Vollziehung der einstweil. Verfügung. 6. Stelle der Eintragung. 7. Übergang der durch den W. erlangten Sicherung auf den Erwerber einer Hypothek. 8. Endgültige Berichtigung S. 312. 9. Löschung des W. Kein W. gegen einen W. 10. Wirkung des W. gegen Rechtsnachfolger. 11. Wirkung der einstweil. Verfügung ohne Eintragung S. 313.

§ 900. Tabularersitzung 314

I. 1. Das frühere preuß. Recht. 2. Der erste S. 314, 3. der zweite Entw. II. 1. Allgemeines. 2. Erfordernisse der Erwerbung des Eigentums durch Tabularersitzung S. 315. Berechnung. Berechnung der Ersitzungsfrist. Hemmung. (BGB. §§ 202—207) S. 316. Unterbrechung. Fortsetzung der Ersitzung durch Rechtsnachfolger, der durch den Erbschaftsbesitzer begonnenen durch den Erben. 3. Erwerbung anderer eingetragener Rechte durch TabErs. 4. TabErs. des Testamentserben bei Auffindung eines neueren Testaments. 5. Anwendung auf das preuß. Bergwerkseigentum u. 6. auf die laufende Ersitzung des alten Rechtes S. 317.

§ 901. Verjährung zu Unrecht gelöschter und kraft Gesetzes entstandener, nicht eingetragener Rechte 318

1. Entstehungsgeschichte. 2. Zu Unrecht gelöschte Rechte erlöschen mit der Verjährung des materiell-rechtlichen konfessorischen Anspruchs S. 318. Unterbrechung der Verjährung durch Wiedereintragung. 3. Besondere Bestimmungen über das Erlöschen eingetragener Dienstbarkeiten. 4. Verj. von Rechten, die kraft Gesetzes entstanden sind S. 319.

§ 902. Unverjährbarkeit der Ansprüche aus eingetragenen Rechten . . . 319

I. A. u. B. Entstehungsgeschichte S. 319 f. II. 1. Begriff des Anspruchs. Einwirkung der Verj. auf den Anspr. Verjährungs- und Ausschlußfrist S. 321. Erwerb eines Rechtes durch Ersitzung. 2. Unverjährbare u. verjährbare Rechte. 3. Wirkung der Eintragung auf laufende Verj. S. 322. 4. Anwendung des § 902 auf eine unter altem Rechte begonnene Verj. 5. § 223 BGB. S. 323. 6. § 224 BGB. S. 324.

Dritter Abschnitt.

Eigentum.

Vorbemerkungen und Ergänzungen 325

I. Eigentum an allen Sachen möglich, die dem Privatverkehre nicht entzogen sind, u. an den grundstücksgleichen Rechten S. 325. Eigentum an Privatflüssen u. Landseen. Kein Eigentum an von Natur schiffbaren Strömen S. 326. Nutzungen des öffentlichen Stromes. Inhalt des Eigentums an Privatflüssen u. Quellen S. 327. Die Ufer des Meeres, des öffentl. Stromes, des Privatflusses. II. Arten des Eigentums. Art. 181 Abs. 2 EG. z. BGB. S. 328. III. Duplizität des Eigentums. IV. Konflikt zwischen dem wahren und dem Buch-Eigentümer. V. Stockwerks- und Kellereigentum. VI. Anwendung des BGB. auf bestehendes Eigentum. Art. 181 Abs. 1 EG. z. BGB. S. 329. Der Schutz regelt sich nur nach BGB., der Inhalt auch nach anderen Reichs- und Landesgesetzen. A. Beschränkungen der rechtlichen Verfügung des Eigentümers. Bestehenbleibende landesgesetzl. Beschränkungen S. 330. Geldrente, Rentenbankrente S. 331. Kirchengebäude, Synagogen, Kirchhöfe. Privatrechtl. und öffentlich-rechtl. Beschr. S. 332. B. Tatsächliche Beschr. Art. 111 EG. z. BGB. S. 333. Nachbarrechtl. Beschr. Art. 124 EG. z. BGB., vertragliche u. polizeiliche. a. Öffentl.-rechtl. tatsächliche Beschr.: 1. durch das ReichsrayonG. S. 334, 2. durch das ReichsG. über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht. Preußisch-rechtl. Beschr. 3. Leinpfad. 4. Baubeschränkungen S. 335 (StraßenfluchtG. S. 336, AnsiedelungsG. S. 337, Feld- u. FortspolizeiG.). 5. Beschränkungen in der baulichen Verfügung über bestehende Gebäude S. 338, 6. im Bauen an öffentl. Flüssen, 7. in der Benutzung von Privatwaldungen. 8. u. 9. Zwang zur Unterhaltung von Gräben, Kanälen, Wasserabzügen S. 339. 10. Zwang zur Erhaltung der Grundstücke in dem

Seite

durch das öffentl. Interesse gebotenen Zustande S. 340. 11. Zwang zum Eintritt in Wassergenossenschaften S. 341. 12. Beschränkungen durch DeichG. u. Statuten. 13. Verpflichtung zur Räumung von Privatflüssen S. 342. 14. Beschränkung der Ufereigentümer durch das StrombauG., 15. des Wassermühlenbesitzers durch Merkpfahlsetzung. 16. Pflicht der Anlieger zur Befestigung der Ufer öffentl. Flüsse. 17. Beschränkung im Wasserbauen an solchen Ufern. 18. Beschränk. durch das FischereiG. S. 343 und 19. durch das JagdpolizeiG. S. 344, 20. durch das ReblausG. — b. Privatrechtl. tatsächl. Beschränkungen in Preußen: α. durch das BergG. S. 345, β. durch das EnteignungsG., γ. durch das Nachbarrecht S. 346. Nachbarliche Duldungspflichten: 1. Gestattung der Vorflut S. 347. 2. Hammerschlags- und Leiterrecht. Gesetzliche Unterlassungspflichten: 1. Beschränk. im Gebrauche des Wassers in Privatflüssen S. 349, insbesondere 2. zugunsten von Wassermühlen u. anderen Triebwerken S. 351. 3. Beschränk. in der Benutzung von Quellen S. 352. 4. Beschr. zugunsten u. zu Lasten von Windmühlen. 5. Beschr. im Anlegen von Pflanzungen an der Grenze, 6. im Bauen an der Grenze S. 353, 7. im Anlegen von Fenstern u. anderen Öffnungen nach der Grenze zu S. 355, 8. im Anlegen neuer Türen an der Grenze S. 360. 9. im Anlegen u. Unterhalten von Grenzscheidungen S. 361. 10. Verlust des droit de vaine pâture durch Umfriedigung des Grundstücks. 11. Beschr. in der Erhöhung des Bodens an der Grenze. 12. Beschr. des Traufrechts. VII. Beschr., die sich aus den §§ 867 Satz 1, 962 Satz 1, 1133—1135, 226 BGB. ergeben S. 362. VIII. Die gesetzl. Eigentumsbeschränkungen werden nicht eingetragen; eintragungsbedürftig sind dagegen vertragsmäßige Änderungen der sich aus den Beschr. ergebenden Rechte S. 363.

Erster Titel.

Inhalt des Eigentums.

§ 903. Begriff des Eigentums 353
1. Tatsächl. u. rechtl. Herrschaft. 2. Keine Beschränkung des Eigentums in Benutzungsarten, die nicht sinnlich wahrnehmbar über die Grenzen seines Grundstücks hinauswirken. 3. Schranken des polizeilichen Verordnungsrechts S. 364.

§ 904. Einwirkung auf fremdes Eigentum zur Abwendung einer Gefahr 365

§ 905. Räumlicher Umfang des Eigentums an einem Grundstücke . . . 365
1. Begriff des Grundstücks. 2. Schranken des Rechtes, Einwirkungen zu verbieten S. 365. 3. Einschränkung des Ausschließungsrechts durch bergrechtl. Bestimmungen. 4. Unverjährbarkeit des Verbietungsrechts. Bestellung des Rechtes zu Einwirkungen als Dienstbarkeit. Möglichkeit der Tabularersitzung S. 367.

§ 906. Zuführung von Gasen, Dämpfen ꝛc. 367
1. Immission von Imponderabilien S. 367. 2. Übereinstimmung mit dem früheren Rechte. 3. Unzulässigkeit der Zuführung durch Leitungen. Klage gegen den Inhaber der Leitung S. 368. Wesentl. Beeinträchtigung. Örtliche Verhältnisse S. 369. Begriff des Gemeingewöhnlichen S. 370. Sinnlich wahrnehmbare Einwirkungen. 4. Beweislast. 5. Natur, Voraussetzungen, Zweck und Ziel der Klage. Passivlegitimation. Klagantrag. Verbindung mit der Schadenersatzklage. Haftung des Vermieters für Immissionen des Mieters. Schranke des polizeilichen Einschreitens S. 371. 6. Passivlegitimation. 7. Veräußerung des leidenden Grundstücks während des Rechtsstreits. 8. Dispositive Natur der Vorschriften des § 906. 9. Recht der Abwehr S. 372. 10. Ziel der Klage. Einstellung des beeinträchtigenden Betriebs (Ausnahme § 26 MGewO.). Herstellung von abhelfenden Einrichtungen. Schadenersatzklage nur bei Verschulden. Beweislast. Mehrere Immittenten S. 373. Landesgesetzl. Vorbehalte. Immissionen von Eisenbahnen u. Kleinbahnen. 11. Immission von Flüssigkeiten und festen Körpern S. 374. Glockenläuten. 12. Anwendung des neuen Rechtes auf frühere Immissionen. 13. Unverjährbarkeit des Anspruchs S. 375.

§ 907. Schädliche Anlagen auf Nachbargrundstücken 375
1. Schutz auch gegen drohende Eingriffe S. 375. Begriff der Anlagen und der Einwirkungen. Bodenerhöhungen. Auf Beseitigung landespolizeilich

Seite

genehmigter öffentlicher Anlagen keine Klage. Voraussetzung der Klage auf Nichtherstellung oder Beseitigung. Aktiv- und Passivlegitimation S. 376. 2. Klage auf Beseitigung von Anlagen, die landesgesetzlichen Vorschriften entsprechen. 3. Unverjährbarkeit des Anspruchs aus § 907 S. 377. 4. Anwendung auf Pflanzenanlagen und 5. auf Brunnen S. 378.

§ 908. Ansprüche wegen gefahrdrohender Gebäude 378

§ 909. Vertiefung des Grundstücks 379

I. 1. Abweichungen vom bisher. Rechte. 2. Negatorische Klage auf Unterlassen und auf Zuschütten. Passivlegitimation. Schadenersatzklage S. 379. Aktivlegitimation. 3. Grabungen mit anderem Erfolge. Grundwasser, Brunnen S. 380.

§ 910. Eingedrungene Wurzeln und herüberragende Zweige 380

I. 1. Abweichungen vom bisher. Rechte. Fristsetzung bei Zweigen. Anwendung auf bestehende Bäume. 2. Aktivlegitimation. II. Übergangsbestimmungen für Waldungen (EG. z. BGB. Art. 183). III. Landesrechtl. Vorbehalte für Obstbäume (EG. z. BGB. Art. 122). IV. Aufgehobene Bestimmungen S. 381.

§ 911. Hinüberfallende Früchte 382

§ 912. Überbau 382

I. Grund der Bestimmung u. rechtl. Natur der Duldungspflicht S. 382. II. Voraussetzungen: 1. Nachbareigentümer als Bauender, 2. ein für die Dauer errichtetes Gebäude u. Überschreitung der Grenze S. 383, 3. Nichtvorhandensein von Vorsatz u. grober Fahrlässigkeit, 4. Nichterhebung eines Widerspruchs seitens des Nachbars. Beweislast für die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs S. 384. 5. Deklaratorische Wirkung des Urteils. III. Keine Änderung der Eigentumsverhältnisse. IV. Entschädigung durch Rente. Vorrang der Rente. Wirkung der Teilung des Grundstücks auf die Rente. Höhe der Rente S. 385. V. Keine Anwendung auf Bau an der Grenze. VI. Anwendung auf frühere Überbaue. Anlegung des Grundbuchs nicht Voraussetzung S. 386.

§ 913. Die Überbaurente 386

1. Sie gilt als Bestandteil des überbauten Grundstücks. 2. Der Entschädigungsberechtigte. Vertrag über die Höhe der Rente. S. 386. 3. Vorauszahlung. 4. Unverjährbarkeit des Rechtes auf die R. Verjährbarkeit der fälligen Rentenbeträge S. 387.

§ 914. Rang der Überbaurente. Nichteintragung 387

1. Grund des Vorrangs S. 387. 2. Wegfall der Rente bei Wegfall der Duldungspflicht. 3. Natur der R. Nichteintragungsfähigkeit der R. in gesetzl. Höhe. Eintragungsbedürftigkeit bei vertragsmäßiger Feststellung der Höhe. 4. Anwendung von Vorschriften über Reallasten. 5. Verzicht auf die R. und dessen Eintragung S. 388. 6. Schadenersatz. 7. Die Beschränkung des Eigentums durch Überbau wird nicht eingetragen S. 389.

§ 915. Anspruch des Rentenberechtigten auf Übernahme der überbauten Fläche durch den Bauenden 389

§ 916. Beeinträchtigung eines Erbbaurechts oder einer Dienstbarkeit durch den Überbau 390

§ 917. Notweg 390

I. Früheres Recht. Voraussetzungen. Beweislast. Öffentl. Weg S. 391. Duldungspflicht nicht eintragungsfähig. Richtung des Weges. Umfang der Duldungspflicht. Klage. Legitimation. Kosten der Anlegung. II. 1. Notwegrente S. 392. Vertragsmäßige Festsetzung eintragungsbedürftig. 2. Anwendung der Vorschriften über die Überbaurente. III. Landesgesetzl. Vorbehalt des Art. 123 EG. z. BGB. S. 393. IV. Anwendung auf Fälle, in denen die Voraussetzungen des Rechtes schon vor dem 1. Januar 1900 vorlagen S. 394.

§ 918. Beschränkung des Rechtes auf einen Notweg 394

§ 919. Errichtung und Wiederherstellung von Grenzzeichen 394

1. Voraussetzungen. Unwirksamkeit dinglichen Verzichts. 2. Zweck der Abmarkung. 3. Art und Verfahren der Abmarkung. Preuß. Recht S. 395. 3. Unverjährbarkeit des Anspruchs. 4. Kosten der Abmarkung S. 396.

Seite

§ 920. Abgrenzung bei Unmöglichkeit der Ermittlung der richtigen Grenze 396
1. Grundsätze für Lösung des Streites S. 396. 2. Klage. Aktiv- u. Passivlegitimation. Deklaratorische Wirkung des Urteils. Berichtigung des Grundbuchs. 3. Gerichtszuständigkeit. 4. Unverjährbarkeit S. 397.

§§ 921, 922. Grenzscheidungen 397
1. Kein Miteigentum. Vermutung für gemeinschaftl. Benutzung. Nichteintragungsfähigkeit der Beschränkungen. Widerlegung der Vermutung. 2. Inhalt des Benutzungsrechts. Das gesetzl. Benutzungsrecht nicht eintragungsfähig, vertragliche Änderungen eintragungsbedürftig. 3. Entkräftung der Vermutung durch Merkmale S. 398. 4. Bestehenbleiben landesgesetzl. Vorschriften. Untrennbarkeit des Benutzungsrechts vom Grundstücke. 5. Unterhaltungskosten. 6. Aufhebung der Gemeinschaft S. 399. 7. Baupolizeiordnungen. 8. Sondervorschriften für das bisher. rheinische Recht (PAG. z. BGB. Art. 23 S. 400 u. Art. 24 S. 401). 9. Anwendung auf frühere Grenzanlagen S. 402.

§ 923. Baum oder Strauch auf der Grenze 402
I. Abweichungen von allgemeinen Grundsätzen S. 402. 1—4. und 7. Abgrenzung der Rechte der beiden Nachbarn, 5. u. 6. Recht des Nießbrauchers und der Hypothekengläubiger. II. Verteilung der Früchte. III. Landesgesetzl. Vorbehalte S. 403. IV. Unverjährbarkeit des Beseitigungsanspruchs S. 404.

§ 924. Unverjährbarkeit der Ansprüche aus den §§ 907—909, 915, 917 Abs. 1, 918 Abs. 2, 919, 920, 923 Abs. 2 404

Zweiter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

A. Übersicht 404
I. Eintragung erforderlich beim Erwerbe durch Rechtsgeschäft, Ausschlußurteil und Aneignung S. 404, nicht erforderlich beim Erwerbe durch Eingehung einer Ehe S. 405, durch Anwachsen infolge Todes oder Verzichts eines Abkömmlings bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, durch Erbfolge oder Nacherbfolge, durch Anfall des Vermögens eines Vereins an den Fiskus. Berichtigung des Grundbuchs in diesen Fällen S. 406. Auflassung u. Eintragung erforderlich beim Erwerbe durch Vermächtnis, durch Erbschaftskauf, durch Teilungsanordnung des Erblassers; nicht erforderlich beim Erw. durch Folge in Lehn-, Fideikommiß-, Stamm- u. dergl. Güter S. 407. II. Ausgeschlossen ist Eigentumserwerb 1. durch Teilungsurteil, 2. durch richterlichen Ausspruch im Falle der cautio damni infecti, 3. durch Ersitzung. III. Unberührt vom BGB. bleiben: A. der Erwerb 1. und 2. herrenloser Grundstücke (Inseln, Anschwemmungen, Avulsionen, zugelandeter und verlassener Flußbetten) S. 408 f., B. der Erwerb 3. durch Zwangsversteigerung S. 409, 4. durch Enteignung, 5. durch Gemeinheitsteilung und Zusammenlegung, 6. Erwerb des Bergwerkseigentums, 7. der selbständigen Gerechtigkeiten S. 410, 8. der Rentengüter, 9. der Bahneinheit, 10. der Erwerb kraft Gesetzes. Begräbnisplatz. IV. Erw. des Eigentums an nicht gebuchten Grundstücken S. 411. (EG. z. BGB. Art. 127. PAG. z. BGB. Art. 27 S. 412). EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 1 S. 413. V. Erw. durch Ersitzung. VI. Veräußerung von Domänen. VII. Erw. öffentlicher Grundstücke S. 414.

B. Der obligatorische Vertrag (BGB. § 313) 414
Einleitende Erörterung des § 313. Nichtigkeit wegen Formmangels von Amts wegen zu berücksichtigen S. 415. Formlose Abreden vor, bei u. nach dem formgerechten Vertrage. Falsche Bezeichnung S. 416. Fälle, in denen es der Form des § 313 bedarf. Vertrag über Errichtung und Auflösung einer Gesellschaft. Die mit Güterschlächtern geschlossenen Parzellierungsverträge S. 417. Vertrag mit der Verpflichtung, ein Grundstück von einem Dritten zu erwerben. Vollmacht zum Erwerbe von Grundeigentum, Beitritt eines Dritten, Abtretung der Rechte aus einem dem § 313 unterliegenden Vertrag und Aufhebung eines solchen formlos S. 418. Ausschließung der Gewährleistung. 1. Bestätigung eines nach § 313 nichtigen Vertrags bedarf

Seite

der gerichtl. oder notariellen Beurkundung. Prozeßvergleich ersetzt die Form des § 313. Beurkundungen der Geschwaderauditeure und Reichskonsuln. Landesgesetzl. Vorbehalte. Art. 141 EG. z. BGB. S. 419. Art. 142 das. PGFG. Art. 32 Abs. 1. Kommissare der Auseinandersetzungs- und Enteignungsbehörden, Auditeure, Gerichtsschreiber, Dorfsgerichte ꝛc. PGFG. Art. 112. S. 420. Art. 12 §§ 2—4 PAG. z. BGB. Form des Vertrags, wenn ein Teil durch eine öffentl. Behörde vertreten ist. Sonderbestimmung für Nassau S. 421. Form des Rentengutsvertrags Art. 12 § 1 PAG. z. BGB. II. Vorlegung des Veräußerungsvertrags S. 422. III. Wirkung des formgültigen Vertrags. Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung S. 423. Keine Rückwirkung der Heilung S. 424. 1. Heilung mündlicher Nebenvereinbarungen. Voraussetzung jedoch, daß sie zur Zeit der Auflassung dem Vertragswillen entsprechen S. 425. Beweislast. 2. Wirkung der Heilung S. 426. Geheilt werden nicht: a. Legitimationsurkunden, b. die zum dingl. Erwerb erforderl. Form, c. Erklärungen, die ohne die erforderliche Zustimmung Dritter abgegeben sind, d. die Verpflichtung zur Veräußerung eines anderen, von Auflassung und Eintragung nicht betroffenen Grundstücks S. 427. 3. Beschränkung der Heilung auf die obligatorischen Beziehungen der Beteiligten. Auflassung durch Treuhänder. 4. Vereinbarungen zugunsten Dritter S. 428. 5. Übernahme von Hypotheken. 6. Vollmacht zur Auflassung. 7. Voraussetzung der Heilung ist Übereinstimmung der Aufl. u. Eintr. mit dem obligator. Vertrag in Beziehung: a. auf die Person des Erwerbers, b. auf das Grundstück S. 429. Falsche Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes S. 430. 8. Heilung im Falle der durch Urteil ersetzten Auflassungserklärung S. 431. 9. Vereinbarungen zwischen Aufl. u. Eintr. 10. Nichtverwertbarkeit der Heilung zur Widerlegung fraudulöser Absicht. IV. Materiellrechtl. Wirkungen des formgerechten Vertrags: 1. Klage auf Erfüllung, insbes. auf Aufl. 2. Verzugsfolgen S. 432. Eintritt des Verzugs S. 433. 3. Rücktrittsrecht bei Unmöglichkeit der Erfüllung S. 434. 4. Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten. 5. Abtretbarkeit des Anspruchs auf Auflassung. V. Formfreiheit der Belastungsverträge ꝛc. VI. Stempelpflichtigkeit des privatschriftl. Veräußerungsvertrags. VII. Übergangsrecht S. 435.

C. Die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung 436

§ 925. Die Auflassung 438

I. 1. Grundsatz: Erklärung der Einigung vor dem Grundbuchamte bei gleichzeitiger Anwesenheit S. 438. Durchbrechung des Grundsatzes durch Art. 143 EG. z. BGB. S. 439 u. durch Art. 26 PAG. z. BGB. S. 440. 2. Inhalt der Auflassungserklärungen S. 441. Protokoll. Voraussetzung der Eintragung. Prozeßrichter zur Aufnahme von Auflassungserklärungen nicht befugt S. 442. 3. Zeitpunkt der dingl. Bindung, insbesondere bei Verurteilung zur Auflassung S. 443. Wirkung des nur gegen den gütergemeinschaftlichen Ehemann gefällten Urteils. Verurteilung zur Berichtigung des Grundbuchs. Rechtskräftige Bestätigung von Auseinandersetzungen S. 444. Verurteil. vor Anlegung des Grundbuchs. Aus vorläufig vollstreckb. Urteilen nur Vormerkung einzutragen. II. 1. Bedingte oder betagte Aufl. unwirksam. Rechtsbedingungen S. 445. Aufl. bedingten oder betagten Eigentums. 2. Aufl. auf Grund eines bedingten Kaufvertrags. 3. Rückfallrecht nach rhein. Rechte S. 446. Art. 25 PAG. z. BGB. III. Fälle, in denen Auflassung nicht erforderlich ist, insbesondere die dem Gemeinschaftsrechte angehörenden Fälle. 1. Erforderl. bei Personenwechsel. a. Umwandlung von Gesellschaften ꝛc. S. 447. b. Fusion von Gesellschaften. 2. Gemeinschaften zur gesamten Hand S. 449. Miterben. 3. Miteigentum nach Bruchteilen S. 453. 4. Erwerb durch Bevollmächtigte. 5. Verzicht auf Kure des älteren Rechtes. Fiskalische Stationen. IV. Gegenstände der Aufl. Prüfungspflicht des Grundbuchamts: 1. Zuständigkeit S. 454. 2. Zulässigkeit der Aufl. S. 455. 3. Identität u. 4. Geschäftsfähigkeit der Beteiligten. Zustimmung von Dritten, insbesondere von Behörden S. 456. 5. Veräußerungs- und Erwerbsbefugnis: a. Veräußerungsfähigkeit S. 459. Vorerbe, Lehns- u. Fideikommißbesitzer, Testamentsvollstrecker S. 460. § 2115 BGB. § 773 ZPO. § 128 KO. Befugnisse des Konkursverwalters S. 462, des Vorerben, des Testamentsvollstreckers, des Fideikommißbesitzers S. 463. Eröffnung des Konkurses. Einleitung der Zwangsversteigerung S. 465. Rechtsgeschäftl. Veräußerungsverbote. Rechts-

Seite

hängigkeit. b. Erwerbsfähigkeit. Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden, Art. 87 EG. z. BGB. Erwerbsbeschränkungen: α. der juristischen Personen, Art. 86 EG. z. BGB. Art. 6 u. 7 PrAG. z. BGB. S. 468. PV. zur Ausf. des BGB. v. 16. November 1899 Art. 6 S. 469, β. der Ausländer, Art. 88 EG. z. BGB. S. 471, γ. der Hypothekenbanken und Versicherungsaktiengesellschaften, δ. des Konkursverwalters S. 472, ε. gewisser Beamten S. 473. 6. Auflassung vom Eingetragensein des Veräußerers nicht abhängig. Auflassung eines nicht eingetragenen Erben, eines Nachlaßpflegers, Nachlaßverwalters, Testamentsvollstreckers S. 475. Aufl. auf Grund eines Vertrags über den Nachlaß eines lebenden Dritten S. 476. Aufl. bei fortgesetzter Gütergemeinschaft S. 477. 7. Prüfung der Legitimation von Vertretern S. 478. Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers. Aufl. durch Bevollmächtigte, durch Vertreter ohne Vertretungsmacht S. 479. Ermächtigung einer Person, die Aufl. für beide Teile zu erklären. Besondere Art der Vertretung in den Fällen der §§ 1282, 1287 BGB., des § 848 ZPO. und bei Separationen S. 480. Vertretungsbefugnis der überlebenden Ehefrau. 8. Vorläufige Kognition und deren Folgen. V. Verbindung der Aufl. mit dem obligator. Vertrage. VI. Wirkungen der Aufl. S. 481: 1. Nachfolgender Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit einflußlos. 2. Änderung des Willens eines Beteiligten. 3. Rechtszustand in der Zeit zwischen Aufl. u. Eintragung S. 482. Dingliche Bindung keine Verfügungsbeschränkung. Wem fällt die bezahlte Hypothek zu? S. 483. Erwerber vor der Eintragung nicht verfügungsberechtigt. Anspruch aus der Aufl. nicht abtretbar. 4. Die Aufl. begründet Sonderrechtsnachfolge. Tatsächliche Angaben des Grundbuchs. Bezeichnung des Grundstücks S. 484. 5. Gefahrübergang. 6. Verlust der Mängelrüge. 7. Mitübergang des Berichtigungsanspruchs. 8. Klage auf Erfüllung der zur Eintragung erforderlichen Förmlichkeiten S. 485. VII. Kosten der Aufl. VIII. Schutz des gutgläubigen Erwerbs im Falle des § 894 ZPO. IX. Wirkungen der auf Grund einer Aufl. erlangten Eigentumseintragung. X. Besitz. XI. Besondere Bestimmungen für Bahngrundstücke S. 486.

§ 926. Erstreckung der Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks 487

§ 927. Ausschließung des Eigentümers eines Grundstücks im Wege des Aufgebotsverfahrens 488

I. Grund u. Zweck der Vorschrift S. 488. II. Voraussetzungen des Aufgebots: 1. Eigenbesitz, 2. mindestens 30jährige Besitzzeit, 3. Tod oder Verschollenheit des eingetragenen Besitzers. Guter Glaube und Titel nicht erforderlich. III. Eigentumsnachweis nicht erforderlich S. 489. IV. Wirkung des Ausschlußurteils S. 490. V. Anwendung des § 927 auf Miteigentum nach Bruchteilen. VI. Das Aufgebotsverfahren. VII. Übergangszeit S. 491.

§ 928. Verzicht auf das Eigentum an einem Grundstück. Aneignungsrecht des Fiskus 492

1. Grund der Bestimmungen. 2. Bisheriges Recht. Abweichende Regelung durch das BGB. S. 492. 3. Voraussetzungen des Verzichts. Aneignungsrecht des Fiskus. Anderweitige Regelung durch Landesgesetz. Zubehör S. 493. Abtretung des Aneignungsrechts. 4. Aneignung ist sachenrechtl. Geschäft. Unwiderruflichkeit des Eintragungsantrags. 5. Erstreckung des Aneignungsrechts des Fiskus auf alle zur Zeit des angelegten Grundbuchs herrenlose Grundstücke (EG. z. BGB. Art. 190). 6. Bestellung eines Vertreters für die Zeit zwischen Verzicht und Aneignung S. 494. (ZPO. §§ 58, 787). 7. Aufgeben des Miteigentums. 8. Derelittion von Kuxen. 9. Nichtanwendbarkeit des § 928 auf das Erbbaurecht u. andere selbständ. Gerechtigkeiten u. 10. auf Grundstücke, für die das Liegenschaftsrecht noch nicht gilt. 11. Persönl. Ansprüche auf Einräumung eines Rechtes am Grundstücke nicht berührt. 12. Fall des § 303 BGB. S. 495.

Dritter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

§§ 929—936 496

Anwendung auf den Erwerb von Zubehörstücken S. 497.

Seite

II. Ersitzung.

§§ 937—945 497

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§§ 946—951 498
Rechtsverlust durch Verbindung. Abtrennungs- u. Aneignungsbefugnis . 499
§ 952. Eigentum und Rechte Dritter an einem Schuldscheine, Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefe 499
I. Entstehungsgeschichte. Ablehnung der Zubehörtheorie. II. 1. Unanwendbarkeit der Grundsätze über Verarbeitung. 2. Erwerb des Eigentums mit der Ausstellung S. 500. 3. Anspruch des Zessionars auf Herausgabe des Hypothekenbriefs. 4. Übergang des Briefes auf den befriedigenden Eigentümer S. 501. 5. Übergabe des Briefes zum Erwerbe von Rechten an der Forderung erforderlich. 6. Brief allein nicht Gegenstand dinglicher Rechte. III. Schuldverschreibungen auf den Inhaber S. 502. IV. Schicksal des Briefes bei Vereinigung von Hyp. und Eigentum S. 503.

IV. Erwerb von Erzeugnissen u. sonstigen Bestandteilen.

§§ 953—957. 503

V. Aneignung.

§§ 958—983. 504

VI. Fund.

§ 984. 504

Vierter Titel.

Ansprüche aus dem Eigentum.

§§ 985—1007. 505
I. Begrenzung der Darstellung. II. Klagen aus dem Eigentume: 1. die Vindikation S. 508, 2. die Eigentumsfreiheitsklage, 3. die Eigentumsfeststellungsklage, 4. die publizianische Klage. III. Bisheriges preuß. Recht S. 509. IV. und V. Heutiges Recht A. Vermutung für das Eigentum des Bucheigentümers. 1. Abweichung vom Fahrnisrechte. 2. Voraussetzung der Vermutung ist Eingetragensein. 3. Vermutung bei nicht rechtsgeschäftl. Erwerbe, bei Erwerb nach früherem Rechte S. 510. 4. Doppelbuchung S. 511. 5. Einreden gegen die Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers bei Erwerb: a. durch Auflassung, b. durch nicht rechtsgeschäftl. Ereignis S. 512, c. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung. 6. Eigentumsklagen des eingetragenen Eigentümers. 7. Die Vermutung aus § 891 BGB. wirkt auch gegen den eingetr. Eigentümer u. 8. für den einzelnen Miteigentümer. B. Die Eigentumsklage des eingetr. Eigentümers verjährt nicht S. 513. VI. Klage des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer. Fiduziarisches Eigentum. VII. Herausgabeanspruch gegen den Besitzer. VIII. Anwendung des neuen Rechtes auf früheren Erwerb S. 514.

Fünfter Titel.

Miteigentum.

Übersicht 515
I. Grundsätze des BGB. über Gemeinschaft. II. Regel: Gemeinschaft nach Bruchteilen. III. Gemeinsch. zur gesamten Hand S. 515. Zwangsvollstr. in eine solche. IV. Tit. 5 handelt nur von Miteigentum nach Bruchteilen. Kein Vorkaufsrecht S. 516. V. Eintragung des Miteigent. VI. Übergangszeit S. 517.
§ 1008. Miteigentum nach Bruchteilen 517
I. Anwendung der Eigentumsgrundsätze auf die Miteigentumsquote. 1. u.

Digitized by Google

Seite

2. Verfügungsbefugnis des einzelnen Miteigentümers. 3. Zwangsvollstr. in einen Bruchteil. Verfügungen über das ganze Grundstück S. 517. II. Kein Miteigent. an Grenzscheidungen u. an Bäumen auf der Grenze S. 518.

§ 1009. Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten eines Miteigentümers 518

§ 1010. Wirkung der Bestimmungen der Miteigentümer über Verwaltung und Benutzung und über Aufhebung der Gemeinschaft 519

1. Arten der Aufhebung S. 519. 2. Eintragung der Aufhebung und Ausschließung und deren Wirkung. BGB. § 751 Satz 2. KO. § 16 Abs. 2 Satz 1. Keine Wirkung gegen Nachfolger in den Fällen der §§ 749 Abs. 2 u. 3 und 750 BGB. 3. Ausschließung der Auseinandersetzung durch den Erblasser S. 520. 4. Vormerkung. Voraussetzungen der endgültigen Eintragung. 5. Ausgleichungsansprüche und deren Eintragung. 6. Sonderrechte an Gebäudeteilen. 7. Gerichtsgebühr S. 521.

§ 1011. Umfang der Klagebefugnisse des einzelnen Miteigentümers gegen Dritte 521

Begrenzte dingliche Rechte an Sachen.

Übersicht 522

I. Gemeinsame u. unterscheidende Merkmale der einzelnen begr. dinglichen Rechte S. 522. Kirchensitze. Begräbnisstätten. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung. Nutzungsrecht an Kleinbahnen S. 523. II. Allgemeine Regeln: 1. Rechtsgeschäftliche Begründung von Einigung u. Eintragung abhängig. A. Grunddienstbarkeiten S. 524. EG. z. BGB. Art. 187 Abs. 1. B. Übergangsbestimmungen S. 525. C. Landesgesetzliche öffentlich-rechtliche Beschränkungen. Begriff und Arten der gemeinen Lasten S. 527. 2. Die Aufhebung richtet sich nach den §§ 875, 876, 878, 901, 902 BGB., sie tritt nicht ein infolge von Vereinigung. Fälle des Erlöschens ohne Löschung. Erlöschen des Erbbaurechts S. 530. Aufhebung der Überbau- und Notwegrente. Erlöschen des Nießbrauchs, der Mineralgewinnungsrechte S. 531. Art. 189 Abs. 3 EG. z. BGB. Aufhebung von Rechten, die zur Zeit des angelegten Grundbuchs bestanden S. 532. 3. Erweiterungen u. Beschränkungen. Besondere Bestimmungen für Grunddienstbarkeiten und Reallasten S. 533. 4. Rangordnung u. Rangänderung. Gesetzl. Vorkaufsrechte. 5. Sicherung durch Vormerkung S. 534. 6. Schicksal bei der Zwangsversteigerung. Ausnahmestellung der Überbau- und Notwegrente. Vorkaufsrechte. Öffentl. Lasten. Besondere Behandlung einzelner Rechte bei der Zwangsverst. nach vorbehaltenen Landesgesetzen S. 535. 7. Unschädlichkeitszeugnisse. 8. Anwendung des neuen Rechtes auf bestehende Rechte S. 536. 9. Schicksal bei der Enteignung. III. Keine gemeinsamen Regeln für a. Ersitzung S. 537, b. rechtsgeschäftl. Übertragung S. 538, c. Belastung S. 539, d. Geltendmachung. IV. Begrenzte dingl. Rechte als Bestandteile eines Grundstücks S. 540. V. Bestehenbleiben der die Belastung mit gewissen dingl. Rechten untersagenden oder beschränkenden oder den Inhalt oder das Maß solcher Rechte bestimmenden Landesgesetze (Art. 113 EG. z. BGB.). VI. Sondervorschriften der GBO. S. 541. VII. Bestehenbleibende Rechte des früheren Rechtes S. 542.

Vierter Abschnitt.

Erbbaurecht.

Übersicht. 542

1. 1. Beschränkung auf Bauwerke S. 542. 2. Rechtl. Konstruktion. 3. Bestehenbleiben früherer Superfiziarrechte. 4. Anwendung der für Grundstücke gegebenen Vorschriften. 5. Bedingung u. Befristung S. 543. 6. Verbindung des Erbbaurechts mit dem Eigentum an einem Grundstücke. 7. Zins oder Rekognitionsgebühr nicht erforderlich. 8. Keine gesetzl. Erhaltungs- oder Unterhaltungspflicht. II. Andere nach Landesgesetzen vererbliche und veräußerliche Rechte S. 544. Erbpachtrecht, Mineraliengewinnungsrecht, Bergwerkseigentum, Kuxe, Kohlenabbaugerechtigkeit, hannoversche Salzabbaugerechtigkeit, andere selbständ. Gerechtigkeiten S. 545.

Seite

§ 1012. Inhalt des Erbbaurechts 547
1. Begriff des Bauwerks. 2. Kein Erbbaur. an einem Bruchteile. 3. Bestellung ist keine Veräußerung. 4. Veräußerlichkeit u. Vererblichkeit wesentlich S. 547. Bedingung und Betagung zulässig. 5. Verantwortlichkeit für den Einsturz des Bauwerks. 6. Besitzklagen S. 548.

§ 1013. Erstreckung auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks 548

§ 1014. Beschränkung auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig 548

§ 1015. Form der Einigung 549
1. Für Begründung u. Übertragung Auflassungsform. 2. Notwendiger Inhalt des Begründungsvertrags. Prüfungspflicht des Grundbuchamts S. 549. Einigung u. Eintragung. 3. Änderungen des Inhalts. 4. Ersitzung S. 550.

§ 1016. Nichterlöschen durch Untergang des Bauwerks 550
1. Wiedererrichtungsbefugnis des Erbbauberechtigten S. 550. Eigentum am Abbruchsmaterial, am Schatze. 2. Ersatz des dingl. Mietrechts durch das Erbbaurecht. 3. und 4. Erlöschungsgründe S. 551.

§ 1017. Anwendung der auf Grundstücke, der auf den Erwerb des Eigentums und der auf die Ansprüche aus dem Eigentume bezüglichen Vorschriften 551
1. 1. Anwendung der in Neben- u. Landesgesetzen enthaltenen Bestimmungen S. 551, des § 313 BGB. 2. Prüfung der Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des BGB. S. 552. 3. Zwangsvollstreckung. 4. Grundbuchblatt. I. Im § 1017 Abs. 2 nur Vorschriften des BGB. gemeint. III. Erstreckung des § 1017 auf andere Rechte S. 553. IV. Schatz. V. Beleihung mit Mündelgeld. VI. Stempel S. 554.

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Übersicht. 554
I. 1. Begriff, Arten, gemeinsame u. unterscheidende Merkmale. Bedingung u. Befristung. 2. Absoluter Charakter der den Inhalt beschränkenden Vorschriften. 3. §§ 903—924 BGB. nicht anwendbar S. 554. Landesgesetzl. Vorbehalte. 4. Rechtsbesitz und Besitzschutz. II. Grunddienstbarkeiten als Bestandteile. III. Landesgesetzl. Beschränkungen S. 555. IV. Sachliche und örtliche Gerichtszuständigkeit. V. Gründe für den Eintragungszwang. VI. Übergangsrecht S. 556.

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. Begriff 557
1. 1. Gattungen S. 557. 2. Begründungsvertrag u. dessen Auslegung S. 558. 3. Keine Grunddienstbarkeit an einem eigenen Grundstücke S. 559. Nichterlöschen bei Vereinigung des dienenden und des herrschenden Grundstücks in einer Hand. Fischereirecht. II. Grunddienstbarkeit an selbständigen Gerechtigkeiten, an Realteilen S. 560, an öffentlichen Grundstücken, an Privatflüssen. III. Spezialisierung des Servituteninhalts. IV. Vizinität nicht erforderlich. V. Übergangsrecht. VI. Bestehenbleiben landesgesetzl. Vorschriften über Ablösung ꝛc. VII. Gegenleistung S. 561. VIII. Bestellungsbefugnis. IX. Verhältnis zum Eigentum. X. Grunddienstbarkeiten können nicht selbständig veräußert und belastet werden. XI. Ersitzung. XII. Aufhebung S. 562.

§ 1019. Zulässiges Maß der Grunddienstbarkeit 562
1. 1. u. 2. Vorteil für das berechtigte Grundstück S. 562 f. Steigerung der Bedürfnisse, Änderung der Benutzungsart. Ausübung zum Vorteil anderer Grundstücke S. 564. 3. zum Vorteil eines erst zu erbauenden Hauses. 4. Perpetua causa nicht erforderlich, ebensowenig Vizinität. 5. Bestellung für eine politische Gemeinde ausgeschlossen. 6. Grunddienstbarkeit für Miteigentümer. II. Berichtigung des Grundbuchs bei Überschreitung des gesetzl. Maßes. III. Übergangsrecht S. 565.

Seite

§ 1020. Schonende Ausübung. Erhaltung einer der Ausübung dienenden Anlage 566

§ 1021. Pflicht zur Unterhaltung der Anlage 567
1. Dispositive Vorschrift. Verpflichtung zu einem Tun. 2. Reallastcharakter S. 567. Eintragungsbedürftigkeit. 3. Vorbehalte der Art. 113—115 EG. z. BGB. nicht anwendbar. 4. Übergangszeit. 5. Haftung der Anlage für Hypotheken. 6. Dereliktion der Anlage S. 568.

§ 1022. Unterhaltungspflicht bei dem Rechte, auf einer baulichen Anlage eine bauliche Anlage zu halten 568

§ 1023. Recht auf Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit . . 569
1. Verlegung nur innerhalb desselben Grundstücks zulässig S. 569. 2. Verlegungskosten. 3. Absolute Vorschrift. 4. Übergangsrecht S. 570.

§ 1024. Regelung der Ausübung bei Kollision mit anderen Nutzungsrechten 570

§ 1025. Teilung des Grundstücks des Berechtigten 571
1. Auslegungsregel S. 571. 2. Erlöschen der Grunddienstbarkeit an Grundstücksteilen, denen sie nicht dient. 3. Berichtigung des Grundbuchs. 4. Rechte der Teileigentümer. 5. Übergangsrecht S. 572.

§ 1026. Teilung des belasteten Grundstücks 573

§ 1027. Anspruch wegen Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit . . . 573

§ 1028. Erlöschen der Grunddienstbarkeit mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Beeinträchtigung durch eine Anlage . . . 574

§ 1029. Schutz des Besitzes der Grunddienstbarkeiten 575
1. 1. Voraussetzungen des quasi-possessorischen Besitzes S. 575. 2. Anwendung der §§ 858 ff. BGB. II. Übergangsbestimmungen des Art. 191 EG. z. BGB. S. 576 u. Art. 28 PAG. z. BGB. S. 577.

Anhang.

Das Recht der Straßenanlieger 577

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

Übersicht 580
1. Unterscheidung von anderen Dienstbarkeiten, 2. von der Nutznießung S. 580. 3. Art u. Form der Bestellung. 4. Pfründenrecht. Verweisung in Landesgesetzen auf Nießbrauchsvorschriften. 5. Eintragung. 6. Nießbr. an einem Bruchteile S. 581.

§ 1030. Begriff des Sachnießbrauchs 581
1. Sachnießbr. 2. Nutzungen. 3. Beschränkter Nießbr. S. 581. 4. Umfang des Nießbr. an einem Grundstücke. 5. Der N. kann nicht als subjektiv-dingl. Recht bestellt werden. 6. Ausübung der Ehrenrechte S. 582.

§ 1031. Erstreckung des Nießbrauchs an einem Grundstück auf dessen Zubehör 582
1. Anwendung des § 926 BGB. II. Erstreckung auf die Bestandteilsrechte S. 582.

§ 1032. Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache 583

§ 1033. Ersitzung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache 583

§ 1034. Feststellung des Zustandes der Sache 583

§ 1035. Verzeichnis beim Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen . 583
1. Bedeutung des Verzeichnisses. Keine Pflicht zur Auskunfterteilung. 2. Grund der Vorschrift. 3. Öffentl. Beglaubigung. 4. Zuständige Beamte in Preußen S. 584.

§ 1036. Recht des Nießbrauchers zum Besitze; Pflicht zur ordnungsmäßigen Wirtschaft 584
1. 1. Unmittelb. Besitz. 2. Verfügungsbefugnis des Nießbr. S. 584. II. Verfügungsrecht des Eigentümers S. 585.

Seite

§ 1037. Umgrenzung der Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers 585
1. u. 2. Umgestaltung u. wesentl. Veränderung S. 585. 3. Anwendung auf das Bergrecht. 4. Tradde S. 586.

§ 1038. Wirtschaftsplan beim Nießbrauch an einem Walde, an einem Bergwerke 586

§ 1039. Umfang des Fruchterwerbs des Nießbrauchers 586
1. Erwerb durch Trennung. Ersatzpflicht bei ordnungswidrigem Fruchtbezuge. 2. Verwendung des Ersatzes zur Wiederherstellung. 3. Wegfall der Ersatzpflicht S. 587.

§ 1040. Kein Anspruch des Nießbrauchers auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze 588

§ 1041. Pflicht des Nießbrauchers zur Erhaltung der Sache 588

§§ 1042—1044. Anzeigepflicht des Nießbrauchers. Außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung 589
1. Anzeigepflicht. 2. Weder Nießbr. noch Eigentümer zu außergewöhnl. Ausbesserungen ꝛc. verpflichtet S. 589. 3. Pflicht zur Anzeige von Anmaßungen Dritter. 4. Besonderer Inhalt des § 1044 S. 590.

§ 1045. Pflicht des Nießbrauchers zur Versicherung der Sache 590

§ 1046. Nießbrauch des Nießbrauchers an der Forderung gegen den Versicherer 591
I. 1. Surrogatnatur dieser Forderung S. 591. Versicherer zur Einsicht des Grundbuchs nicht verpflichtet. 2. Anwendung der Vorschriften über den Nießbr. an Forderungen. 3. Kollision mit Hypothekengläubigern. II. Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung S. 592.

§ 1047. Pflicht des Nießbrauchers, die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen 593
I. 1. Öffentl. Lasten. Kirchen- u. Schulbaulast des Patronatsherrn. Pflicht des Pfarrers zum Tragen der Lasten. 2. Privatrechtl. Lasten S. 593. Überbau- u. Notwegrente, Hypothekenzinsen ꝛc. 3. Privatrechtl. Lasten hat der Nießbr. nur zu tragen, soweit sie zur Zeit der Bestellung des Nießbr. auf der Sache ruhten S. 594. Zinsen von Gesamthypotheken. Verzugszinsen. 4. Zwangsverwaltung. II. Verteilung der Lasten zwischen Nießbr. u. Eigentümer. III. Gekündigte Kapitalien. IV. Öffentl. Lasten in Preußen S. 595.

§ 1048. Befugnis des Nießbrauchers zur Verfügung über das Inventar 596
1. Umgrenzung der Befugnis. Eigentum an Ersatzstücken. Begriff der Einverleibung in das Inventar. 2. Ergänzungspflicht. 3. Anderweite Regelung durch Vertrag S. 596

§ 1049. Anspruch des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen . . 597
1. Rechtl. Natur u. Verjährung des Anspruchs. 2. Wegnahme von Einrichtungen S. 597.

§ 1050. Veränderungen und Verschlechterungen der Sache 598

§ 1051. Kautionspflicht des Nießbrauchers 598

§ 1052. Anordnung der gerichtlichen Verwaltung des Nießbrauchs . . . 598

§ 1053. Klage des Eigentümers auf Unterlassung unbefugten Gebrauchs der Sache 599

§ 1054. Anordnung der Verwaltung bei erheblicher Verletzung der Rechte des Eigentümers 599

§ 1055. Pflicht des Nießbrauchers, die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs zurückzugeben 600
1. Legalobligation. Regelung der Pflicht bei landwirtschaftl. Grundstücken u. bei Landgütern. 2. Pflicht des Nießbrauchers zur Löschungsbewilligung S. 600.

§ 1056. Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks durch den Nießbraucher 601
1. Nichtaufhebung der Pacht- oder Mietverhältnisse durch Beendigung des Nießbr. Kündigungsrecht S. 601. 2. Rechtszustand bis zur Beendigung des

Seite

Verhältnisses infolge von Kündigung. Verzicht auf den Nießbr. S. 602. 3. Einfluß der Veräußerung u. Zwangsversteigerung nach Beendigung des Nießbr. 4. Entschädigungspflicht des Nießbrauchers bei Kündigung seitens des Eigentümers. 5. Entsprechende Anwendung des § 1056 auf Nutznießung S. 603.

§ 1057. Verjährung der beiderseitigen Ersatzansprüche 603

§ 1058. Zugunsten des gutgläubigen Nießbrauchers gilt der Besteller als Eigentümer 603
1. Begründung der Vorschrift S. 603. 2. Voraussetzung: guter Glaube. 3. Eigentumswechsel. 4. Beweislast S. 605.

§ 1059. Unübertragbarkeit des Nießbrauchs 605
1. Zulässig nur Übertragung der Ausübung durch obligator. Vertrag S. 605. 2. Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung u. 3. Unternießbrauch und Pfandrecht am Nießbr. unmöglich. 4. Überlassung der Ausübung wirkt nur obligatorisch. 5. Verhältnis des Eigentümers zum Ausübungsberechtigten S. 606.

§ 1060. Zusammentreffen des Nießbrauchs mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen dinglichen Nutzungsrechte 607

§ 1061. Erlöschen des Nießbrauchs mit dem Tode des Nießbrauchers . . 607
1. Tod. Erlöschen der juristischen Person. 2. Löschung. 3. Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 4. Übergangsrecht S. 607.

§ 1062. Erstreckung des Nießbrauchs an einem Grundstück auf das Zubehör 607

§ 1063. Erlöschen des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Vereinigung 607

§ 1064. Verzicht auf den Nießbrauch an einer beweglichen Sache . . . 608

§ 1065. Ansprüche des Nießbrauchers wegen Beeinträchtigung der Sache 608

§ 1066. Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers 608
1. Keine Nießbrauchgemeinschaft S. 608. Aufhebung der Gemeinschaft. 2. Nießbr. an Realteilen S. 609.

§ 1067. Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen 609

II. Nießbrauch an Rechten.

Übersicht 609

§ 1068. Anwendung der Vorschriften über den Sachnießbrauch 610
1. Dingliche Wirkung. 2. Prüfung der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Sachnießbr. S. 610. 3. Übergangsrecht. 4. Löschung des Nießbr. an einer Hypothek S. 611.

§ 1069. Art der Bestellung des Nießbrauchs 611
1. Die Bestellung geschieht nach den Vorschriften über die Übertragung des Rechtes. Ausnahme bei grundstücksgleichen Rechten S. 611. 2. Kein Nießbr. an nicht übertragbaren Rechten. Veräußerungsverbote hindern die Bestellung nicht. 3. Eintragung des Nießbr. an einer Hypothek S. 612.

§ 1070. Rechtsverhältnis des Nießbrauchers eines Rechtes auf Leistungen zum Verpflichteten 612
1. Anwendung der Zessionsvorschriften. Rechte auf Leistung. Nießbr. an einer Hypothekenforderung. 2. Wirksamkeit der Übertragung der Ausübung an einen Verwalter dem Leistungsverpflichteten gegenüber S. 613.

§ 1071. Aufhebung und Änderung eines dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes 614
1. Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich, aber 2. bei Änderung nur im Falle der Beeinträchtigung. 3. Konvaleszenz. 4. Eintragung. 5. Ansprüche auf Leistungen S. 614.

§ 1072. Beendigung des Nießbrauchs 614
1. Anwendung der §§ 1063, 1064. 2. Vereinigung. 3. Form der Aufhebung. 4. Grundbuchberichtigung S. 615.

§ 1073. Nießbrauch an einer Leibrente, einem Auszuge ꝛc. 615
1 u. 2. Recht des Nießbrauchers auf die einzelnen Leistungen S. 615 f. 3. Übertragbarkeit der Leibrente ꝛc. S. 616.

Seite

§ 1074. Einziehungs- und Kündigungsrecht des Forderungsnießbrauchers 617
1. Voraussetzung: eine Forderung, die keine Nutzungen bringt. Kein Recht zu anderen Verfügungen. 2. Pflicht zur ordnungsmäßigen Einziehung S. 617.

§ 1075. Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch daran 617
1. Entstehung des Nießbr. ohne Eintragung S. 617. ZPO. § 848 Abs. 2. 2. Voraussetzung: rechtsgeschäftl. Verpflichtung des Schuldners 3. Uneinziehbarkeit S. 618. 4. Verwandlung in Sachnießbrauch. 5. Fall, wenn der Nießbraucher selbst der Schuldner ist S. 619.

§ 1076. Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung . . . 619
1. Anwendungsfälle. 2. Dispositives Recht. 3. Verteilung der Zinsen. Amortisationsquote. Agio S. 619.

§§ 1077—1079. Rechte und Pflichten des Gläubigers und Nießbrauchers im Verhältnisse zueinander und zum Schuldner 619
1 a. Kündigung und Einziehung durch den Gläubiger u. Nießbr. S. 620. b. Kündigung des Schuldners. 2. Leistung des Schuldners an die Hinterlegungsstelle S. 621. 3. Unanwendbarkeit des § 1074 Satz 2. 4. Einziehung von Zinsen S. 622.

§ 1080. Nießbrauch an Grund- und Rentenschulden 622

§§ 1081—1084. Nießbrauch an einem Inhaberpapier oder an einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapier 622
I. 1. Anwendungsfälle. 2. Gemeinsamer Besitz. Hinterlegung. 3. Kein Verkaufsrecht des Nießbrauchers. 4. Prämie gebührt nicht dem Nießbraucher S. 623. II. Begründung des Nießbr. III. Nießbr. an Legitimationspapieren S. 624.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§§ 1085—1089 624
I u. II. Zulässigkeit und Form der Bestellung. III. 1. Beschränkte Haftung des Nießbrauchers gegenüber den Gläubigern des Bestellers S. 625. 2. Unbeschränkte Haftung für Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen S. 626. IV. Rechte und Pflichten im Verhältnis des Bestellers u. Nießbrauchers zueinander: a. Pflicht des Nießbr. zur Entrichtung von Zinsen und wiederkehrenden Leistungen; b. Pflicht und Recht des Bestellers zur Tilgung der Kapital- und Stammschulden S. 627. VI. Nießbrauch an einer Erbschaft. VII. Eintragung des Nießbr. an den zum Vermögen gehörenden Grundstücken S. 628.

Dritter Titel.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. Begriff 628
1. Unterscheidung von den Grunddienstbarkeiten S. 628. Inhalt u. Gegenstand. 2. Ausübung. Kollision mit anderen Rechten. Teilung des belasteten Grundstücks. Schutz. Verjährung. Erlöschen. 3. Entstehung durch Einigung und Eintragung. 4. Begründung zugunsten einer Gemeinde S. 629. 5. Landesgesetzl. Verbote und Beschränkungen. 6. Art. 133 EG. z. BGB. 7. Übergangsrecht. Eintragungszwang. Besitzschutz. 8. Pflicht des Bestellers, einer vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts bestellten beschr. pers. D. S. 630.

§ 1091. Umfang 630

§ 1092. Unübertragbarkeit. Überlassung der Ausübung 631

§ 1093. Wohnungsrecht 631
1. Dinglichkeit. Unterscheidung vom Mietverhältnis u. Erbbaurechte S. 631. Kein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers. 2. Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch S. 632 u. 3. der §§ 1090—1092. 4. a. Ausdehnung des Rechtes auf die Familie ꝛc des Berechtigten. b. Recht auf Mitbenutzung von Anlagen. 5. Wohnungsrecht des Altsitzers S. 633.

Seite

Sechster Abschnitt.

Vorkaufsrecht.

Übersicht 633
1. Kann nur durch Rechtsgeschäft begründet werden (Ausnahmen in §§ 2034, 2035). 2. Gründe der Beibehaltung des dinglichen Vorkaufsrechts. 3. Rechtliche Natur, Inhalt und Wirkung S. 634. Unzulässigkeit der Vorausbestimmung eines Vorkaufspreises. 4. Entstehung. Aufhebung. Änderung. Rang. Eintragungsvermerk. Bestehende VorkRechte S. 635. 5. Eintragung des VR. zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks. 6. Wiederkaufsrecht. Kann ebensowenig vorgemerkt werden, wie das persönl. VR. S. 636. Dingl. Wiederkaufsrecht bei Rentengütern S. 637.

§ 1094. Begriff 637
1. Ausübungsfälle S. 637. 2. Ausübung des subjektiv-dinglichen VR. bei Zerteilung des herrschenden Grundstücks. 3. Berichtigung des Grundbuchs nach Erlöschen des VR. 4. Begründung durch Einigung und Eintragung. Der obligator. Vertrag und die Einigung bedürfen keiner Form S. 638. 5. Eintragung des subj.-dingl. VR. 6. Tabularersitzung ausgeschlossen S. 639.

§ 1095. Vorkaufsrecht an einem Bruchteile 639

§ 1096. Erstreckung auf das Zubehör 639

§ 1097. Bestellung für einen, mehrere oder alle Verkaufsfälle 640

§ 1098. Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten. Ausübung des Vorkaufsrechts bei freihändigem Verkaufe durch den Konkursverwalter. Wirkung wie die einer Vormerkung . . 640
I. Stellung des Erwerbers bei sich wiederholendem VR. II. Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten: 1. Das VR. kann beim Verkauf ausgeübt werden S. 640, jedoch nicht a. beim Verkauf an einen gesetzl. Erben, b. nur beschränkt bei der Zwangsversteigerung. Ausübung im Konkurse S. 641. 2. Formlosigkeit der Ausübung. Auflassung. 3. Unwirksamkeit gewisser Vereinbarungen der Kontrahenten des Kaufvertrags gegenüber dem Berechtigten. 4. Nebenleistungen S. 642. 5. Kauf zu einem Gesamtpreise. 6. Stundung des Kaufpreises. 7. Mitteilungspflicht. Frist zur Ausübung S. 643. Unverjährbarkeit des VR. beim Unterbleiben der Mitteilung. Erlöschen. 8. Ausübung durch mehrere Mitberechtigte. 9. Unübertragbarkeit. Unvererblichkeit. III. Wirkung wie die einer Vormerkung S. 644. IV. Übergangsrecht S. 645.

§ 1099. Recht des Erwerbers zur Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten. Verbindlichkeit des Verpflichteten zur Benachrichtigung des neuen Eigentümers 645

§ 1100. Recht des neuen Eigentümers auf Erstattung des Kaufpreises und zur Verweigerung der Herausgabe des Grundstücks . . . 646

§ 1101. Anrechnung des vom Berechtigten erstatteten Kaufpreises auf den Vorkaufspreis 647

§ 1102. Befreiung des Käufers von der Pflicht zur Zahlung des ausstehenden Kaufpreises 647

§ 1103. Ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht kann nicht in ein subjektiv-dingliches und dieses nicht in jenes verwandelt werden . . . 647

§ 1104. Ausschließung des unbekannten Berechtigten 647

Anhang.

Dingliches Wiederkaufsrecht bei preußischen Rentengütern.

PAG. z. BGB. Art. 29 648
PAG. z. G., betr. Änder. der ZPO., § 28 649
I. Verweisung auf §§ 1094, 1095. II. Abweichende Regelung der Ausübungsfälle. III. Erstreckung auf das Zubehör. IV. Übertragung von Vorschriften des BGB. über das persönliche VR. S. 649. V. Ausübungsfrist S. 650.

Siebenter Abschnitt.

Reallasten.

Seite

Übersicht 650
1. Geschichte S. 650. 2. Bestehenbleiben landesgesetzl. Vorschriften über Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung. PAG. z. BGB. Art. 30. S. 651. 2. Übergangsrecht. 3. Rechtliche Natur. 4. Öffentl.-rechtl. Reall. durch das BGB. nicht geregelt S. 652. Landesgesetzl. Vorbehalte. 5. Entstehung, Aufhebung, rechtsgeschäftl. Übertragung S. 653. Eintragung. Rentengutsrente. 6. Geltendmachung beim Prozesse, bei der Zwangsversteigerung, bei der Enteignung. 7. Gesetzl. Ablösbarkeit. 8. Verpfändung und Pfändung. 9. Gerichtsstand. 10. Rechtshängigkeit. ZPO. § 325 Abs. 3. S. 654. 11. Unterscheidung der Reall. von der Rentenschuld S. 655.

§ 1105. Begriffsbestimmung 655
I. Tatbestandsmerkmale: 1. Gegenstand Grundstück ꝛc. 2. Belastung des Grundstücks mit der Reall. als Ganzem und mit den einzelnen Leistungen. 3. Wiederkehrende Leistungen S. 655. 4. Person des Berechtigten. Subj.-dingliche Reall. S. 656. 5. Inhalt der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsvermerks. II. Bestellung eines Vertreters, wenn der Verpflichtete das Eigentum am Grundstück aufgibt. III. Vormundschaftsgerichtl. Genehmigung zu Verfügungen über ein R. IV. Übergangsrecht S. 657.

§ 1106. Reallast an einem Bruchteile 657

§ 1107. Anwendung der Vorschriften über Hypothekenzinsen auf die einzelnen Leistungen 657
1. a. Übertragung der Forderung auf Rückstände. b. Abtretung nicht fälliger Leistungen. c. Erlöschen des Anspruchs auf Rückstände. d. Berichtigungsanspruch wegen Vorausleistung. 2. Verjährung. Rang bei der Subhastation S. 658.

§ 1108. Persönliche Haftung des Eigentümers. Haftung bei Teilung des Grundstücks 658
1. Persönl. Haftung des Eigentümers für die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen. 2. Bei Teilung der Gesamthaft S. 659.

§ 1109. Teilung des berechtigten Grundstücks 660
A. I. Fortbestehen der R. als Ganzes für die einzelnen Teile. Ausnahmen: 1. anderweite Bestimmung des Berechtigten, 2. Zurückbehaltung eines Teiles seitens des Berechtigten S. 660, 3. wenn die R. nur einem Teile zum Vorteile gereicht. II. Das Recht auf die einzelnen Leistungen folgt denselben Regeln. B. Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken S. 661.

§ 1110. Trennung vom berechtigten Grundstück ausgeschlossen 661
1. Anwendung des neuen Rechtes auf bestehende R. S. 661. 2. Die subj.-dingl. R. teilt das Schicksal des Grundstücks S. 662.

§ 1111. Umwandlung einer subjektiv-persönlichen Reallast in eine subj.-dingliche ausgeschlossen. Veräußerlichkeit und Belastbarkeit des Rechtes 662

§ 1112. Ausschließung des unbekannten Berechtigten 663

Anhang I.

Leibgedingsvertrag 663

EG. z. BGB. Art. 96 S. 663. PAG. z. BGB. Art. 15 S. 664. 1. Der Vertrag verpflichtet zur Bestellung eines dingl. Rechtes S. 665. 2. Dauer der Verpflichtung. Löschung. 3. Beschaffenheit der Leistungen. 4—9. Nähere Ausgestaltung des Verhältnisses S. 666 f. 10. Das Altenteilsrecht ist nicht übertragbar. 11. Die Rechte auf die Einzelleistungen sind pfändungs- u. konkursfrei. 12. Übergangsrecht. 13. Schicksal des Altenteils bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks S. 668.

Seite

Anhang II.

Preußische Vorschriften über den Inhalt und das Maß der Grunddienstbarkeiten, der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und der Reallasten 668
I. Vorbehalt für die Landesgesetzgebung im Art. 115 EG. z. BGB. II. Nur ergänzende Bedeutung der Landesgesetze. Preuß. Bestimmungen über das Maß S. 668. 1. Gebäudegerechtigkeiten: a. Bau auf der Mauer eines anderen. b. Recht der Dachtraufe und des Ausgusses. c. Recht der freien Aussicht S. 669. 2. Wege- und 3. Hütungsgerechtigkeiten S. 670. Koppelhütung. Schäfereigerechtigkeit. Hütung in Waldungen, Mastungsrecht S. 672. Sprengmast. 4. Holzungsgerechtigkeiten S. 673. Waldstreugerechtigkeit S. 675. 6. Andere Grundgerechtigkeiten S. 676.

Achter Abschnitt.

Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.

I. u. II. Vorbemerkungen 676
I. 1. Vorgeschichte S. 676. 2. Der Entw. 1 u. das BGB. S. 678. 3. Keine Generalhypothek S. 679. 4. Kein antichretisches Pfandrecht S. 680. 5. Keine allgem. Bestimmungen über das Pfandrecht. II. Formen des Grundkredits (Brief-, Buch-, Sicherungs-Hyp., Grund- u. Rentenschuld) S. 681.
III. Übersicht 683
1. Begründung der Belastung. Einigung (bei der Hyp. außerdem Entstehung der Forderung) und Eintragung S. 683. Voraussetzungen der Eintragung. Eintragung auf den Namen des Eigentümers nur bei Grund- u. Rentenschuld zulässig. Legitimation zum Eintragungsantrage. Bestellung für fremde Schuld S. 684. Zwangsvollstr. u. Arrestvollziehung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshyp. Diese steht nicht unter dem öffentl. Glauben des Grundbuchs; ebensowenig die kraft Gesetzes entstehende u. die auf Ersuchen einer Behörde eingetragene Hyp. 2. Änderung des Inhalts des HypRechts (Einigung, Eintragung, Zustimmung Dritter). Anwendungsfälle: a. Umwandlung einer Buch- in eine Brief-Hyp. b. Nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit, der Zinserhöhung bis 5%, der Änderung von Zahlungs-Ort u. Zeit S. 685. c. Unterschieben einer andern Forderung unter die Hyp. d. Umwandlung einer Sicherungshyp. in eine gewöhnliche Hyp. und umgekehrt. Umwandlung kraft Gesetzes S. 686. 3. Rangverhältnis, Rangvorbehalt, Rangänderung. 4. Erweiterung, Änderung, Beschränkung der Pfandhaft S. 687. 5. Erwerb des HypRechts: a. durch Abtretung (deren Erfordernisse bei der Buch- u. Brief-Hyp.). Ersatz durch rechtskräftiges Urteil, b. durch gerichtl. Überweisung S. 689. Voraussetzung ist Pfändung S. 690. (Bei der Buchhyp. Eintragung erforderlich) S. 691. Wirkung der Überweisung zur Einziehung und an Zahlungs Statt S. 692. Pfändung und Überweisung stehen nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs; c. Erwerb kraft Gesetzes S. 693, d. durch Erbfolge (Umschreibung auf die Erben. Eintragungsvermerk), e. durch Eingehung einer gütergemeinschaftl. Ehe S. 694, (Umschreibung u. deren Wirkungen). 6. Verpfändung der Briefhyp. S. 695, der Buchhyp. Ersatz der Verpfändungserklärung durch rechtskräftiges Urteil. Recht des Pfandgläubigers auf Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, im Notfalle durch Verkauf der Forderung S. 696, durch Einziehung. Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft und durch Vereinigung. Löschung nicht erforderlich S. 697. 7. Geltendmachung des HypRechts. Voraussetzung ist Fälligkeit (Kündigung) S. 698. Legitimation des Klägers S. 700. Fassung des Klagantrags u. des Urteils. Gerichtsstand. Passivlegitimation S. 701. Urkundenprozeß u. Mahnverfahren. Ausschließl. Gerichtsstand für die dingl. Klage. Verjährung der persönl. Forderung. Einreden. Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Voraussetzungen der Zwangsversteigerung, insbesondere gegen Rechtsnachfolger des Schuldners S. 703. 8a. Aufhebung der Hyp. durch Rechtsgeschäft. b. Fälle, in denen die Hyp. ohne Löschung erlischt S. 704. 9. Vormerkung auf Bestellung einer Hypothek. IV. Übergang der Hyp. auf den Eigentümer und auf den persönl. Schuldner. 1. Rechtliche Konstruktion u. Begründung S. 706.

Seite

2. u. 3. Geschichte der Entwickelung der Eigentümerhyp. S. 706 ff. Darstellung des geltenden Rechtes S. 707 ff. 4. Anwendung der Vorschriften über die EigentHyp. auf die Gesamthyp. u. auf die Grund- u. Rentenschuld. 5. Übergang der Hyp. auf den zahlenden Schuldner, der nicht Eigentümer ist S. 709. 6. Die Briefhyp. ist bis zur Übergabe des Briefes EigentHyp. 7. Schicksal bei der Subhastation, wenn der Eigentümer nicht liquidiert. V. Hypotheken-, Grundschuld- u. Rentenschuldbrief. 1. Grundsätzliche Gleichbehandlung des Briefes für alle drei Belastungsarten. 2. Fälle, in denen kein Brief erteilt wird S. 710. 3. Inhalt, 4. rechtliche Natur u. Bedeutung des Briefes S. 711. 5. Vorlegung des Briefes bei Geltendmachung des Rechtes S. 712. 6. Abweichung des Briefinhalts vom Buchinhalte. 7. Folgen des Verlustes des Briefes. Erteilung eines neuen Briefes. Vermerk nachträglicher Buchänderungen auf dem Briefe. Keine Duplikate. Unbrauchbarmachung des Briefes bei Löschung der Hyp. S. 713. VI. Anwendung des neuen Rechtes auf bestehende Hypotheken u. Grundschulden. A. Umwandlung bestehender Grundstückspfandrechte, zu denen das antichretische Pfandrecht nicht gehört, in Hypotheken S. 714. EG. z. BGB. Art. 192, 193, 195. Revenüenhyp. Nicht valutierte Hyp. S. 715. Nichtige Hyp. Kautionshypothek S. 716. Hypothekenvormerkung S. 717. B. PAG. z. BGB. Art. 33 S. 718. 1. Geltung der alten Hypotheken als Hyp. des neuen Rechtes S. 719. Besondere Bestimmungen für Kassel S. 720 und für die Rheinprovinz S. 722 (gesetzl. und gerichtl. Hyp. und Hyp. am Grundstücksnießbrauche S. 723). 2. Umwandlung der Kautions- in Sicherungs-Hyp. 3. Grundschulden des früheren preuß. Rechtes gelten als solche des neuen Rechtes. Blankoabtretung. PAG. z. BGB. Art. 34. Anwendung des neuen Rechtes auf alte Grundschulden S. 724. 4. Pfandrechte in Nassau u. Helgoland gelten als Buchhypotheken. VII. Übertragung von Vorschriften auf Rentenschulden. PAG. z. BGB. Art. 35 S. 725.

Erster Titel.

Hypothek.

§ 1113. Die Hypothek 725

1. Abweichung vom Entw. I S. 725. 2. Akzessorische Natur. 3. Begründung durch Einigung u. Eintragung. Form der Einigung. 4. Gegenstand der Belastung S. 726. Keine Revenüenhyp. Ausnahme bei Lehen u. Familienfideikommissen S. 727. 5. Bezeichnung des Gläubigers im Eintragungsvermerke. 6. Bestimmte Geldsumme. Einreden S. 728. Hyp. für künftige, bedingte, verjährte Forderungen S. 729. 7. Bedingte Hyp. S. 730. 8. Sonderbestimmung für Kassel. 9. Mündelsicherheit. 10. Welchen Anspruch hat der Darlehnsgeber hinsichtl. des Ranges der Hyp.? S. 731.

§ 1114. Hypothek an einem Bruchteile 731

1. Bisheriges Recht S. 731. 2. Keine Anteilshyp. bei Miteigentum zur gesamten Hand S. 732, dagegen bei Miteigentum nach Bruchteilen. Zwangsvollstreckung in einen Bruchteil. ZPO. § 864 Abs. 2. Streitig, ob Hyp. an einem der mehreren in der Hand eines Miteigentümers vereinigten Bruchteilen möglich ist S. 733. Ausschließung der Belehnung von Bruchteilen durch Satzung. 3. Hyp. an Realteilen. 4. Analoge Bestimmungen. 5. Übergangsrecht S. 735.

§ 1115. Notwendiger Inhalt des Eintragungsvermerks 735

1a. Bezeichnung des Gläubigers. Hyp. für künftige Abkömmlinge S. 736. Eintragung für eine oder eine andere Person, für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, für eine Konkursmasse, für ein Familienfideikommiß, für eine Polizeibehörde ꝛc. unzulässig. Eintr. für Stiftungen, Gesellschaften, Zweigniederlassungen S. 737. Streitig, ob ein Einzelkaufmann unter seiner Firma eingetragen werden kann. Eintragung von Erben S. 738. b. Geldbetrag der Forderung in Reichswährung. Bedingung der Rückzahlung in Pfandbriefen nicht eintragungsfähig S. 739. Sonderbestimmung für Hypothekenbanken. Goldklausel S. 740. c. Zinsen u. Zinssatz. Hyp. nur für die Zinsen eines Kapitals nicht zulässig. Ist kein Zinssatz eingetragen, so können Zinsen aus dem Grundstücke nicht verlangt werden S. 741. Für gesetzl. Zinsen haftet das Grundstück auch ohne Eintragung. Andere Nebenleistungen. Strafprozente S. 742. Schwankender Zinssatz. Verjährung der

Seite

Zinsen. Rangordnung der Zinsen u. anderen Nebenleistungen. 2. Im übrigen Bezugnahme auf die Satzungen von Kreditanstalten S. 743 u. 3. auf die Eintragungsbewilligung. Folgen des Mangels oder der unrichtigen Bezeichnung des Schuldgrundes im Eintragungsvermerke S. 746. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt: a. für den Anfangstag der Verzinsung S. 747, b. für die Zinstermine, c. für die Zahlungsbedingungen (Eintragung von Änderungen zulässig, Amortisationsbeiträge) S. 748. Zahlungsort u. Zahlungszeit. Ausschließung des Kündigungsrechts. EG. z. BGB. Art. 117 Abs. 2. S. 749. PAG. z. BGB. Art. 32. Sonderbestimmungen für Hypothekenbanken S. 751. d. Kosten der Kündigung u. Rechtsverfolgung werden nicht eingetragen. e. Einigung braucht in Eintragungsbewilligung u. Vermerk nicht erwähnt zu werden. 4. Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstr. muß eingetragen werden. Zuständige Beamte für Beurkundung von Eintragungsbewilligungen u. Unterwerfungsklauseln S. 752.

§ 1116. Erteilung eines Hypothekenbriefs 752

1. Erteilung ist Regel S. 752. 2. Nachweis der Einigung zur Eintragung der Ausschließung der Brieferteilung nicht erforderlich. 3. Kein Brief bei Sicherungshyp. 4. Schicksal der Briefhyp. vom Briefe abhängig S. 753. 5. Umwandlung der Brief- in eine Buchhyp. 6. Bei Nichtübereinstimmung des Briefes mit dem Grundbuch entscheidet das Grundb. S. 754. 7. Kraftloserklärung des Briefes. 8. Anwendung des neuen Rechtes auf bestehende Hypotheken S. 755.

§ 1117. Erwerb der Briefhypothek 755

1. u. 2. Erforderlich Übergabe des Briefes durch den Eigentümer S. 755. 3. Erwerb des Eigentums am Briefe durch Übergabe. Ersatz der Übergabe durch Vereinbarung S. 756 f. Bei Miteigentum müssen alle Miteigentümer übergeben. 4. Rechtskräftige Verurteilung zur Bestellung einer Briefhyp. 5. Umwandlung der Buch- in eine Briefhypothek S. 758. 6. Übergabe erforderlich bei Abtretung, Verpfändung ꝛc. der Hyp. 7. Zahlungseinstellung des Eigentümers S. 759.

§ 1118. Erstreckung der hypothekarischen Haftung auf gesetzliche Zinsen und auf Kosten 759

1. Haftung für gesetzl. Zinsen ohne Eintragung S. 759 (Verzugszinsen, Schadenersatzansprüche, Prozeßzinsen, Nebenleistungen); 2. ebenso für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung S. 760. Keine Haftung für die Eintragungskosten. 3. Nähere Bestimmung der Kosten S. 761 (Gebühren des Prozeßbevollmächtigten. Gelderhebungsgebühren S. 762). 4. Zwangsverwaltungskosten. 5. Anwendung des § 1118 auf Hyp. des früheren Rechtes. 6. Eintragung der im § 1118 bezeichneten Zinsen u. Kosten unstatthaft S. 763.

§ 1119. Nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit, der Zinserhöhung, der Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts 763

1. Nachträgl. Vereinbarung der Verzinslichkeit oder der Erhöhung des Zinssatzes auf 5% S. 763. 2. Anwendung auf Hyp. des früheren Rechtes. 3. Voraussetzungen der Eintragung S. 764. 4. Anatozismus S. 765. 5. Anwendung des § 1119 auf HypVormerkungen. 6. Herabsetzung des Zinssatzes. 7. Änderung der Zahlungszeit u. des Zahlungsorts. 8. Stempelansatz S. 766.

§ 1120. Gegenstand der hypothekarischen Haftung 767

A. Übersicht: 1. Erweiterung des Grundstücksbegriffs. Surrogate. Voraussetzungen der Beschlagnahme S. 767. 2. Die Hyp. bei der Zwangs-Versteigerung u. Verwaltung. 3. Erweiterung des Begriffs des unbewegl. Vermögens durch das preuß. KleinbahnG. S. 768. B. Bestandteile vor der Trennung: 1. das Grundstück S. 770 mit seinen wesentl. und unwesentl. Bestandteilen a. im Umfange zur Zeit der Eintragung der Hyp. (Falsche Buchung, Doppelbuchung) S. 771, b. natürliche Vergrößerungen, c. zugeschriebene Grundstücke, d. abgeschriebene Flächenabschnitte, e. veräußerte, aber nicht abgeschriebene Flächenabschnitte, f. vorgemerkte Abschreibungen S. 772, g. Gebäude (Überbau. Ein Gebäude auf zwei Grundstücken) S. 773. 2. Bestandteilsvermehrungen S. 774. Eingebaute fremde Sachen. 3. Unzulässigkeit der Ausschließung wesentl. Bestandteile von der Haftung für die Hyp. 4. Ungetrennte Erzeugnisse (Rechte des Nießbrauchers u. Pächters) S. 775. II. Haftung getrennter

Seite

Bestandteile. Begriff der Trennung. III. Haftung des Zubehörs. Fremde Zubehörstücke bei der Subhastation S. 776. Erwerb bisher fremder Zubehörstücke während des Konkurses des Grundstückseigentümers. Eigentumsvorbehalt. Unbewegl. Pertinenzen des früheren Rechtes S. 777. Für die Frage der Zubehöreigenschaft ist das neue Recht maßgebend. IV. Aufrecht erhaltene landesgesetzl. Bestimmungen: 1. Unschädlichkeit von Abveräußerungen. EG. z. BGB. Art. 120 Abs. 1 S. 778. PAG. z. BGB. Art. 19 S. 779. PAG. z. GBO. Art. 20 S. 780. 2. Änderung des haftenden Gegenstandes durch Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung, Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Belastungen. PAG. z. BGB. Art. 31. Rhein. G. v. 12. April 1888 § 29 S. 784. G. für Kassel v. 29. Mai 1873 § 47. 3. Veränderung des haftenden Objekts durch Enteignung. EG. z. BGB. Art. 109 Satz 2. PAG. z. ZVG. Art. 35 S. 785. Bergrechtl. Enteignung berührt die Realgläubiger nicht. V. Änderung des Haftungsgegenstandes bei reichsgesetzlicher Enteignung. 1. FestungsrayonG. 2. G. über Kriegsleistungen. EG. z. BGB. Art. 52 bis 54 S. 787. Art. 120 Abs. 2 Nr. 3 das. VI. Landschaftl. Amortisations- oder eigentümlicher Fonds. VII. Nicht mithaftende Ansprüche S. 788. Entschädigung für Bergschäden PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. XI S. 789.

§ 1121. Freiwerden von Erzeugnissen, Bestandteilen und Zubehörstücken von der hypothekarischen Haft 789

I. II. Voraussetzungen der Haftung u. Befreiung S. 789. III. Entfernung u. Veräußerung. Begriff der Veräußerung. Verpfändung u. Pfändung keine Veräußerung. Freiwerden getrennter Erzeugnisse S. 791. IV. Verhinderung der Befreiung durch Immobiliar- oder Fahrnisbeschlagnahme, durch einstweilige Verfügung oder Arrest. 1. Zubehörstücke sind der Beschlagnahme entzogen S. 792. 2. Fahrnispfändung getrennter Erzeugnisse und sonstiger Bodenbestandteile nur bis zur Grundstücksbeschlagnahme zulässig. 3. Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Zwangsverwalter S. 793. 4. Wirkung der Beschlagnahme nur zugunsten des betreibenden Gläubigers. 5. Keine Zwangsvollstreckung des nur dinglich berechtigten HypGläubigers in frei gewordene Gegenstände. 6. Kaltes Abbrennen S. 794.

§ 1122. Freiwerden von Erzeugnissen, Bestandteilen und Zubehörstücken ohne Veräußerung 794

1. Ordnungsmäßige Trennung und Entfernung von Erzeugnissen S. 794. 2. Aufhebung der Zubehöreigenschaft. 3. Wirkung nicht ordnungsmäßig. Tr. u. E. bei hinzukommender Veräußerung S. 795.

§ 1123. Erstreckung der Hypothek auf die Miet- oder Pachtzinsforderung 796

1. und 2. Gesetzgeberischer Grund. 3. Freiwerden der fälligen Forderung nach einem Jahre. 4. Zeitberechnung. 5. Haftung für später bestellte Hyp. S. 796. Verteilung bei der Zwangsversteigerung. 6. Ausübung des gesetzl. Pfandrechts des Verpächters durch den HypGläubiger? S. 797.

§ 1124. Verfügungen über den Miet- oder Pachtzins 797

1, 2. Die Forderung haftet als Surrogat der gezogenen Nutzungen. 3. Wirkungen der Beschlagnahme zugunsten des HypGläubigers S. 797. 4. Verfügungen vor der Beschlagnahme. 5. Unwirksame Vorausverfügungen S. 799. Zusammentreffen der Beschlagnahme des HypGläubigers mit Pfändungen persönl. Gläubiger. Einziehung des Mietzinses durch den Zwangsverwalter. Der Konkursverwalter kann die Unwirksamkeit von Vorausverfügungen geltend machen S. 800. KO. § 21 Abs. 2. Einziehung des Mietzinses durch den KVerwalter S. 801.

§ 1125. Beschränkte Aufrechnungsbefugnis des Mieters oder Pächters . 801

§ 1126. Erstreckung der Hypothek auf wiederkehrende Leistungen 802

1. u. 2. Abweichungen von §§ 1123 Abs. 2, 1124 Abs. 2. 3. Verfügungen des Eigentümers. 4. Beschlagnahme S. 802.

§ 1127. Erstreckung der Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer 802

A. I. Übersicht. 1—5. Abweichungen vom bisherigen preuß. Rechte S. 803. II. Arten der Gefahr, gegen die versichert werden kann. III. Befreiung von der Haftung bei Unschädlichkeit. EG. z. BGB. Art. 120 Abs. 2 Nr. 3. IV. Rechtsbeziehungen der Hypothekengläubiger zum Versicherer S. 804. V. Umgrenzung der Rechte der HypGläubiger. VI. Anwendung auf die

Seite

nach Eintritt des Schadens bestellte Hyp. oder Vormerkung. Zusammentreffen der Hyp. mit Pfändungspfandrechten S. 805. VII. Fälligkeit der HypForderung nicht Voraussetzung der Beschlagnahme der VersForderung. VIII. Keine Versicherungspflicht. IX. Ausländische Versicherungsanstalten. Revisibilität der Versicherungsreglements. X. Grundbucheinsicht des Versicherers. XI. Enteignungsansprüche. B 1, 2. Anspruch aus der Vers. ungetrennter Früchte, 3. nicht dauernd verbundener Gebäude. 4. Erlöschen der Haftung mit der Wiederherstellung. Beweislast S. 806.

§ 1128. Gebäudeversicherung 807

§ 1129. Versicherung anderer Gegenstände 807

§ 1130. Versicherung zur Wiederherstellung 807

Anhang zu den §§ 1127—1130.

Kollision der Rechte des Hypothekengläubigers auf die Versicherungsforderung mit den Rechten des Nießbrauchers 808

§ 1131. Erstreckung der Hypothek auf zugeschriebene Grundstücke 809

1. Bisheriges Recht. 2. Zuschreibung gibt Bestandteilseigenschaft. 3. Antrag auf Zuschreibung S. 809. 4. Keine Anwendung auf Grundstücksvereinigung. Rechte der HypGläubiger bei Zusammenschreibung verschieden belasteter Grundstücke. 5. Übergangsrecht. 6. Natürliche An- und Zuwüchse S. 810.

§ 1132. Gesamthypothek 810

I. Übersicht S. 810. II. 1. Fälle des Entstehens S. 812. Zwangshyp. kann nicht GesHyp. sein. 2. Die Hyp. muß auf allen Grundstücken gleichartig sein S. 813. 3. Befugnisse des Gläubigers bei der Geltendmachung, insbesondere bei der Zwangsversteigerung S. 814. 4. GesHyp. an Miteigentumsanteilen S. 815. 6. Befriedigung aus einem Grundstücke hat Befreiung der anderen zur Folge. 7. Umwandlung in Einzelhypotheken S. 816. 8. Zustimmung der Eigentümer. 9. Gerichtsstand S. 817.

§ 1133. Gefährdung der Sicherheit der Hypothek durch Verschlechterung des Grundstücks 818

I. Entstehungsgeschichte. II. 1. Substanzverringerung nicht erforderlich. 2. Gleichgültig, durch wen und wodurch die Verschlechterung herbeigeführt wird S. 818. Veräußerung, Belastung, Wertminderung durch Alter keine Verschl. 3. Der Anspruch des Gläubigers wegen Verschl. entsteht erst mit seiner Eintragung. 4. Die Verschl. braucht sich nicht als Verminderung des Grundstückswerts darzustellen. Erhebliche Verschl. erforderlich S. 819. 5. Maßstab für die Erheblichkeit. Beweispflicht des Gläubigers. 6. § 1133 bezieht sich nur auf Grund u. Boden u. Gebäude. Unterlassung der Feuerversicherung. 7. Keine Verpflichtung des Eigentümers zur Wiederherstellung S. 820. 8. Recht des Gläubigers, nach fruchtloser Fristsetzung vorzeitige Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen S. 821. 9. Interusurium. 10. Besondere Bestimmungen für Hypothekenbanken. 11. Übergangsrecht. 12. Verhältnis der §§ 1133 ff. zu § 321 BGB. S. 822.

§ 1134. Gefährdende Einwirkungen des Eigentümers oder Dritter auf das Grundstück 822

1. Besorgnis der Gefährdung S. 822. 2. Schutzmaßregeln. Einstw. Verfügung. Klage auf Unterlassung S. 823. Gerichtszuständigkeit. 3. Verbindung der Klagen aus §§ 1133 u. 1134. 4. Die Rechte aus §§ 1133, 1134 stehen auch dem Sicherungshypothekengläubiger, aber nicht dem Vormerkungsgläubiger zu. 5. Anwendung der §§ 1134, 1135 auf Rentengüter S. 824. 6. Sicherungsmaßregeln nach Anordnung der Zwangsvollstreckung S. 825.

§ 1135. Verschlechterung oder ordnungswidrige Entfernung von Zubehörstücken 825

Entstehungsgeschichte. 1. Begründung der Vorschrift. 2. Anwendungsfälle S. 825. 3. u. 4. Begrenzung der Rechte der HypGläubiger. 5. Besondere Vorschriften für öffentliche Kreditanstalten. 6. Zulässige Veräußerung von Zubehör. Haftung Dritter für Verschleppung von Inventar und Vorräten S. 826.

§ 1136. Nichtigkeit der vertragsmäßigen Beschränkung des Eigentümers in der Veräußerung und Belastung dem Gläubiger gegenüber . 827

Seite

Andere nichtige Verträge. 1. Begründung der Vorschrift S. 827. 2. Anwendungsfälle. 3. Voraussetzungen der Nichtigkeit S. 828. 4. Nichteintragbarkeit der nichtigen Vereinbarung. 5. Nichtigkeit auch einer Vertragsstrafe. 6. Schutz des Gläubigers vor Veräußerung durch Vorkaufsrecht. 7. Besondere Vorschriften für Rentengüter S. 829. 8. Übergangsrecht S. 830.

§ 1137. Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek 830
Einleitung. 1—6. Verhältnis des § 1137 zum bisher. preuß. Rechte S. 830. A. Die Materialien S. 831. B. Ergebnisse: 1. a. Einwand der Nichtentstehung der Hyp. S. 836. b. Einwand, daß die Hyp. dem als Gläubiger Eingetragenen nicht zustehe. 2. Einreden im technischen Sinn: a. Einreden des persönl. Schuldners S. 837, b. eines Bürgen, c. aus dem eigenen Rechte des Eigentümers und gegen den Rechtsnachfolger des Gläubigers S. 838. Wegfall der Einreden zu 2 durch Verzicht. 3. Einrede der Verjährung. 4. Verhältnis des Eigentümers zum persönl. Schuldner, wenn jener mit einer diesem zustehenden Einrede durchgedrungen ist S. 839. 5. Die Einreden aus § 1137 stehen nur dem Eigentümer zu. 6. Dem Eigentümer steht gegen den HypGläubiger die Einrede des Zwangsvergleichs nicht zu S. 840.

§ 1138. Erstreckung der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Hypothekenforderung und auf die Einreden aus § 1137 840
I. 1. Erstreckung des § 891. 2. Gegenbeweis gegen die Vermutung aus § 891. Zerstörung der Vermutung durch Löschung S. 840. Bedeutung des Valutenempfangsbekenntnisses. 3. Erstreckung der §§ 892, 893 S. 842, 4. der §§ 894—899 S. 843. 5. Einreden aus dem HypBriefe. 6. Einwand der nicht erhaltenen Valuta. 7. Verhältnis des § 1138 zum § 1156. 8. Folgen der unrichtigen Bezeichnung der Forderung im Grundbuche S. 844. 9. Wirkung des Urteils gegen Sondernachfolger. 10. Sicherungshyp. Fall, in dem der Grundschuldgläubiger das Bestehen und den Betrag der Forderung beweisen muß S. 845. II. Übergangsrecht S. 846.

§ 1139. Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Hingabe des Darlehns bei einer Buchhypothek 846
1. Entstehungsgeschichte S. 846. 2. Wirkung des rechtzeitig eingetragenen Widerspruchs S. 847. 3. Voraussetzungen der Eintragung. 4. u. 5. Keine Anwendung auf Brief- und Sicherungshyp. und auf Grund- und Rentenschuld S. 848.

§ 1140. Berufung auf die §§ 892 und 893 ausgeschlossen, wenn sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief ergibt 849
1. Vergleichung mit dem früheren Rechte. 2. Redaktionelles. 3. Die Angaben des Buches gehen denen des Briefes vor S. 849. 4. Entspricht der Inhalt des Briefes der wirklichen Rechtslage, das Buch dagegen nicht, so geht der Brief vor. 5. Unbeglaubigte Vermerke auf dem Briefe S. 850. 6. Gleichstellung des im Grundbuch eingetragenen und des aus dem Briefe hervorgehenden Widerspruchs. 7. § 1140 gilt auch für die Einrede aus 1157. 8. Vermerke bei Erneuerung des Briefes zu übertragen.

§ 1141. Kündigung der Hypothek 851
1. Fälligkeit der Hypothek. 2. Kündigung. a. des Gläubigers S. 852, b. des Eigentümers. 3. Kündigung formlos. K. durch Klage. K. an und durch den Prozeßbevollmächtigten S. 853. 4. Kündigung in besonderen Fällen. 5. Wirkungen der Kündigung. 6. § 1141 auf Sicherungshyp. nicht anwendbar; dagegen 8. auf Hyp. des früheren Rechtes S. 854.

§ 1142. Befriedigungsrecht des Eigentümers 855
I Voraussetzung Fälligkeit. 2. Befriedigungspflicht des Eigentümers. 3. Aufrechnungsbefugnis. 4. Erwerb der Forderung mit der Hyp. 5. Anwendung des § 1142 auf die Grundschuld S. 855.

§ 1143. Übergang der Forderung auf den befriedigten Eigentümer, wenn dieser nicht persönlicher Schuldner ist 855
I. 1. Einrücken des Eigentümers in die Hyp. kraft Gesetzes. Abweichungen vom früheren Rechte. 2. Fälle, in denen — abgesehen vom § 1143 — die Forderung und mit ihr die Hypothek auf den Befriedigenden übergeht. S. 856. II. 1. Übergang mit dem Zeitpunkte der Befriedigung ohne Eintragung. 2. Befriedigung durch Hinterlegung oder Aufrechnung S. 857.

Seite

3. Der Befriedigende muß zur Zeit der Befriedigung Eigentümer und darf nicht persönlicher Schuldner sein. Er braucht nicht eingetragen zu sein. S. 658. Das Gläubigerrecht des Eigentümers geht durch Veräußerung des Grundstücks nicht verloren. 4. Geltendmachung der persönlichen Forderung durch den Eigentümerhypothekar S. 859. Einwendungen des persönlichen Schuldners. Bei nur teilweiser Befriedigung geht die Resthypothek der Eigentümerhypothek vor. 5. Mitübergang der Hypothek S. 860. Nichtanwendbarkeit des § 1143 auf Grund- u. Rentenschulden. 6. Übergang der Forderung auf den als Gesamtschuldner haftenden Eigentümer in Höhe seines Ausgleichungsanspruchs gegen die übrigen Eigentümer. 7. Anwendung des § 1143 auf die Gesamthypothek S. 861. 8. Erlöschen der Forderung bei Befriedigung durch den vom Eigentümer verschiedenen persönl. Schuldner. 9. Hypothek für fremde Schuld S. 862.

§§ 1144, 1145. Verpflichtungen des vom Eigentümer befriedigten Gläubigers 862
1. Pflicht zur Herausgabe des Briefes u. anderer Urkunden. 2. Gleichgültig, ob der Eigentümer zugleich persönl. Schuldner ist S. 863. 3. Verpflichtungen bei nur teilweiser Befriedigung S. 864. 4. Folgen der Weigerung, den HypBrief herauszugeben. 5. Satzungen, die die Löschung vor völliger Tilgung verbieten. 6. Beschränkte Anwendbarkeit des § 1145 Abs. 1 Satz 2 auf Zinsen und andere Nebenforderungen. Nichtanwendbarkeit auf Kosten S. 865. 7. Treuhänder bei HypBanken. S. 866.

§ 1146. Verzugszinsen aus dem Grundstücke 866
1. Geschichte u. Anwendungsfälle S. 866. 2. Voraussetzung ist Verzug des Eigentümers. 3. Prozeßzinsen. 4. Übergangsrecht. 5. Prozentsatz. 6. Neben Verzugszinsen nicht noch Vertragszinsen S. 867.

§ 1147. Befriedigung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen 867
1. Entstehungsgeschichte S. 867. 2. Voraussetzung ist Fälligkeit dem Eigentümer gegenüber S. 868. 3. u. 4. Klage. Antrag. Urteilsformel. 5. Art der Zwangsvollstreckung. Besondere Bestimmungen für Kleinbahnen. Nebenüenhyp. 6. Zwangsvollstreckung in mithaftende Gegenstände. Unpfändbarkeit des Zubehörs. ZPO. § 865 S. 869. Widerspruch des Hyp.-Gläubigers gegen Fahrnispfändung. Abgesonderte Befriedigung aus den mithaftenden Gegenständen im Falle des Konkurses. 7. Art. VIII EG. z. G., betr. Änder. der ZPO., für Preußen bedeutungslos. 8. Paffivlegitimation. 9. Der Eigentümerhypothekar kann nicht die Zwangsvollstr. betreiben. 10. In Preußen Zwangsversteigerung wegen Kosten, Stempelstrafe ꝛc. unzulässig S. 870.

§ 1148. Zugunsten des klagenden Gläubigers gilt der als Eigentümer Eingetragene als der Eigentümer 870
1. Begründung der Vorschrift. 2. Unwiderlegliche Fiktion. 3. Intervention des wahren Eigentümers S. 871.

§ 1149. Nichtigkeit der lex commissoria und der Ermächtigung zum außergerichtlichen Pfandverkaufe 872
1. Nichtig die l. commissoria, falls vor der Fälligkeit getroffen S. 872. Nicht nichtig Rückfallvertrag auf Überlassung des Grundstücks an den Gläubiger vor Eintritt der Fälligkeit zu einem bestimmten Preise. Form des zulässigen Vertrags. 2. Ermächtigung zu außergerichtl. Verkaufe nichtig, falls vor der Fälligkeit der Hyp. erteilt. Form des nach der Fälligkeit zulässigen Vertrags S. 873. Zuziehung des persönl. Schuldners zur Zwangsversteigerung. 3. Giltigkeit der Verträge nach der Fälligkeit. 4. Keine dingl. Wirkung der zulässigen Verträge. Eintragung einer Vormerkung. 5. Übergangsrecht S. 874.

§ 1150. Das Ablösungsrecht (jus offerendi) 874
1. Begründung der Vorschrift S. 874. 2. BGB. § 268. 3. Ablösungsrecht gegeben, sobald Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt wird. 4. Der Ablösungsberechtigte S. 875. 5. Gegen wen ist das AblRecht geltend zu machen? S. 876. 6. Wirkung des AblRechts. 7. Ablösung durch Zahlung, Aufrechnung, Hinterlegung. 8. Berichtigung des Grundbuchs S. 877. 9. Einstellung der Zwangsversteigerung. 10. Ergebnisse. 11. § 268 BGB. auch anzuwenden, wenn das Grundbuch noch nicht angelegt ist S. 878.

Seite

§ 1151. Änderung des Rangverhältnisses der Teile einer geleisteten Forderung 878

§ 1152. Teilhypothekenbrief 879

§ 1153. Übertragung der Forderung 880

1. u. 2. Die Hyp. folgt der Forderung S. 880. 3. a. Übertragung der Forderung ohne die Hyp. u. b. Übertr. der Hyp. ohne die Forderung unzulässig. 4. Verzicht auf die Hyp. Übergang der Hyp. auf den beschränkt haftenden Erben, der die Nachlaßschuld aus eigenen Mitteln tilgt S. 881. 5. Ausnahmen. 6. Umschreibung der Hyp. städtischer Sparkassen S. 882.

§ 1154. Erfordernisse der Abtretung der Forderung 882

Örtliches Recht der Abtretung. Früheres Recht. Übersicht des jetzigen Rechtszustandes S. 882. I. 1. Abtretung einer Forderung mit Buchhyp. 2. Bedeutung der Eintragung dieser Abtretung S. 883. 3. Abtret. seitens eines Nichtberechtigten. Rückwirkende Kraft der Genehmigung des Berechtigten. Abtret. bestehender Hyp. des früheren Rechtes. 4. Übertragung einer Gesamthyp. S. 884. Eintragung auf allen Grundstücken erforderlich. 5. Obligatorischer Vertrag und Einigung über die Abtretung formlos. 6. Rechtsfolgen, wenn der Erwerber vor dem Erwerbe nicht das Grundbuch einsieht. II. Abtretung einer Forderung mit Briefhyp. S. 885. 1. Schriftform oder Eintragung neben Übergabe des Briefes. 2. Die vollzogene Eintragung ersetzt die Schriftform. Das bloße Versprechen der Eintragung nur pactum de cedendo. 3. Recht des Erwerbers auf Beglaubigung der Abtretung S. 886. Wirkung von Verfügungsbeschränkungen, die zwischen Abtretung und Briefübergabe erlassen werden. 4. Blankoabtretung unzulässig. 5. Zweck der Übergabe. Verfügungsmacht des Zedenten bis zur Briefübergabe S. 887. 6. Erfordernisse der Übergabe. 7. Eintragung entbehrlich, aber ratsam. III. Übertragung von HypForder. im Wege der Zwangsvollstr. S. 888. IV. 1. Abtretung zur Sicherung. Pflichten des Zessionars in diesem Falle. 2. Einreden gegen eine Prokurazession. V. Pactum de cedendo u. seine Aufhebung ohne Form gültig. VI. Übergangsrecht. VII. Übertragung des vorgemerkten Anspruchs auf Bestellung einer Hyp. S. 889. VIII. Gewährleistungsansprüche gehen nicht ohne weiteres mit über S. 890.

§ 1155. Der legitimierte Zessionar einer Briefhypothek steht auch ohne Eintragung unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs 890

1. Maßgebender Zeitpunkt für den guten Glauben. 2. Voraussetzung des Schutzes ist zusammenhängende Reihe von Abtretungen S. 890 u. Besitz des Briefes. Wirkungen von Mängeln im Rechte der Vormänner S. 891. Die Abtretungen müssen öffentlich beglaubigt sein. 3. Gerichtl. Überweisung. 4. Verurteilung zur Abtretung S. 892, zur Anerkennung. Beglaubigtes Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung. Erbfall. 5. Anwendung des § 1155 auf Fälle, wo die Hyp. ohne Forderung kraft Gesetzes übergeht. Verzicht. Unterschiebung einer anderen Forderung. 6. Vermutung für das Recht des legitimierten Briefbesitzers S. 893. Gutgläubigkeit des Erwerbers. Gegenbeweis gegen die Vermutung. 7. Folgen des Mangels der öffentl. Beglaubigung einzelner Abtretungserklärungen S. 894.

§ 1156. Nichtanwendbarkeit der §§ 406—408 BGB. auf Übertragung von Hypotheken 895

Einleitung. 1. BGB. §§ 406, 407 S. 895, § 408. 2. Gründe für die Nichtanwendbarkeit S. 896. 3. Abweichung vom bisher. preuß. Rechte S. 897. 4. Kündigung zwischen Eigentümer u. Zessionar S. 898.

§ 1157. Einreden aus dem zwischen dem Eigentümer und dem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse stehen auch dem neuen Gläubiger entgegen 898

1. Durchbrechung des Grundsatzes von der stärkeren Kraft des dingl. Rechtes. 2. § 1157 handelt nur von eigenen Einreden, die dem dinglich berechtigten Eigentümer auf Grund eines mit dem bisherigen Gläubiger geschlossenen obligator. Rechtsgeschäfts erwachsen sind S. 899. Fiktion der Unrichtigkeit des Grundbuchs. 3. Anwendung auf das Verhältnis aufeinanderfolgender

Seite

HypGläubiger. 4. Begrenzung der Anwendbarkeit. 5. Beschränkung der Einreden. 6. Privatvermerke auf dem HypBriefe. 7. Sicherungshyp. und Grundschuld S. 900.

§ 1158. Beschränkte Anwendung der §§ 406—408 BGB. auf Forderung von Zinsen und anderen Nebenleistungen 900
1. Inhalt u. Voraussetzungen des § 1158. 2. Beweislast des neuen Gläubigers S. 901. 3. Der Schutz des öffentl. Glaubens des Grundbuchs steht dem neuen Gläubiger nicht zur Seite. 4. Zinsabtretung. 5. TeilhypBrief über Zinsen S. 902.

§ 1159. Voraussetzungen und Wirkungen der Übertragung der Forderung auf Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen . . . 902
1. Tilgungseinrede. 2. Formlosigkeit der Abtretung S. 902. 3. Verzugszinsenrückstände. 4. Kosten. 5. § 892 findet keine Anwendung. 6. Keine Eigentümerhyp. S. 903. 7. Anwendung auf Grund- und Rentenschulden u. auf die einzelnen Leistungen der Reallast S. 904.

§ 1160. Geltendmachung, Kündigung, Mahnung bei der Briefhypothek 904
1. Geltendmachung. 2. u. 3. Dilatorische Einrede der Nichtvorlegung des Briefes S. 904. Wann u. wo ist der Brief vorzulegen? Vorlegung anderer Urkunden in beglaubigter Form. Einrede des unrechtmäßigen Besitzes des Briefes S. 905. 4. Fälligkeit. 5. Kündigung u. Mahnung. Vorlegung des Briefes dabei. Vorlegung der Legitimationsurkunden S. 906. Zustellung durch Gerichtsvollzieher. 6. Nichtvorlegung bei Mahnung und Kündigung muß der Eigentümer beweisen. Kündigung durch Klage. 7. Keine Briefvorlegung bei Geltendmachung ꝛc. von Zinsrückständen und Kosten. 8. Urkundenprozeß. 9. Verzicht auf die Vorlegung zulässig S. 907.

§ 1161. Anwendung des § 1160 auf die Geltendmachung der Forderung 908

§ 1162. Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs im Wege des Aufgebotsverfahrens 909
1. Bisher. preuß. Recht. 2. Aufgebotsverfahren. 3. Ausschlußurteil S. 909. 4. Erteilung eines neuen Briefes. 5. Ausschließung des unbekannten Gläubigers. 6. Grundschuldbrief S. 910.

§ 1163. Hypothek des Eigentümers im Falle der Nichtentstehung oder des Erlöschens der Forderung und bis zur Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger 910
I. 1. Geschichte u. Begründung der Vorschrift S. 910. 2. Andere Fälle der Eigentümerhyp. II. 1. Nichtentstehung S. 911. Folgen der Nichtentstehung der Hyp. Besonderer Fall des § 868 ZPO. S. 912. Bedeutung des Rangvorbehalts bei unwirksamer Hyp. 2. Erlöschen der Forderung. a. durch Befriedigung des Gläubigers (Aufrechnung, Hinterlegung) S. 913, b. durch Erlaß oder durch Anerkenntnis des Nichtbestehens, c. durch Vereinigung (Fälle der Vereinigung) S. 914. Vereinigung bei Gesamt-Schuld u. Forderung S. 915. 3. Zeit bis zur Übergabe des Briefes. 4. Übergang auf den Eigentümer kraft Gesetzes. Legitimation S. 916. 5. Gegenstand des Erwerbs. Eintragungen zu Verfügungen des Eigentümers nicht erforderlich S. 917. 6. Erwerber ist, wer zur Zeit der Eintragung der Hyp. oder des Erlöschens der Forderung Eigentümer war. 7. § 1163 findet auch auf Sicherungshyp., dagegen nicht auf Vormerkungen Anwendung. 8. Die Hyp. wird als Grundschuld erworben S. 918. 9. Nachweis des Erwerbs. 10. Die Vorschriften über Eigentümerhyp. können durch Vereinbarung nicht geändert werden S. 919. Ausnahme bei öffentl. Kreditanstalten. 11. Folgen der nachträglichen Valutierung der Hyp. 12. Pfändung der Eigentümerhyp. S. 920. III. 1. Nichtvalutierte Hyp. des bisher. preuß. Rechtes S. 922. 2. Fall, wenn der Eigentümer Miterbe des Gläubigers wird S. 923.

§ 1164. Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner 923
1. Voraussetzungen S. 923. 2. die Forderung erlischt; der Ersatzanspruch tritt nicht an ihre Stelle. 3. Nur in Höhe des Ersatzanspruchs geht die Hyp. über. Rang der HypTeile, wenn der Ersatzanspruch den Betrag der Hyp. nicht erreicht oder nur Teilbefriedigung eingetreten ist S. 924. 4. Vereinigung von Forderung und Schuld. 5. Gesamthyp. 6. Berichtigung des Grundbuchs. 7. § 1164 auf Sicherungshyp., dagegen nicht auf Grundschulden anwendbar. 8. Nichtanwenddarkeit der § 892 S. 925. 9. Übergangsrecht S. 926.

Seite

§ 1165. Freiwerden des persönl. Schuldners durch Verzicht auf die Hyp. oder durch deren Aufhebung oder durch Vorrangseinräumung . 926
I. Geschichte und gesetzgeberischer Grund. II. 1. Anwendungsfälle. 2. Begriff des Verzichts S. 926. 3. Voraussetzungen des Verzichts. 4. Fall der Bestellung der Hyp. für fremde Schuld. Einzelfall S. 927. 5. Voraussetzung der Befreiung ist das Bestehen eines Ersatzanspruchs. 6. Gesamthyp. 7. Übergangsrecht S. 928.

§ 1166. Pflicht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers zur Benachrichtigung des persönlichen Schuldners 928
1. Entstehungsgeschichte S. 928. 2. Schuldhafte Unterlassung verpflichtet zu Schadenersatz. 3. Pflicht nur des betreibenden Gläubigers. 4. Anderweitige Kenntnis des Schuldners S. 929. Beweislast hinsichtlich der Kenntnis und Benachrichtigung. 5. Rechtsnachteil: nicht Verlust des persönl. Anspruchs, sondern Einrede auf Schadenersatz S. 930. 6. Keine Anwendung auf Grund- u. Rentenschulden S. 931.

§ 1167. Anspruch des befriedigenden persönl. Gläubigers auf Herausgabe des Hypothekenbriefs 931

§ 1168. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer 932
1. Entstehungsgeschichte S. 932. 2. Bestehenbleiben der Forderung. § 1168 auch auf Grund- Rentenschulden, nicht auf Rückstände u. Kosten anwendbar. 3. Form und sonstige Erfordernisse des Verzichts. Zustimmung Dritter. 4. Eintragung des Verzichts S. 933. Zur Löschung der Hypothek Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht erforderlich. Teilweiser Verzicht. 5. Verzicht auf eine Hyp. nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung. Der Verz. kommt dem wahren Eigentümer zugute S. 934. Verzicht während des Konkurses des Eigentümers. 6. Unterschied zwischen Verz. und Aufhebung. 7. Gesamthyp. 8. Schuldübernahme S. 935.

§ 1169. Anspruch des Eigentümers auf Verzicht auf die Hypothek . . . 935
1. Voraussetzung: dauernd ausschließende Einreden S. 935. 2. Zeitpunkt des Erwerbs der Hyp. durch den Eigentümer. 3. Höchstbetragshypothek. 4. Klage auf Verzichterklärung. 5. Verjährungseinrede. 6. Anwendung auf Grund- u. Rentenschulden S. 936.

§ 1170. Ausschließung des befriedigten unbekannten Gläubigers . . . 936
I. Gesetzgeberischer Grund. 2. Aufgebotsverfahren: a. Gerichtszuständigkeit, b. Antragsberechtigter S. 937, c. Glaubhaftmachung, d. Ablauf einer zehnjährigen Frist, e. Androhung der Ausschließung. 3. Rechtskraft des Ausschlußurteils S. 938. Vorbehaltene Rechte. 4. u. 5. Wirkungen des Ausschlußurt. S. 939. 6. Gesamthyp. 7. Anwendung auf Vormerkung, Vorkaufsrecht, Reallasten S. 940.

§ 1171. Ausschließung des nicht befriedigten unbekannten Gläubigers . . 941
1. Voraussetzungen. 2. Aufgebotsverfahren: a. Gerichtszuständigkeit, b. Antragsberechtigter, c. Fälligkeit oder Kündbarkeit der Forderung, d. Glaubhaftmachung S. 941, e. Hinterlegungsverbieten, f. Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme, g. Ausschlußurteil. 3. Wirkungen dieses Urteils S. 942. 4. Auszahlung des hinterlegten Betrags. 5. Hinterlegungsverfahren in Preußen. Art. 145 EG. z. BGB. Art. 84 Nr. XI PAG. z. BGB. S. 943.

§ 1172. Eigentümergesamthypothek 944
1. Anwendungsfälle. 2. Befugnisse der einzelnen Eigentümer S. 944. 3. Zerlegung der Gesamthyp. in Einzelhyp. 4. Ausscheiden des einzelnen aus der Gemeinschaft S. 945. 5. Erfordernisse der Eintragung der Umwandlung in Einzelhyp. S. 946.

§ 1173. Folgen der Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek durch einen Eigentümer 946
I. 1. Früheres Recht. 2. Entw. I. 3. Zweite Lesung S. 947. II. Voraussetzung: 1. verschiedene Eigentümer, von denen, 2. nur einer (freiwillig) befriedigt S. 948. 3. Schicksal der persönl. Forderung. 4 u. 5. Unterscheidung, ob der Eigentümer ersatzberechtigt ist oder nicht S. 949. War

Seite

der zahlende Eigentümer nicht der persönl. Schuldner, so erwirbt er die Hyp. auch an den anderen Grundstücken mit der ursprüngl. Forderung S. 950. 6. Miteigentum nach Bruchteilen. 7. Das Recht auf Ausgleichung S. 951. 8. Begriff der Befriedigung. Vereinigung. 9. Anwendbarkeit des § 1165 S. 952. 10. Beispiele S. 953. 11. Eintragung der Ersatzansprüche. 12. Hyp. des früheren Rechtes S. 954.

§ 1174. Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den persönl. Schuldner. Vereinigung von Schuld und Forderung 954
1. Voraussetzung ist: a. daß der Schuldner nicht Eigentümer ist, b und c. daß er von einem oder von allen Eigentümern Ersatz fordern kann. 2. Wirkung der Befriedigung, je nachdem der Schuldner für den ganzen bezahlten Betrag oder nur für einen Teil Ersatz fordern kann S. 955. 3. Teilersatzansprüche. 4. Miteigentum nach Bruchteilen S. 956.

§ 1175. Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek 956
I. Voraussetzung: Verzicht auf die ganze Hyp. auf allen Grundstücken. 1. Wirkung des Verzichts hinsichtlich aller und 2. hinsichtl. einzelner Grundstücke S. 956, 3. hinsichtl. eines Teilbetrags bei allen Grundstücken. 4. Schuldübernahme. 5. Zuwendung der GesHyp. an einzelne Eigentümer durch den Gläubiger S. 957. 6. Verzicht auf eine Einzelhyp. an einem Teile des Grundstücks. II. Ausschluß des GesHypGläubigers S. 958.

§ 1176. Zurückstehen des dem Eigentümer oder Schuldner zufallenden Teilbetrags der Hypothek hinter dem dem Gläubiger verbleibenden Teile 958
1. Bisheriges Recht. 2. Anwendungsfälle S. 958. 3. § 1176 gilt nur für den Erwerb kraft Gesetzes. 4. Eintragung S. 959.

§ 1177. Vereinigung von Hypothek und Eigentum 960
I. 1. Früheres Recht. 2. Der Entw. I. 3. Die zweite Lesung S. 960. II. 1. Vereinigung, wenn der Eigentümer nicht Gläubiger ist S. 961. Konkurs des Eigentümers. Eigentümer als Erbe. Verwandlung der Hyp. in eine Grundschuld. Grundbuchberichtigung. Vereinigung hinsichtlich des Teiles einer Hyp. Wirkung der Umwandlung S. 962. 2. Vereinigung, wenn der Eigentümer Gläubiger ist S. 963. 3. Konkurs des Eigentümers. 4. Übergangsrecht. 5. Aufrechnung des Erstehers mit einer ihm zustehenden Hyp. S. 964.

§ 1178. Erlöschen der Hypothek für Rückstände an Zinsen ꝛc. bei Vereinigung mit dem Eigentümer 964
1. Entstehungsgeschichte S. 964. II. 1. Ausnahme von §§ 875, 889 BGB. 2. Keine Anwendung auf Amortisationsbeiträge S. 965, wohl aber auf Rückstände von Rentenschuld-, Reallasten-Leistungen. 3. Kosten. 4. Rechte Dritter. 5. Verzicht S. 967.

§ 1179. Vertrag über die Löschung einer dem Eigentümer anfallenden Hypothek 967
I. u. 2. Entstehungsgeschichte S. 967 f. 3. Vorbehalt für Landesgesetze. 4. „Einem anderen gegenüber". Begründung der Löschungspflicht S. 968. 5. Voraussetzungen, Rang u. Wirkung der Vormerkung S. 969. Wirkung der Vorm. bei der Zwangsversteigerung. 6. Eintragung der Vormerkung. 7. Recht des Vorgemerkten zum Aufgebote vor- oder gleichstehender Hyp. 8. Hannov. Landeskreditanstalt S. 970. 9. Anwendungsfälle S. 971. 10. Wirkung der bloß persönl. Löschungspflicht. 11. Art. 194 EG. z. BGB. S. 972.

§ 1180. Ersetzung der Forderung durch eine andere 972
I. Entstehung und Bedeutung des §. II. 1. Voraussetzungen der Ersetzung S. 972. Anwendung auf Amortisationsdarlehnshyp. 2. Voraussetzungen der Einigung. Zustimmung des bisherigen Gläubigers. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts S. 973. 3. Ersetzung durch mehrere Forderungen, durch die Forderung eines Dritten. 4. Beispiele S. 974. 5. § 1180 anzuwenden auf Sicherungs- und Gesamthyp., dagegen nicht auf HypVormerkung, Grund- und Rentenschulden. 6. Wirkung bloß obligator. Vereinbarung S. 975. 7. Verpflichtung des Eigentümers, eine Hyp. für den Fall, daß sie ihm zufällt, dem Gläubiger für eine andere Forderung zu bestellen, eintragungsfähig. 8. Übergangsrecht S. 976.

Seite

§ 1181. Erlöschen der Hypothek durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke 976
I. 1. Entw. I. 2. Zweite Lesung S. 976. II. Voraussetzung des Abs. 2, daß die Grundstücke demselben Eigentümer gehören 1. Befriedigung aus dem Grundstücke. 2. Befriedigung durch Zwangsvollstr. S. 977. 3. Art der Befriedigung aus dem Grundstücke a. Übertragung der Forderung gegen den Ersteher S. 978. b. Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hyp. S. 979. 4. Ausfall der Hyp. 5. Schicksal der persönl. Schuld. 6. Sicherungshyp. für Zinsen u. Kosten. 7. Verfahren beim Grundbuchamte S. 980.

§ 1182. Wirkung der Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek aus dem Grundstück eines gegen die übrigen Eigentümer ersatzberechtigten Eigentümers 980
I. 1. Entstehungsgeschichte S. 980. 2. Beispiel S. 981. 3. Übergang der Hyp. auf den Ersatzberechtigten. 4. Anwendung auf Grund- und Rentenschulden S. 982. 5. Keine Ersatzhyp. an dem Grundstück, aus dem die Befriedigung erfolgt ist. II. Berichtigung des Grundbuchs S. 983. 1. u. 2. Löschung von Amts wegen nur auf dem versteigerten Grundst. S. 984. 3. Sicherungshyp. bei Übertragung der Forderung gegen den Ersteher. 4. Eintragung bei vertraglicher Übernahme der Hyp. durch den Ersteher. 5. Löschung einer bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten, aber nicht entstandenen oder erloschenen Hyp. S. 985. 6. Berücksichtigung der HypBriefe S. 986.

§ 1183. Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft 986
1. Abweichung vom § 875 BGB. S. 986. 2. Zustimmung des Eigentümers. 3. Dingl. Einigung nicht erforderlich S. 987. Zustimmung der Miteigentümer. 4. Hyp. für Rückstände an Zinsen rc. erlischt ohne Zustimmung des Eigentümers. 5. Vorbehalt bei der Zustimmung. 6. Bedeutung der Aufhebungserklärung des Gläubigers S. 988. 7. GBO. § 27. 8. Zustimmung Dritter. 9. Verpflichtung zur Entpfändung des Grundstücks. Sicherung durch Vormerkung S. 989.

Sicherungshypothek.

Vorbemerkungen 989
I. Entstehungsgeschichte S. 989. II. 1. Kein akzessorische Natur der Sicherungshyp. 2. Eintragungsvermerk. 3. Kein HypBrief S. 991. Abtretung (Eintragung erforderlich) S. 992.

§ 1184. Begriff der Sicherungshypothek. Bezeichnung im Grundbuche . 992
1. Einreden. 2. Muß im Begründungsvertrag, im Eintragungsvermerk u. im Urteil als Sicherungshyp. bezeichnet werden S. 992. 3. Sicherungshyp. kraft Gesetzes. 4. SHyp. zur Sicherheitsleistung nicht geeignet. 5. Übergangsrecht S. 993.

§ 1185. Erteilung eines Hypothekenbriefs bei der Sicherungshypothek ausgeschlossen 993
I. Gründe der Ausschließung. II. Gründe für die Nichtanwendung: 1 des § 1138 S. 994, 2. des § 1139, 3. des § 1141, 4. des § 1156 S. 995. 5. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Eigentümerhyp. S. 996, des § 1166 S. 997.

§ 1186. Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek und umgekehrt 997
1. Entstehungsgeschichte. 2. Anwendungsfälle S. 997. Voraussetzungen der Umwandlung. Umwandlung einer Vormerkung u. 3. einer Kautionshyp. des früheren Rechtes. 4. Wirkung der Umwandlung S. 998. 5. Unterschieben einer anderen Forderung. 6. Nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit oder der Zinserhöhung. 7. Eintragung der Umwandlung S. 999.

§§ 1187—1189. Inhaber- und Orderhypothek 1000
I. Entstehungsgeschichte S. 1000. Inhaberhyp. des preuß. Kleinbahngef. II. 1. u. 2. Beseitigung der der gesetzl. Regelung entgegenstehenden Schwierigkeiten S. 1001 f. III. Die Inhaberhyp. S. 1002. 1. Bestellung S. 1003. 2. Der Eintragungsvermerk. 3. Berechtigung des jeweiligen Inhabers der Schuldverschreibung. 4. Einwendungen a. gegen die Gültigkeit der Aus-

Seite

stellung S. 1004, b. die sich aus der Urkunde ergeben, c. die dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen S. 1005, d. der Nichtverfügungsberechtigung des Inhabers und gegen den rechtlichen Bestand der Hyp. 5. Anwendbarkeit der Grundsätze über die Eigentümerhyp. 6. Zwangsvollstreckung S. 1006. 7. Ausschließung des Gläubigers. 8. Ges., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. Dezember 1899. 9. Landesrecht S. 1007, § 18 des preuß. Kleinbahngesetzes v. 11. Juni 1902. IV. Die Orderhyp. S. 1008. V. Der Treuhänder A. nach § 1189. 1. Bestellung nicht notwendig S. 1009. 2. Befugnisse des Treuh. S. 1010. 3. Rechtl. Konstruktion. 4. Erlöschen der Vertretungsmacht S. 1011. B. Der Treuh. nach dem RGes. v. 4. Dezember 1899 S. 1012. §§ 16, 7 dieses G. 1. Verhältnis der nach diesem Ges. u. nach § 1189 BGB. bestellten Vertreter zueinander S. 1013. 2. Der vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts bestellte Treuh. S. 1014. 3. Treuh. der HypBanken. VI. Fassung des Eintragungsvermerks S. 1015.

§ 1190. Die Höchstbetragshypothek 1015

I. Die Höchstbetragshyp. des BGB. 1. Anwendungsfälle und Merkmale S. 1015. 2. Bestellung für mehrere Gläubiger nach einander S. 1016. 3. Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung unzulässig. 4. Bestimmung eines Höchstbetrags. 5. Begriff des Höchstb. S. 1017. 6. Einigung S. 1018. Bezeichnung des kausalen Rechtsverhältnisses. Falsche Bezeichnung unschädlich S. 1019, Anwendung des § 1180 BGB. 7. Klagebegründung. Einreden S. 1020. 8. Natur und Wirkungen der HöchstbHyp. S. 1021. Einfluß des Konkurses. 9. Übertragung S. 1022. Pfändung u. Überweisung S. 1023. Übertragung in den Formen des § 1154 Abs. 3 BGB. 10. Anwendbarkeit der Grundsätze über Eigentümerhyp. S. 1024. 11. Umschreibung in eine gewöhnl. Hyp S. 1027. 12. Vormerkung. 13. Schicksal der HHyp. bei der Zwangsversteigerung. 14. Unanwendbarkeit des § 2166 Abs. 1 u. 2 BGB. 15. Stempelsteuer. II. Umwandlung einer KautionsHyp. des preuß. Rechtes in eine HHyp. des BGB. S. 1028.

Anhang.

Die Zwangshypothek 1029

Entstehungsgeschichte S. 1029. A. Zwangshyp. im engeren Sinne. ZPO. §§ 866, 867 S. 1030, §§ 868, 870. I. Ausgestaltung der ZwHyp. 1. Art des hypothekarischen Rechtes S. 1031. 2. Mindestbetrag S. 1032. 3. Geldforderung S. 1033. 4. Keine ZwHyp., wenn eine Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherungshyp. besteht. 5. Nichtigkeit der Zwangshyp., die 300 Mk. nicht übersteigt. 6. ZwHyp. in besonderen Fällen. 7. Kein Recht auf Umschreibung in Vollhyp. 8. ZwHyp. kann während des Konkurses des Eigentümers nicht eingetragen werden. II. Voraussetzungen und Entstehung der Zwangshyp. 1. Zwangsvollstreckung S. 1034. 2. Vollstreckbarer Titel. a. Reichsrechtl. Schuldtitel: aa. der ZPO. S. 1035. ZPO. § 794 S. 1038, bb. andere Reichsgesetze S. 1041, b. der Landesgesetze S. 1043. PV. über das Zwangsverwaltungsverfahren v. 15. November 1899 §§ 51, 52 S. 1045. 3. Voraussetzung der ZwHyp. ist eine bestimmte Geldforderung. III. Eintragung der ZwHyp. 1. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters S. 1049. 2. Voraussetzungen der Eintragung S. 1052. 3. Urteil gegen mehrere Schuldner. 4. Beschränkungen der Belastungsbefugnis des Schuldners. 5. Eintragung auf mehrere Grundstücke des Schuldners, auf die Grundstücke mehrerer Gesamtschuldner S. 1054. 6. Streitgenossenschaft auf der Gläubigerseite. 7. Eintragungsantrag. 8. Vermerk auf dem vollstreckbaren Titel. Erteilung eines HypBriefs ist ausgeschlossen. 9. Beschwerde. IV. Entstehung u. Wirkungen der ZwHyp. S. 1056. V. Übergang der Hyp. auf den Eigentümer S. 1057. VI. Anwendung auf selbständige Gerechtigkeiten. VII. Übergangsrecht. B. Die Arresthyp. ZPO. § 932. 1. Entstehungsgeschichte S. 1058. 2. Arrestvoraussetzungen: a. Anordnung S. 1059, b. Vollziehung. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters S. 1060. 3. Wirkungen der Arresthyp. S. 1061. 4. Geldstrafen. 5. Verwaltungszwangsverfahren. 6. Defektenbeschlüsse S. 1062. C. Eintragungsgebühr S. 1063.

Zweiter Titel.

Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

Seite

§ 1191. Begriff und Wesen der Grundschuld 1063
1. Selbständiges Recht S. 1063. 2. Belastung (Zinsquittungsscheine). 3. Bedingung und Zeitbestimmung. 4. Ausbedingen persönl. Haftung. 5. Nießbrauch, Pfandrecht, Zwangsvollstreckung S. 1064.

§ 1192. Anwendung der Vorschriften über die Hypothek 1065
1. Brief. 2. Ergebnis der Anwendung der Vorschriften über die Hypothek S. 1065 ff. (Ausfüllung der Blankoabtretung des früheren Rechtes S. 1067). 3. Rückständige Zinsen S. 1068. 4. Zinsen u. deren Verjährung. 5. Anwendung des § 1163 Abs. 1 S. 1069.

§§ 1193, 1194. Kündigung. Zahlungsort 1070
1. Dispositive Bestimmungen. 2. Zeit und Ort nicht einzutragen. 3. Fälligkeit S. 1070. 4. Ort der Zahlung. 5. Änderung von Zeit u. Ort. 6. Umwandlung der Hyp. in eine Grundschuld S. 1071.

§ 1195. Inhabergrundschuld 1071
1. Brief auf den Inhaber S. 1071. 2. Unterschied von früheren in blanco abtretbaren Briefe. 3. Anwendung der Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber. PV. v. 16. November 1899 Art. 8 S. 1072. 4. Besonderheiten für den Grundbuchverkehr. 5. Zwangsvollstr. in den Brief S. 1073.

§ 1196. Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer 1074
1. Gesetzgeberischer Grund S. 1074. 2. Bestellungsakt. Aufhebung der Ausschließung der Briefverteilung. 3. Nichtige Hyp. keine Eigentümergrundschuld S. 1075.

§ 1197. Befugnisse des Eigentümers bei der Eigentümergrundschuld . . 1075
1. Geltendmachung bei der Zwangs- Verwaltung u. Versteigerung S. 1075. 2. Anwendungsfälle. 3. Ergibt die Zwangsverwaltung keine Masse, so kann der Eigentümer Zinsen für die Dauer der Verwaltung nicht aus der Versteigerungsmasse verlangen. 4. Der Nießbraucher einer Eigentümergrundschuld hat keine weiteren Rechte auf Zinsen, als der Eigentümer S. 1077. 5. Bei Konkurs des Eigentümers kann der KVerwalter die Zwangsversteigerung betreiben S. 1078.

§ 1198. Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt 1078
1. Grund der Vorschrift. 2. Voraussetzungen der Umwandlung. 3. Wirkungen S. 1078. 4. Eintragung. 5. Umwandlung einer Sicherungshyp. in eine Grundsch. 6. Voraussetzung: Rechtsbeständigkeit der umzuwandelnden Belastung. 7. Obligatorischer Kaufvertrag S. 1079.

II. Rentenschuld.

§ 1199. Begriff. Bestellung 1080
1. Entstehungsgeschichte. 2. Geldrente als Reallast S. 1080. 3. Unterschiede zwischen Rentenschuld u. Rentenlast. Revenüenhyp. S. 1081. 4. Ablösungssumme. 5. Bevorzugte Stellung des Eigentümers. 6. Beispiel einer Bestellung. 7. Übergangsrecht S. 1082.

§ 1200. Gleichstellung der einzelnen Leistungen mit den Hypothekenzinsen und der Ablösungssumme mit dem Grundschuldkapital 1083

§ 1201. Ablösungsberechtigt nur der Eigentümer 1083
1. Geschichte u. Bedeutung S. 1083. 2. Ablösung durch Amortisation unstatthaft. Kein Kündigungsrecht des Gläubigers. 3. Beweislast bei Gefährdung der Rente. 4. Erlöschen der Rente im Zwangsversteigerungsverfahren. 5. Enteignung. 6. Nichtausschließbarkeit des Ablösungsrechts des Eigentümers S. 1084.

§ 1202. Ausübung des Ablösungsrechts. Kündigungsfrist 1084

§ 1203. Umwandlung der Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld und umgekehrt 1085

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Seite

§§ 1204—1272 1086

Zweiter Titel.

Pfandrecht an Rechten.

Übersicht 1092
I. Keine Anwendung auf grundstücksgleiche Rechte S. 1092. II. Pfandr. an Forderungen inner- und außerhalb des Konk. III. ZPO. §§ 830, 837, 857 Abs. 3—6 S. 1093.

§ 1273. Pfandrecht an Rechten. Anwendung von Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen 1094
1. Rechtl. Natur. 2. Nur an bestehenden Rechten S. 1094. 3. Anwendung der Vorschriften über das Pfandr. an bewegl. Sachen S. 1095. 4. Übergang auf den Zessionar. 5. Übergangsrecht. 6. Verpfändung vorgemerkter Ansprüche S. 1096.

§ 1274. Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte 1096
1. Regel: Einigung u. Eintragung S. 1096. Ausnahmen: a. für hypothekar. Forderungen auf Rückstände von Zinsen ꝛc., b. für die Briefhypothek (Blankoverpfändung) S. 1097, c. für die Inhaber- u. Orderhyp. 2. Eintragung. 3. Pfdr. an Rechten, zu deren Übertragung die Übergabe einer Sache erforderlich ist S. 1099. EG. z. KO. § 17. HypBankG. § 35. 4. Nichtübertragbare Rechte. 5. Übertragung des Pfdr. an einer Hyp. S. 1100.

§ 1275. Pfandrecht an Rechten auf Leistungen 1100

§ 1276. Aufhebung des verpfändeten Rechtes 1101
Pfändung des Erbanteils eines Miterben S. 1102.

§ 1277. Befriedigungsbefugnis des Pfandgläubigers 1102

§ 1278. Erlöschen des Pfandrechts an einem Rechte, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist 1102

§ 1279. Besondere Vorschriften für das Pfandrecht an Forderungen . . 1103

§ 1280. Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt 1103

§ 1281. Pflicht des Schuldners, an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu leisten 1104
Sekuritätszession S. 1105.

§ 1282. Einziehungsrecht des Pfandgläubigers 1105
1. Voraussetzung: Fälligkeit und Übergang in Geldforderung S. 1105. 2. Prüfungspflicht des Schuldners. 3. Der Gläubiger kann nur Leistung an den Pfandgläubiger verlangen. 4. Sekuritätszession. 5. Forderungen, die nicht auf Geld gehen. 6. Dispositive Norm.

§ 1283. Kündigungsrecht 1106

§ 1284. Anderweite Vereinbarungen 1107

§ 1285. Gemeinschaftliche Einziehung durch Pfandgläubiger und Gläubiger 1108
1. Fälligkeit der Pfandforderung, Nichtfälligkeit der verpfändeten Forderung S. 1108. 2. Fälligkeit beider Forderungen. 3. Benachrichtigungspflicht des Pfandgläubigers. 4. Anderweite Vereinbarung S. 1109.

§ 1286. Recht des Pfandgläubigers, vom Gläubiger die Kündigung zu verlangen 1109

§ 1287. Wirkung der Leistung. Entstehung einer Sicherungshypothek . . 1110

§ 1288. Mitwirkung bei Anlegung eingezogener Geldbeträge 1110

§ 1289. Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsen 1111

Digitized by Google

Seite

§ 1290. Einziehungsrecht des vorstehenden Pfandgläubigers 1112
§ 1291. Pfandrecht an einer Grund- oder Rentenschuld 1113
§§ 1292—1296. Pfandrecht an Inhaber- und Orderpapieren 1113
1. Verpfändung a. von Orderpapieren S. 1114, b. von Inhaberpapieren. 2. Einziehungs- u. Kündigungsrecht des Pfandgläubigers. 3. Verkauf von Orderpap., die einen Markt oder Börsenpreis haben S. 1115. 4. Zins-, Renten-, Gewinnanteilscheine S. 1116.

Anhang.

Schuldübernahme 1117

§§ 414—418. Einleitung S. 1117. A. Die privative Schuldübernahme des BGB. S. 1118. I. Abstraktheit u. Formfreiheit des Vertrags S. 1119. II. Wirkung des Vertrags im Falle des § 414. III. Nur obligatorische Wirkung des Vertrags in den Fällen der §§ 415, 416. Fälligkeit der Befreiungspflicht bei Übernahme von Hyp. in Anrechnung auf den Kaufpreis S. 1120. IV. Abweichungen des § 416 vom § 415. V. Entstehungsgeschichte S. 1121. 1. Voraussetzungen des Rechtes zur Genehmigung: a. Mitteilung der Schuldübern. seitens des Veräußerers an den Gläubiger S. 1122, b. Eintragung des Erwerbers im Grundbuche S. 1123, c. Schriftform u. Hinweis auf die Folgen des Schweigens. 2. Folgen der Nichterklärung auf die Mitteilung S. 1124. 3. Pflicht des Veräußerers zur Mitteilung. 4. Inhalt der Mitteilung. 5. Formlosigkeit der Genehmigung u. Verweigerung. 6. Beide sind dem Veräußerer gegenüber zu erklären. 7. Dingliche Wirkung der Genehmigung S. 1125. Vorher erklärte Genehmigung. 8. Wirkung der Verweigerung. Nachträgliche Genehmigung S. 1126. 9. Änderung oder Aufhebung des Übernahmevertrags. 10. Anwendung des § 416 auf alle Veräußerungsverträge. Nichtanwendung auf Übernahme von Grund- und Rentenschulden S. 1127. 11. Mit der Genehmigung gilt der Kaufpreis als bezahlt. 12. Beweislast. 13. Fall, wenn der Übernehmer selbst der Gläubiger ist. 14. Schuldübernahme ist weder Anerkenntnis noch Schuldversprechen S. 1128; erzeugt Sondernachfolge. a. Begründung der Klage des Gläubigers gegen den Übernehmer. b. Einwendungen S. 1129. 15. Erlöschen des Pfandrechts und der Bürgschaften. 16. Anwendung des neuen Rechtes auf frühere Schuldübernahme S. 1131. B. Die privative Schuldübernahme im Zwangsversteigerungsverfahren. 1. ZVG. § 53. 1. Wirkung der Genehmigung. 2. Anwendung des § 416 BGB. 3. Obligator. Verpflichtung des Erstehers gegenüber dem Schuldner S. 1132. Genehmigung wirkt Dinglichkeit. 4. Anwendung auf Grund- und Rentenschulden. II. Wirkung abweichender Versteigerungsbedingungen S. 1133. III. ZVG. § 91.

§ 419. Die durch Gesetz vermittelte kumulative Schuldübernahme . . . 1135
1. Geschichte. 2. Beschränkung auf das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchteil davon. 3. Form des Vertrags. 4. Dingl. Wirkung den Gläubigern des bisherigen Eigentümers gegenüber S. 1136. 5. Beschränkte Haftung des Übernehmers S. 1137. 6. Haftung des Übertragenden den Gläubigern gegenüber. 7. Vollstreckbarkeit der gegen den Übertragenden ergangenen rechtskräftigen Urteile gegen den Übernehmer. 8. Übernahme eines Handelsgeschäfts. 9. Einwendungen S. 1138.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Vorbemerkungen und Ergänzungen.

I. Stellung des Sachenrechts in dem Systeme des BGB.

Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des BGB. eine selbständige Stellung ein. Es schließt sich ab einerseits gegen das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht, anderseits gegen das Erbrecht. Seine Selbständigkeit beruht wesentlich in dem Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte. Denn während das Obligationenrecht und das Familienrecht nur die rechtlichen Beziehungen der Personen zueinander ins Auge fassen und daher grundsätzlich nur mit persönlichen Rechten zu tun haben, das Erbrecht aber den Übergang des Vermögens einer verstorbenen Person auf eine andere bestimmt, hat das Sachenrecht die Aufgabe, die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache, mithin vornehmlich die dinglichen Rechte zu ordnen.

Ältere Gesetzbücher, namentlich das PALR. und der code civil, vermengten vielfach obligationenrechtliche und sachenrechtliche Vorschriften mit einander, indem sie die in jedem subjektiven Rechte, auch in dem dinglichen, obschon in diesem nur mittelbar, vorhandene persönliche Richtung zum Ausgang nahmen und die Obligationen nur als Mittel zur Erwerbung oder zur Veränderung dinglicher Rechte behandelten. Eine solche Methode wird den begrifflichen Gegensätzen nicht gerecht; sie erschwert die Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse und gefährdet hierdurch die richtige Anwendung des Gesetzes. Die Wissenschaft hat dies längst erkannt, und in neueren Kodifikationen kommt die Selbständigkeit des Sachenrechts zu zweifellosem Ausdrucke. (Mot. III S. 1.)

II. Die dinglichen Rechte.

1. Begriff des dinglichen Rechtes.

Das obligatorische Recht begründet für den Berechtigten einen Anspruch auf Leistung gegen den Verpflichteten. Die Leistung kann auch in einer Sache bestehen. Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst, und zwar entweder als Eigentum oder als begrenztes Recht,[1] je nachdem der Wille des Berechtigten für die Sache in allen oder nur in gewissen Beziehungen maßgebend ist; der Anspruch, den es erzeugt, beschränkt sich nicht auf die Richtung gegen eine bestimmte Person.

[1] Dieser Ausdruck ist bezeichnender als „dingliches Recht an fremder Sache", weil er die Rechte mit umfaßt, die dem Eigentümer außer dem Eigentum an der Sache zustehen können.

Aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes ergibt sich die Regel, daß es von *absoluter Wirkung* ist. Das dingliche Recht schließt insoweit, als es die Sache dem Willen des Berechtigten unterwirft, jede Einwirkung Dritter auf die Sache aus; es kann sich daher gegen jeden betätigen, dessen Verhalten mit ihm im Widerspruche steht. Soll die absolute Wirkung versagt sein, so muß das Gesetz es besonders bestimmen. Durch eine solche Bestimmung wird dem von ihr betroffenen Rechte der dingliche Charakter nicht entzogen. Die Begriffe der Dinglichkeit und der Absolutheit decken einander nicht. Wenn auch das obligatorische Recht grundsätzlich nur relativ wirkt, so gibt es doch eine Reihe anderer persönlicher Rechte, die absolute Wirkung haben: so namentlich gewisse selbständige Berechtigungen, die von dem Sachenrechte wie Grundstücke behandelt werden, ferner verschiedene Rechte, die dem Familienrecht angehören, sowie die sog. immateriellen Rechte. Die Absolutheit kann somit nur als eine regelmäßig dem dinglichen Rechte beiwohnende Eigenschaft angesehen werden.

Das *Wesen der Dinglichkeit* liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache. Darauf, ob diese Macht von dem Berechtigten selbst oder nur in einem von dem Organe der Rechtsordnung geleiteten Verfahren ausgeübt werden darf, ist kein Gewicht zu legen. Entscheidend ist nur, daß das Recht sich ohne den Willen eines anderen zu betätigen vermag, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird. Hieraus folgt zugleich, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Gegenständen (BGB. § 90). Über Dinge, die nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesamtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht nicht üben (vgl. Nr. VII 2, 3). (Mot. III S. 2.)

2. Die einzelnen Kategorien.

Die dinglichen Rechte des corpus juris sind: das Eigentum, die Superfizies, die Emphyteusis, die Dienstbarkeiten und das Pfandrecht. Das sächsische Gesetzbuch hat die Emphyteusis nicht aufgenommen, dagegen die Reallasten den römischen Kategorien hinzugefügt. In dem PALR. sind daneben noch andere Institute deutsch-rechtlichen Ursprungs geordnet, so namentlich das dingliche Vorkaufsrecht. Hervorzuheben ist ferner aus der neueren Gesetzgebung die Grundschuld.

Nach dem PALR. konnte überdies jedes persönliche Recht, das sich auf eine bestimmte Sache bezieht, dadurch dinglich werden, daß die Sache dem Berechtigten übergeben oder das Recht in das Hypothekenbuch eingetragen wurde. Es hing dies zusammen mit der ehemals weit verbreiteten Lehre vom „Recht zur Sache", nach der bei der Erwerbung der dinglichen Rechte zwei Momente in Betracht kamen: der Titel zur Erwerbung, der das „Recht zur Sache" begründete, und die Erwerbungsart, durch die dieses Recht in ein Recht „auf die Sache" (jus in re) überging. In der heutigen Wissenschaft des gemeinen Rechtes hat diese Lehre keine Stütze mehr, und die neuere Gesetzgebung, in Ansehung der unbeweglichen Sachen auch die preußische (EigG. v. 1872 §§ 4, 15), hat sie verworfen. Der Standpunkt des ALR. ist in der Tat unhaltbar. Denn er beruht auf einer Verkennung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte und führt damit zu einer Verdunkelung der Grenzen zwischen den Gebieten des Sachenrechts und des Rechtes der Schuldverhältnisse. Der Titel zur Erwerbung ist an sich nichts anderes als der persönliche Anspruch auf Einräumung des dinglichen Rechtes; er gehört daher nicht dem Sachenrechte an. Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf *seinem* Gebiete liegen. Es hat die Tatsachen, woran die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, das sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz. Die Beteiligten können nur solche dinglichen Rechte begründen, deren Begründung das

Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene (Mot. III S. 2, 3; RG. RJA. 1 S. 25 ff.) Einem Rechte, dem das BGB. nicht ausdrücklich die Eigenschaft beilegt, daß mit ihm ein Grundstück belastet werden kann, ist daher seit dem Inkrafttreten des BGB. das Grundbuch selbst dann verschlossen, wenn die Eintragung vorher bewilligt oder durch eine Vormerkung gesichert war (RG. E. 48 S. 61; EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 3).

Das BGB. erkennt als Rechte an Sachen nur an: das Eigentum (§§ 903—1007) und als dessen Unterart das Miteigentum (§§ 1008—1011), das Erbbaurecht (§§ 1012—1017, die bisherige Superfizies), die Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten §§ 1018—1029; Nießbrauch §§ 1030—1089; beschränkte persönliche Dienstbarkeiten §§ 1090—1093) und das Pfandrecht (Hypothek als Pfandrecht am Grundstücke §§ 1113—1190; Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten §§ 1204—1296), schließt also die Emphyteusis aus; ferner das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094—1104), die Reallasten (§§ 1105—1112); die Grundschuld (§§ 1191—1198) und als deren Unterart die Rentenschuld (§§ 1199—1203). Es ist nicht zulässig, auf Grund von Konstruktionen, die dem BGB. fremd sind, anderen Rechten, z. B. der Miete und Pacht (vgl. Fuchs 1. S. 35), den Charakter der Dinglichkeit beizulegen (so auch Kg. JW. 24 S. A 123, RG. Rhein. Arch. 98 Abt. 2 S. 111, E. 54 S. 233). Das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Stockwerkseigentum bleibt bestehen und unterliegt den bisherigen Gesetzen (BGB. § 1014; EG. Art. 182). Vgl. auch Anm. II 1 Abs. 2 zu § 883 BGB.

Der Landesgesetzgebung ist jedoch auf den Rechtsgebieten, die ihr durch allgemeine Vorbehalte des EG. z. BGB. überlassen sind, unbenommen, auch andere dinglichen Rechte, als die durch das BGB. zugelassenen, bestehen zu lassen und neu einzuführen. So ist z. B. durch preuß. Landesgesetz (AG. z. BGB. Art. 29) auf Grund der Vorbehalte in den Art. 62 u. 218 EG. z. BGB. den Rechten, mit denen ein Grundstück belastet werden kann, das Wiederkaufsrecht bei Rentengütern zugesellt.

Rechte an Sachen, die beim Inkrafttreten des BGB. auf Grund von Rechtssätzen zur Entstehung gelangt waren, die einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebiet angehören (z. B. in Preußen eine objektiv dingliche Fischereiberechtigung; EG. z. BGB. Art. 3, 69), sind nach Art. 184 EG. z. BGB. mit ihrem bisherigen Inhalt und Range bestehen geblieben. Da sie der Eintragung in das Grundbuch bedürfen, um gegen dritte Erwerber wirksam zu bleiben, muß der Eigentümer des mit ihnen belasteten Grundstücks ihre Eintragung bewilligen (RG. E. 55 S. 314; vgl. auch E. 56 S. 9). Dies gilt aber nicht für Rechte, die nach den Vorschriften des BGB. unzulässig sind und erst nach dem Inkrafttreten des BGB. durch Eintragung als dingliche begründet werden sollen, z. B. das Nutzungspfandrecht (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 3; RG. E. 48 S. 63).

III. Ausschließung gewisser Rechtsmaterien sachenrechtlicher Natur von der Regelung durch das BGB.

Verschiedene Rechtsmaterien, die einen mehr oder weniger sachenrechtlichen Charakter haben, sind im BGB. nicht geregelt, weil sie außerhalb der Aufgabe liegen, die das BGB. zu lösen hat. Diese Aufgabe besteht in der Herstellung eines einheitlichen Privatrechts für das deutsche Reich, erstreckt sich mithin an sich nicht auf das öffentliche Recht. Freilich haben beide Gebiete mancherlei Berührungspunkte, so daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Allein die Regelung geschlossener Teile dieses Gebiets in dem BGB. würde über den Zweck, dem dieses zu dienen bestimmt ist, hinausgehen. Ferner bringt es die Rücksicht auf das praktische Bedürfnis, das durch das BGB. befriedigt werden soll, mit sich, daß diejenigen Rechtsteile und Rechtsinstitute ausgeschieden werden, die eine rein lokale oder nur eine vorübergehende Bedeutung haben, indem sie entweder so eng mit den örtlichen Verhältnissen zusammenhängen, daß sie der angemessenen Regelung

für einen größeren Bezirk überhaupt widerstreben, oder aber dem Rechtsbewußtsein weiterer Kreise der Bevölkerung entschwunden sind. Die von der Regelung durch das BGB. ausgeschlossenen Rechtsmaterien können sich jedoch dem Einflusse des BGB. nicht entziehen. Insoweit, als sie in dem allgemeinen Privatrechte ihre Ergänzung finden, gilt für sie das BGB. Außerdem bedarf es verschiedener Vorschriften, um die wünschenswerte Harmonie zwischen den Sonderrechten und dem Gesetzbuche herzustellen. Diese Vorschriften sind in dem Einführungsgesetze gegeben. (Mot. III S. 4, 6.)

Von dem Grundsatze des Art. 55 EG. z. BGB., wonach die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, bleiben in Preußen namentlich unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften:

1. die dem Bergrecht angehören, einschließlich derjenigen, die die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals gestatten und den Inhalt dieses Rechtes näher bestimmen (vgl. das den § 211 Allg. Bergg. v. 24. Juni 1865 abändernde G. v. 8. April 1894; G. für die vormals sächs. Landesteile v. 22. Febr. 1869) — EG. Art. 67, 68 —;

2. welche die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten betreffen (Enteignungsrecht; vgl. G. v. 11. Juni 1874 über die Enteignung von Grundeigentum, G. v. 7. Okt. 1885, v. 7. April 1869, v. 3. Juni 1874 u. v. 24. Mai 1901 über die Errichtung trigonometr. Marksteine, Fluchtlinieng. v. 2. Juli 1875; Allg. Bergg. v. 24. Juni 1865 §§ 135 ff.) — EG. Art. 109 —;

3. welche die Zusammenlegung von Grundstücken, die Gemeinheitsteilung, die Regulierung der Wege, die Ordnung der gutsherrlich bäuerlichen Verhältnisse sowie die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten (vgl. Bd. II Ergänz. III) betreffen — EG. Art 113, 114 —;

4. welche die Zwangsrechte, die Bannrechte und die Realgewerbeberechtigungen (vgl. Koch's ALR. 2 S. 1113 ff. §§ 1 ff. mit Anm.) betreffen — EG. Art. 74 —;

5. die dem Wasserrecht angehören, mit Einschluß des Mühlenrechts, des Flößrechts und des Flößereirechts sowie der Vorschriften zur Beförderung der Bewässerung und Entwässerung der Grundstücke und der Vorschriften über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußbette, und die dem Deich- und Sielrecht angehören — EG. Art. 65, 66 —;

6. welche die Jagd sowie bestimmte Grundsätze über den Ersatz des Wildschadens, die Fischerei und die Waldgenossenschaften betreffen — EG. Art. 69—72, 83 —;

7. welche die Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen, sowie die Stammgüter, die Rentengüter und das Anerbenrecht betreffen — EG. Art. 59, 62, 64 —;

8. welche die Behandlung der einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstigen Vermögensgegenstände als Einheit (Bahneinheit), die Veräußerung und Belastung einer solchen Bahneinheit oder ihrer Bestandteile, sowie die Liquidation zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger betreffen (vgl. G. v. 19. Aug. 1895 u. v. 11. Juni 1901) — EG. Art. 112 —.

Diese dem Landesrechte vorbehaltenen Bestimmungen werden unter Darstellung des Einflusses, den das BGB. darauf ausübt, an anderen Stellen dieses Buches erörtert werden (vgl. z. B. Nr. VII 3a).

IV. Die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts, insbesondere der dingliche Vertrag.

1. Aus der selbständigen Stellung, die das Sachenrecht in dem Systeme des Privatrechts einnimmt, folgt mit Notwendigkeit, daß die Gesetzgebung auch die Rechtsgeschäfte, die den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Teile des Systems auffassen und gestalten muß. Diese Unabhängigkeit hat überdies eine

geschichtliche Grundlage: bei den Römern zeigte sie sich in der mancipatio und in jure cessio, später in der traditio, bei den Deutschen vornehmlich in der Auflassung. Die gemeinrechtliche Doktrin des 18. Jahrhunderts und die unter ihrem Einfluß entstandenen Gesetze wichen indessen von dem richtigen Standpunkt ab, indem sie für die Erwerbung der dinglichen Rechte einen besonderen Titel (Erwerbstitel, Rechtstitel, Rechtsgrund) neben der Erwerbungsart (modus acquirendi) als Erfordernis aufstellten (vgl. Nr. II 2 Abs. 2 S. 2). Wäre dieser Weg richtig, so müßte er dahin führen, daß die Ungiltigkeit des Titels die dingliche Rechtsänderung verhinderte, dem Veräußerer daher zur Wiedererlangung des dem Erwerber Zugewendeten die dingliche Klage zustände. In Wirklichkeit hat man jedoch in dem gesetzten Falle, wenn nur der Wille der Beteiligten auf die Veräußerung oder Erwerbung gerichtet und gehörig erklärt worden war, nur eine persönliche Klage (condictio) zugelassen, mithin anerkannt, daß die dingliche Wirkung des Geschäfts unabhängig von dem Titel eintrete. Ist aber das Erfordernis des Titels für den rechtsgeschäftlichen Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte bedeutungslos, so muß die Gesetzgebung es fallen lassen, wenn sie nicht Gefahr laufen will, das Wesen der Rechtsverhältnisse zu verdunkeln und dadurch die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden.

Die sachenrechtlichen Geschäfte sind demnach im BGB. lediglich nach ihren eigenen Zwecken geordnet. Der Zweck eines solchen Geschäfts kann sein: Begründung, Belastung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes. An den Inhalt des einzelnen Geschäfts ist daher nur die Anforderung zu stellen, daß der auf den Zweck des Geschäfts gerichtete Wille der Beteiligten erklärt wird. Die sachenrechtlichen Geschäfte sind notwendig abstrakter Natur. Sie unterliegen den die Rechtsgeschäfte regelnden Vorschriften des Allgemeinen Teiles (BGB. §§ 104–185), soweit nicht das Sachenrecht etwas Besonderes festsetzt, den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse dagegen nur insoweit, als das Gesetz zu erkennen gibt, daß ihre Anwendung von ihm gewollt ist (vgl. z. B. §§ 1150, 1158). Die hauptsächlichste Besonderheit liegt darin, daß für die meisten dinglichen Rechtsgeschäfte das Prinzip der Formfreiheit nicht gilt, sondern die erforderliche Willenserklärung in einer bestimmten Form abgegeben oder doch von einem formalen Elemente begleitet sein muß, um die beabsichtigte sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen. Dieses Element ist für die beweglichen Sachen die Übergabe (Tradition. §§ 929, 1032, 1205, 1206, 1274), für die unbeweglichen die Eintragung in das Grundbuch bezw. die Übergabe des Hypotheken- oder des Grundschuldbriefs an den Erwerber (§§ 873, 1117, 1154). (Mot. III S. 6, 7.)

2. Der I. Entw. sah als das wichtigste Rechtsgeschäft auch für das Sachenrecht den Vertrag an. Er forderte demgemäß zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft einen zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließenden Vertrag, der die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll (Entw. I § 874 Abs. 1); und zur Übertragung des Eigentums sowie zur Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft einen zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließenden Vertrag, bestehend aus der Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch seitens des Berechtigen und der Annahme der Bewilligung durch den anderen Teil, sowie Eintragung in das Grundbuch (Entw. I § 828 Abs. 1, 2). Für diesen Vertrag, den sog. dinglichen Vertrag, sollten die Normen des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, insbesondere diejenigen über den Vertrag gelten, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich aus den Vorschriften des Sachenrechts ergebe.

Bei der zweiten Lesung wurde die Bezeichnung „Vertrag" aufgegeben. Man sah in dem dinglichen Vertrage nur einen juristischen Kunstbegriff, der dazu dienen solle, dem Juristen das Rechtsverhältnis zu veranschaulichen. Er entspreche jedoch weder der Wirklichkeit noch dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes und sei geeignet, zu Mißverständnissen zu führen. Man hielt für richtiger, daß das Gesetz sich darauf beschränke,

klar und deutlich zu sagen, was erfordert werde, daß die theoretische Konstruktion aber der Wissenschaft überlassen werden müsse. Es wurde deshalb der Vertrag durch die Einigung ersetzt, zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache für erforderlich erklärt, „daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll" (BGB. §929), und zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch" gefordert (BGB. § 873 Abs. 1).

Vgl. Anm. II zu § 873 BGB.

V. Die Bucheinrichtung als Grundlage des Immobiliarrechts.

1. In der Entwickelung des römischen Rechtes treten überall die rein logischen und privatrechtlichen Gesichtspunkte in den Vordergrund; der natürliche Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat nur einen geringen Einfluß auf die Gestaltung des Sachenrechts. Im deutschen Rechte dagegen spielt dieser Unterschied eine wichtige Rolle. Die Verknüpfung politischer Rechte mit dem Besitze von Grund und Boden sowie die hiermit zusammenhängende Beschränkung des Besitzers durch das Recht des nächsten Erben erhoben den Grundsatz im Mittelalter zu einer Bedeutung, die die Ausbildung eines Sonderrechts für die Grundstücke zur Folge haben mußte. Die Grundlage dieses Sonderrechts war die Öffentlichkeit der Rechtsverhältnisse, in denen die einzelnen Grundstücke standen. In älterer Zeit war eine ausreichende Öffentlichkeit dadurch gewährleistet, daß die Rechtsgeschäfte, welche eine Änderung des jeweiligen Rechtsverhältnisses bezweckten, vor der versammelten Gemeinde vorgenommen wurden. Später, als mit dem wachsenden Verkehr auch die Schreibkunst sich ausbreitete, ging man dazu über, die Geschäfte schriftlich zu beurkunden und die Urkunden zu sammeln, um das Geschehene der Vergessenheit zu entrücken. Auf diesem Wege gelangte man in vielen Gebieten, namentlich in den verkehrsreichen Städten, zur Anlegung und Führung öffentlicher Bücher, die über die Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes sichere Auskunft geben konnten. Diese Einrichtung hielt freilich nicht stand, als das römische Recht in Deutschland sich Geltung verschaffte; nur in einigen Städten, namentlich in Hamburg und Lübeck, vermochte sie sich zu behaupten und bis auf die Gegenwart fortzubilden. Allein der Gedanke, auf dem sie beruhte, wurde von neuem belebt, als im 18. Jahrhunderte das bürgerliche Recht für den preußischen Staat einheitlich gestaltet wurde. (Mot. III S. 9.)

2. Die Preußische Hypothekenordnung v. 20. Dezember 1783 rief eine vollständige und den modernen Verhältnissen entsprechende Bucheinrichtung ins Leben. Ihr im Eingange ausgesprochener Zweck war „die Feststellung der Eigentumsrechte und des Kredits der Besitzer unbeweglicher Grundstücke und die Sicherung des Publikums bei den darauf gemachten Anlehnen". Sie gab deshalb Vorschriften darüber, „wie die Hypothekenbücher einzurichten, was für Realrechte und Lasten in selbigen zu vermerken und was bei deren Eintragung, Umschreibung auf andere oder Löschung zu beobachten sei". Alle selbständigen Grundstücke sollten in dem Buche verzeichnet, jedem Grundstück ein besonderes Folium angewiesen, der Besitztitel des Eigentümers berichtigt und der als Besitzer Eingetragene für den wahren Eigentümer angesehen, alle Hypotheken- und Realverbindlichkeiten, mit Ausnahme der gemeinen Lasten, in das Buch eingeschrieben und alle Veränderungen, die der Realzustand erfahren würde, sorgfältig nachgetragen werden (HypOrd. I §§ 6, 8, 41 ff., II §§ 92, 109). Die Absicht war hiernach erkennbar die, das gesamte Immobilienrecht zu regeln, bei dem Charakter des Hypothekenbuchs als eines Pfandbuchs nicht stehen zu bleiben, sondern es zu einem wirklichen Grundbuche zu machen. Das Allg. Landrecht ging indessen nicht so weit. Es erkannte das Publizitätsprinzip und das Eintragungsprinzip nur zu Gunsten der hypothekarischen Belastung an. Im übrigen wurde das Traditionsprinzip des römischen

Rechtes nicht aufgegeben. Das Eigentum konnte nur durch Übergabe erworben werden, und auch die Begründung begrenzter Rechte an einem Grundstücke blieb für die wichtigsten Fälle unabhängig von der Eintragung in das Hypothekenbuch. Die Besitztitelberichtigung hatte im wesentlichen nur die Bedeutung, daß der als Besitzer Eingetragene mit gutgläubigen Dritten alle eine Übergabe des Grundstücks nicht erfordernden dinglichen Rechtsgeschäfte gültig vornehmen konnte, auch wenn er in Wahrheit nicht der Eigentümer war. (ALR. I. 10 §§ 1, 10 ff., I 20 § 410.) Die spätere Gesetzgebung verlieh auch noch formell den Hypothekenbüchern das Gepräge des Pfandbuchsystems, indem es die bisher bestandene Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels beseitigte (KabO. v. 31. Oktbr 1831. GesS. S. 251). Erst durch das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten sowie durch die Grundbuchordnung, beide v. 5. Mai 1872, hat sich der Übergang zum Grundbuchsystem in Preußen vollzogen; erst dadurch wurde, im Gegensatze zur landrechtlichen Theorie von Titel und Übergabe, die einfache Willenserklärung (Auflassung), gefolgt von der Eintragung des Eigentümers im Grundbuche, für die Fälle der freiwilligen Veräußerung als die Bedingung des Erwerbs der Grundstücke aufgestellt. (Mot. III S. 9, 10.) Die Gesetze v. 5. Mai 1872 sind für das Geltungsgebiet des ALR. und der Hyp.Ord. mit Ausschluß der Gebietsteile der Provinz Hannover erlassen, jedoch später durch verschiedene Gesetze über das Grundbuchwesen in fast allen übrigen Landesteilen eingeführt: im Jadegebiet durch G. v. 23. März 1873, in Neuvorpommern und Rügen durch G. v. 26. Mai 1873, in der Prov. Schleswig-Holstein durch G. v. 27. Mai 1873, in der Prov. Hannover mit Ausschluß des Jadegebiets durch G. v. 28. Mai 1873, in dem Bezirke des vormal. AppellGer. zu Kassel mit Ausschluß des Amtsgerichtsbez. von Vöhl durch G. v. 29. Mai 1873 (ergänzt durch G. v. 29. Mai 1874 und v. 28. Mai 1885), in dem Bezirke des vormal. Justizsen. zu Ehrenbreitstein durch G. v. 30. Mai 1873 (geändert durch G. v. 3. Febr. 1879), in den hohenzollernschen Landen durch G. v. 31. Mai. 1873, in dem Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes durch G. v. 12. April 1888 (abgeändert und ergänzt durch G. v. 14. Juli 1893,) in dem Gebiete der vormals freien Stadt Frankfurt, sowie in den vormals Großherzoglich hessischen Gebietsteilen und dem vormals Landgräflich hessischen Amtsbezirke Homburg durch G. v. 19. Aug. 1895, in dem Kreise Herzogtum Lauenburg d. G. v. 8. Juni 1896. Im vormaligen Herzogtum Nassau ist das Immobiliarrecht auf der Grundlage des Grundbuchsystems durch das Stockbuchgesetz und das Gesetz, das Pfandrecht betr., beide v. 15. Mai 1851, geregelt.

3. Zu einer einheitlichen Gestaltung des Immobiliarrechts für das deutsche Reich war nur auf der Grundlage öffentlicher Bücher zu gelangen. In Bremen hat man zwar ohne Grund- und Hypothekenbücher durch die Erbe- und Handfestenordnung v. 30. Juli 1860 unleugbar eine Klarheit und Festigkeit der Rechtsverhältnisse der Grundstücke gewonnen, wie sie kaum besser gedacht werden kann; allein das nur lokalen Verhältnissen angepaßte Rechtssystem, wonach die Erwerbung des Eigentums und die Entstehung des Pfandrechts an Grundstücken nur mit Hilfe eines Aufgebots möglich ist, war für ein großes Rechtsgebiet nicht zu verwerten.

Der Zweck, für den die Immobiliarbücher bestimmt sind, ist nur erreichbar, wenn demjenigen, der ein auf die Erwerbung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtetes Rechtsgeschäft im Vertrauen auf den Inhalt des Buches vornimmt, dieser Inhalt als richtig und vollständig gewährleistet, dem Buche öffentlicher Glaube (publica fides) beigelegt wird (Publizitätsprinzip). Es tritt dann freilich bei einem Widerspruche zwischen dem Inhalte des Buches und der wirklichen Rechtslage der Übelstand ein, daß für den, der dem öffentlichen Glauben des Buches gefolgt und also dadurch geschützt ist, ein anderer Rechtsstand des Grundstücks gilt wie für die sonstigen Beteiligten. Allein dieser Übelstand wird gehoben oder doch wesentlich abgeschwächt, wenn man die Buchführung für den Rechtserwerb selbst verwertet, so zwar, daß er in den praktisch wichtigsten Fällen, also namentlich in den

Fällen der Eigentumsübertragung und der Hypothekenbestellung, von der Eintragung in das Buch abhängig gemacht wird (Eintragungsprinzip). Die Gefährdung wohlerworbener Rechte durch das Publizitätsprinzip aber beschränkt sich auf das geringste Maß, wenn für die Eintragungen bestimmte, einem Widerspruche zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage möglichst vorbeugende Voraussetzungen vorgeschrieben und die Buchbehörden verpflichtet werden, eine Eintragung nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen vorzunehmen (Legalitätsprinzip). (Mot. III. S. 17; Denkschr. S. 171.)

Das französische Recht kennt diese von den deutschen Gesetzgebungen befolgten Grundsätze nicht; seine Einrichtungen beruhen auf der Grundanschauung, daß der Privatrechtsverkehr sich unabhängig von jedweder causae cognitio der Behörden vollziehen müsse. Deshalb konnte das Transskriptions- und Inskriptionssystem dem BGB. nicht als Vorbild dienen.

Das Pfandbuchsystem, wie es in Bayern, Württemberg, Weimar und Mecklenburg durchgeführt ist, bringt zwar die drei Grundprinzipien, auf denen die Bucheinrichtung beruhen muß, für das Hypothekenrecht zur Geltung, gewährt aber anderen Rechten an Grundstücken, namentlich dem Eigentume, nicht den gleichen Schutz wie der Hypothek.

Dem Pfandbuchsysteme gegenüber ist das Grundbuchsystem das konsequentere und vollkommenere. Die Voraussetzung der Rechte an einer fremden Sache ist das Eigentum, das durch sie eingeschränkt oder beschwert wird, die Voraussetzung des Eigentums der Gegenstand, den es ergreift. Daher besteht die erste Aufgabe der Bucheinrichtung in der Ermittlung und Feststellung der einzelnen Grundstücke, die zweite in der Sicherung und Befestigung des Eigentums und erst die dritte in der Darstellung seiner Belastungen, besonders der Hypotheken. Indem das Grundbuchsystem die Erfüllung dieser Aufgaben ermöglicht, unterscheidet es sich vom Pfandbuchsysteme vornehmlich dadurch, daß nach ihm das Eigentum um seiner selbst willen, nicht bloß der Hypothek wegen, durch das Buch veröffentlicht, seine Übertragung daher ebenfalls dem Eintragungsprinzip unterworfen wird. Hiermit ist der große Vorteil verbunden, daß das Grundbuchsystem den Gegensatz zwischen Bucheigentum und wirklichem Eigentume, der nach dem Pfandbuchsystem in allen Veräußerungsfällen eintritt, auf die wenigen Fälle beschränkt, wo der amtlichen Prüfung ungeachtet ein ungültiges Übertragungsgeschäft zur Eintragung gelangt ist. Ein weiterer Vorteil ist, daß nicht bloß die mit Hypotheken belasteten Liegenschaften, sondern die gesamten Grundstücke, soweit nicht aus besonderen Gründen von ihrer Buchung abgesehen ist, durch das Grundbuch nachgewiesen werden. Für den Verkehr, sofern derselbe nicht lediglich in den Grenzen eines kleineren Bezirks sich bewegt, kommt es nicht bloß darauf an, daß eine bestimmte Person Subjekt des Eigentums oder einer Hypothek ist, sondern auch darauf, und zwar vorzugsweise, daß ihr das Recht gerade an dem gebuchten Grundstücke zusteht, daß also das Grundbuch nicht allein über die Rechte, sondern auch über deren Gegenstand möglichst sichere Auskunft gibt. Die Gesetzgebungen, die zum Grundbuchsystem übergegangen sind, haben deshalb der Bucheinrichtung die Landesvermessung und die Kartierung der Bodenparzellen zu Grunde gelegt und so ein einheitliches Grund- und Hypothekenbuch hergestellt, das die Erkennbarkeit der Rechte auch in Ansehung ihres Gegenstandes gewährleistet.

Indem das BGB. die Rechte an Grundstücken auf der Grundlage des Grundbuchsystems regelt, schließt es sich dem im größten Teile des deutschen Reiches geltenden Rechte an.[1] Das BGB. setzt voraus, daß alle Grundstücke, soweit nicht gewisse Kategorien durch das Gesetz vom Buchungszwang ausgenommen werden (vgl. GBO. § 90), zu buchen und

[1] Auf der Grundlage des Grundbuchsystems war das Immobiliarrecht geregelt für Preußen, Waldeck und Pyrmont, für das Herzogtum Oldenburg, für Coburg-Gotha, Braunschweig, für die Oldenburg. Fürstentümer Lübeck und Birkenfeld, für Lippe-Detmold, Schwarzburg-Sondershausen, Schaumburg-Lippe, für das Königreich Sachsen, für Altenburg, Sondershausen, Reuß ält. und jüng. Linie, Anhalt, Hamburg, Lübeck, Meiningen, für die hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen, für große Teile von Mecklenburg (vgl. Mot. III S. 14 ff.).

die an jedem einzelnen Grundstücke bestehenden Rechte durch das Grundbuch nachzuweisen sind. Es macht die Erwerbung dieser Rechte, soweit es sie ordnet, mit nur wenigen, die Übertragung und Belastung der Hypothek und der Grundschuld betreffenden Ausnahmen, von der Eintragung abhängig und führt so das Eintragungsprinzip im wesentlichen vollständig durch. Dabei stellt es die durch Rechtsgeschäft sich vollziehende Erwerbung in allen Fällen unter den Schutz des Publizitätsprinzips, so daß dem Verkehr auf dem Gebiete des Immobiliarrechts durchweg die nötige Rechtssicherheit verbürgt erscheint. Das Legalitätsprinzip endlich ist die unerläßliche Voraussetzung dieser Gestaltung.

Im allgemeinen hält sich der Standpunkt des BGB. in den Grenzen des bisher geltenden Rechtes. In Preußen war jedoch das Publizitätsprinzip nicht so scharf zum Ausdrucke gebracht und das Eintragungsprinzip nicht für alle neben der Hypothek und Grundschuld vorkommenden begrenzten Rechte verwertet. (Nach den Mot. III S. 9—20.)

4. Die Gestaltung des Immobiliarrechts nach dem Grundbuchsysteme setzt voraus, daß die Bucheinrichtung in ihren Einzelheiten geregelt ist. Es war deshalb im Wege der Reichsgesetzgebung eine Grundbuchordnung zu erlassen, in der das Grundbuchwesen und das Verfahren der mit der Führung der Grundbücher beauftragten Behörden (Grundbuchämter) insoweit einheitlich geordnet ist, als die einheitliche Geltung der materiellen Vorschriften des BGB. erfordert. Die „Grundbuchordnung" ist vom 24. März 1897 datiert, auf S. 139 ff. RGBl. veröffentlicht und nach Art. 1 EG. z. BGB. gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten (GBO. § 82). Danach gibt es nur Grundbücher und neben diesen keine besonderen Hypothekenbücher, jedoch kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß das in einzelnen deutschen Staaten bestehende Hypothekenbuch als Teil des Grundbuchs fortgeführt wird (GBO. §§ 87—89). Die Bezeichnung „Grundbuch" ist von Preußen und anderen deutschen Staaten übernommen und wird im BGB. ausschließlich gebraucht. Bisher kamen auch die Namen Hypothekenbuch, Grund- und Hypothekenbuch, Stadtbuch (in Mecklenburg) und Stockbuch (in Nassau) vor. Die zur Führung der Bücher berufenen Behörden hatten in den preußischen Gesetzen v. 5. Mai 1872 den Namen „Grundbuchämter" erhalten. Mit der Nachbildung dieser Gesetze in anderen Staaten hat der Name sich weiter verbreitet. Die preußische Gesetzgebung hat ihn indessen aufgegeben, seit die Grundbuchämter bei Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes am 1. Oktober 1879 beseitigt sind und die Verwaltung des Grundbuchwesens den Amtsgerichten übertragen worden ist. In anderen Staaten hieß die Buchbehörde Grund- und Hypothekenbehörde oder Hypothekenamt, oder es führte das Gericht oder die sonstige Behörde, der die Buchführung oblag, bei Wahrnehmung dieser Funktion keinen besonderen Namen. Im BGB. und der Grundbuchordnung wird als einfachste und passendste Bezeichnung ausschließlich das Wort „Grundbuchamt" gebraucht, ohne daß damit der Frage, welcher Behörde die Verwaltung des Grundbuchwesens zustehen soll, vorgegriffen ist. (Mot. III S. 21, 22.)

VI. Übersicht über das Sachenrecht.

Der 1. Abschnitt des III. Buches (§§ 854—872) handelt vom Besitze. Hieran schließen sich im 2. Abschnitt allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. Diese ergeben sich daraus, daß das BGB. die Rechte an Grundstücken einheitlich im Sinne der Grundbucheinrichtung regelt. Sie lassen die leitenden Grundsätze klar hervortreten und machen Wiederholungen, die sonst nötig wären, entbehrlich. Es kommen zunächst die Erfordernisse der rechtsgeschäftlichen Erwerbung, Belastung, Aufhebung und Änderung von Rechten an Grundstücken in Betracht (§§ 873—878). Die Vorschriften über den im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestverfahrens sich vollziehenden Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte an einem Grundstücke, die nach dem I. Entwurf gleichfalls im BGB. enthalten waren, sind bei den späteren Beratungen in die ZPO. verwiesen. Sodann regelt das BGB. das Rangverhältnis unter mehreren,

ein Grundstück belastenden Rechten (§§ 879—881), ferner den Höchstbetrag, bis zu dem für ein solches Recht, falls es durch die Zwangsvollstreckung erlischt, Wertersatz verlangt werden kann (§ 882), und die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung, Änderung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder einem das Grundstück belastenden Rechte (§§ 883—888). Daran schließt sich die Vorschrift, daß ein Recht an einem fremden Grundstücke nicht durch die Vereinigung des Eigentums und des Rechtes am Grundstück in einer Person erlischt (§ 889). Im § 890 wird Bestimmung getroffen über die Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstücke. Weitere Vorschriften haben die Frage zum Gegenstande, welche Bedeutung dem Inhalte des Grundbuchs zukommt, und zwar betrifft der § 891 die Vermutungen, die sich aus der Eintragung oder Löschung eines Rechtes für sein Bestehen oder Nichtbestehen ergeben, während in den §§ 892, 893 der wichtige Satz von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs aufgestellt und näher ausgeführt wird. Zum Schutze desjenigen, dessen Recht durch eine der wirklichen Rechtslage nicht entsprechende Eintragung oder Löschung infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gefährdet wird, dienen der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894—898) und die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 899). Im § 900 wird die Ersitzung des Eigentums oder eines anderen Rechtes an einem Grundstücke zu Gunsten dessen, der, ohne Berechtigter zu sein, als solcher im Grundbuch eingetragen ist, geordnet, im § 901 das Erlöschen eines zu Unrecht gelöschten Rechtes an einem fremden Grundstücke durch Zeitablauf. Den Schluß bildet eine Vorschrift über die Unverjährbarkeit der Ansprüche aus eingetragenen oder durch Eintragung eines Widerspruchs gewahrten Rechten (§ 902).

Gemeinsame Bestimmungen für die Rechte an beweglichen Sachen sind in das BGB. nicht aufgenommen, weil ein Vorteil von Belang dadurch nicht zu gewinnen wäre (vgl. Mot. III S. 23).

Das BGB. wendet sich nunmehr zu den einzelnen Rechten an Sachen. Diese Rechte richten sich im Gegensatze zu den Forderungsrechten regelmäßig nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen jeden, dessen Verhalten dem Rechte widerstreitet. Entsprechend der neueren Rechtsentwickelung steht das BGB. auf dem Standpunkte, daß die dinglichen Rechte nach ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt ausschließlich durch das Gesetz bestimmt werden. Neben den vom BGB. anerkannten Rechten an Sachen können daher jetzt nur solche dinglichen Rechte begründet werden, welche die Reichsgesetzgebung und, auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten, diese zulassen (vgl. Nr. II 2 S. 3).

Unter den einzelnen Rechten an Sachen wird vorab das umfassendste dieser Rechte, das Eigentum, im 3. Abschnitte behandelt. Im 1. Titel wird der Inhalt des Eigentums im allgemeinen bestimmt (§ 903), die darin an sich enthaltene Befugnis, Einwirkungen anderer auf die Sache zu verbieten, in bezug auf Einwirkungen, die im Notstande vorgenommen werden, eingeschränkt (§ 904) und die räumliche Erstreckung des Eigentums an einem Grundstücke abgegrenzt (§ 905). Es folgen Vorschriften über nachbarliche Beschränkungen des Grundeigentums; sie betreffen die Duldung gewisser von Nachbargrundstücken ausgehenden Einwirkungen (§ 906), den Schutz gegen Beeinträchtigung durch Anlagen auf dem Nachbargrundstücke (§§ 907—909), das Überhangs- und das Überfallsrecht (§§ 910, 911), das Bauen über die Grenze (§§ 912—916) und den Notweg (§§ 917, 918). Weiter werden die gegenseitige Verpflichtung der Grenznachbarn zur Mitwirkung bei der Abmarkung der Grenze (§ 919), der Fall der Grenzverwirrung (§ 920) und das Rechtsverhältnis hinsichtlich der zum Vorteile beider Grundstücke dienenden Grenzeinrichtungen, sowie hinsichtlich der Bäume auf der Grenze (§§ 921—924) geregelt.

Der 2. Titel behandelt den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken durch Übertragung (§§ 925, 926), zufolge eines Aufgebots des Eigentümers (§ 927) und durch Aneignung eines herrenlos gewordenen Grundstücks (§ 928), der 3. Titel den Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen durch Übertragung (§§ 929—936), durch

Ersitzung (§§ 937—945), Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—952), ferner den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache (§§ 953—957), die Aneignung (§§ 958—964) und den Fund (§§ 965—984). Im 4. Titel werden die Ansprüche aus dem Eigentum im Falle der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes (§§ 985—1003) und im Falle sonstiger Beeinträchtigung (§§ 1004, 1005) geregelt, ferner die sich aus dem Besitz einer beweglichen Sache ergebende Vermutung für das Eigentum (§ 1006) und die Wirkungen des guten Glaubens auf den Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache (§ 1007) festgestellt. Der 5. Titel (§§ 1008—1011) enthält die auf das Miteigentum bezüglichen Vorschriften.

Im 4. Abschnitt (§§ 1012—1017) wird das Erbbaurecht, d. h. die Belastung eines Grundstücks mit dem veräußerlichen und vererblichen Rechte, auf ihm ein Bauwerk zu haben, behandelt. Der 5. Abschnitt betrifft die Dienstbarkeiten, und zwar im 1. Titel die Grunddienstbarkeiten (§§ 1018—1029), im 2. den Nießbrauch (§§ 1030—1089), im 3. die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090—1093). Im 6. Abschnitte folgen die Vorschriften über das dingliche Vorkaufsrecht an Grundstücken (§§ 1094—1104), im 7. die Bestimmungen über Reallasten (§§ 1105—1112). In den beiden letzten Abschnitten endlich sind die dem Realkredite dienenden Rechte geregelt, und zwar im 8. Abschnitte (§§ 1113—1203) die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld, im 9. (§§ 1204—1296) das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

VII. Sachen.

Im I. Entw. waren die rechtlichen Folgen, die sich mit gewissen Eigenschaften der Sachen verbinden, im Sachenrecht (§§ 778—796) abgehandelt, „weil sie überwiegend einen sachenrechtlichen Charakter haben" (Mot. III S. 23). Im BGB. sind die allgemeinen Bestimmungen über Sachen, nach Vorgang anderer Kodifikationen, als 2. Abschnitt (§§ 90—103) in den allgemeinen Teil gestellt. Da dieses Buch sich nicht auf den allgemeinen Teil des BGB. erstreckt, muß an dieser Stelle die Einschaltung folgender, auch für das Liegenschaftsrecht in Betracht kommenden Bemerkungen erfolgen, die im wesentlichen den Motiven (III S. 25 ff.) entnommen sind.

Im 1. Abschn. des I. Buches des BGB. werden nur die Begriffe der Sache im allgemeinen (§ 90), der vertretbaren Sache (§ 91), der verbrauchbaren Sache (§ 92), der wesentlichen Bestandteile (§§ 93—96), und des Zubehörs einer Sache (§§ 97, 98), der Früchte (§ 99) und der Nutzungen einer Sache und eines Rechtes (§ 100) bestimmt (vgl. darüber Nr. VIII). In anderen Kodifikationen sind die allgemeinen Vorschriften über Sachen umfangreicher. Einige Punkte, die das BGB. hier übergeht, bedürfen zum Verständnisse seiner Enthaltsamkeit der Erörterung.

1. Die römisch-rechtliche Einteilung der Sachen in res in commercio und res extra commercium (vgl. PALR. I. 4 § 15, I. 8 §§ 3—5) ist an sich dunkel und auch wegen ihres Zusammenhangs mit staatsrechtlichen Einrichtungen und Anschauungen der alten Römer wenig geeignet, der heutigen Gesetzgebung als Grundlage einer allgemeinen Einteilung der Sachen zu dienen. Knüpfen Gesetze, die neben dem BGB. in Kraft bleiben, rechtliche Folgen an diese Unterscheidung, so muß aus ihnen auch die Tragweite der Ausdrücke, deren sie sich dabei bedienen, erklärt werden. Das BGB. hat nicht die Aufgabe, eine hierauf bezügliche Auslegungsvorschrift zu geben.

Näher einzugehen ist auf den Standpunkt des bisherigen Rechtes nur wegen seiner engen Beziehungen zu der Frage, ob gewisse Sachen überhaupt die Fähigkeit haben, Gegenstand von Rechten zu sein. Die Gründe, aus denen diese Frage verneint werden kann, beruhen entweder in der Natur der Dinge oder in einer Vorschrift des Gesetzes oder in einem Rechtsgeschäfte.

a. Die Natur der Dinge schließt die Begründung von Rechten an allen Sachen aus, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche

Willkür entzogen sind. Dieser Satz ist aber kein Rechtssatz, sondern nur eine notwendige Folgerung aus Verhältnissen, die unabhängig von der Rechtsordnung sind, eine Wahrheit, die gilt, gleichviel, ob das Gesetz sie anerkennt oder nicht. Es wäre daher die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das BGB. wenig angemessen.

Nach § 1 Inst. II. 1 kommen in Betracht aër, aqua profluens, mare et per hoc litora maris. Bezüglich der freien Luft und des offenen Meeres besteht kein Zweifel. Die Ufer des Meeres dagegen sind von Natur nicht unfähig, Gegenstand von Privatrechten zu sein (Windscheid § 146 Nr. 2). Nach PALR. II. 14 § 21 und dem code civ. Art. 538 sind sie Staatseigentum. Die Entscheidung der Frage, ob die aqua profluens Gegenstand von Rechten sein kann, ist mit dem Wasserrechte durch Art. 55 EG. z. BGB. den Landesgesetzen überlassen.

b. Soweit nicht die Natur der Dinge entgegensteht, bildet die Fähigkeit der Sachen, Gegenstand von Rechten zu sein, die Regel. Diese Regel, die mit Notwendigkeit aus der Bestimmung der Sachenwelt, zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen, folgt, ist aus dem BGB. leicht zu erkennen, da in ihm jeder einem dinglichen Rechte gewidmete Abschnitt oder Titel durch einen Satz eingeleitet wird, der als den zulässigen Gegenstand des Rechtes eine Sache, ein Grundstück oder eine bewegliche Sache bezeichnet (§§ 903, 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199, 1204). Diesen Sätzen gegenüber könnte eine allgemeine Vorschrift nur von theoretischer Bedeutung sein. Sie ist um so mehr entbehrlich, als das BGB. keine Veranlassung hat, Ausnahmen von der Regel zu bestimmen. Die Ausnahmen, die in Frage kommen, gehören sämtlich dem öffentlichen Rechte an.

Das römische Recht schied die für den Gottesdienst geweihten Sachen und die Begräbnisplätze (res sacrae et religiosae) als res divini juris aus dem Bereiche menschlicher Satzungen aus. Extra commercium waren ferner, wenn auch in einem anderen Sinne, die dem gemeinen Gebrauche gewidmeten Sachen (res publicae), namentlich die öffentlichen Flüsse und Straßen, Häfen und Plätze. Die Stellung dieser und jener Sachen im heutigen gemeinen Rechte ist jedoch nichts weniger als zweifellos. Im allgemeinen scheint die Ansicht zu überwiegen, daß das Eigentum an den res sacrae der Kirchengemeinde, an den res religiosae der Kirchengemeinde oder der politischen Gemeinde, an den res publicae dem Staate oder ebenfalls einem Gemeindeverbande zustehe (Windscheid § 146 Nr. 4, § 147). Nach PALR. und nach dem code civ. sind diese Gegenstände nicht außer Verkehr (ALR. II. 11 §§ 170, 179 ff., II. 14 § 21, II. 15 §§ 2 ff.; code civ. Art. 538). Sie können insoweit Gegenstand von Privatrechten sein, als nicht die in der Rechtsordnung begründete Bestimmung der Sache hindernd entgegentritt (Koch's ALR. 1 Anm. 3 zu § 3 I. 8, Turnau, PGBO. I S. 206 f. Anm. A, B. RG. E. 31 S. 217, Gruch. 37 S. 1015, Bd 39 S. 881, Bd 40 S. 1125, Bolze 16 Nr. 98).

Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, die im öffentlichen Rechte wurzeln, muß ihre Ordnung den Bundesstaaten verbleiben. Für die Reichsgesetzgebung konnte es aus Anlaß der Kodifikation durch das BGB. nur darauf ankommen, die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des BGB. zu begrenzen. Die Lösung dieser Aufgabe ist dem Einführungsgesetze überlassen (vgl. EG. Art. 133, Mot. S. 196 zu Art. 72 Entw. I. des EG.). Vgl. Vorbemerkung VI A 4 zu Buch III Abschn. 3 Tit. 1.

c. Durch Rechtsgeschäft kann einer Sache vom Standpunkte des BGB. die Fähigkeit, Gegenstand von Rechten zu sein, nicht genommen werden. Denn die sachenrechtlichen Geschäfte empfangen ihren Inhalt im allgemeinen nicht durch die Willkür der Beteiligten, sondern durch die Vorschriften des Gesetzes. Für eine Vorschrift aber, die ein Rechtsgeschäft des in Rede stehenden Inhalts zuließe, fehlt es an einem zureichenden Grunde. Die verwandte Frage, ob das Recht zur Verfügung über das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache durch Privatwillkür ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, findet ihre grundsätzliche Lösung in dem § 137 BGB. Vgl. Vorbemerkung VI A 4 zu Buch III Abschn. 3 Tit. 1.

Digitized by Google

2. Die Unterscheidung zwischen Sache und Sachgesamtheit hängt zusammen mit der in der älteren Theorie des gemeinen Rechtes allgemein üblichen Einteilung der Sachen in res singulae und universitates rerum. Der Begriff der res singula, und zwar sowohl der unita als auch der composita, deckt sich mit dem Sachbegriffe des BGB. Was dagegen die universitates anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen un. facti und juris.

a. Unter universitas facti versteht man eine Mehrheit einzelner Sachen, die im Verkehre mit einem besonderen Namen bezeichnet zu werden pflegt, z. B. eine Herde, einen Bienenschwarm, eine Bibliothek, ein Warenlager. Ein solcher Inbegriff soll eine von den ihn bildenden Sachen verschiedene Sache ausmachen, eine Gesamtsache, an der Rechte begründet werden können. Auf dieser Vorstellung beruhen die Vorschriften des PALR. I. 2 §§ 32, 36—39. In der Theorie des gemeinen Rechtes überwiegt jetzt die Ansicht, daß eine Sachgesamtheit nicht Gegenstand von Rechten sein könne (vgl. Windscheid § 137 Noten 4 u. 5). Vom Standpunkte des BGB. ist der Sachbegriff nur auf körperliche Gegenstände anwendbar (§ 90), hiermit aber die Ansicht, die in der Sachgesamtheit ein ideelles Objekt (res incorporalis) sieht, nicht vereinbar. Wenn daher jemand als Eigentümer eines Inbegriffs von Sachen bezeichnet wird, so kann dies juristisch nichts anderes heißen, als daß er der Eigentümer aller einzelnen Sachen ist, die den Inbegriff bilden. Er muß, wenn er das Eigentum geltend macht, die Erwerbung an jeder einzelnen Sache, die zu dem Inbegriffe gehören soll, nachweisen, weil nur auf diesem Wege der Gegenstand seines Rechtes sich feststellen läßt. Die Regelung der dinglichen Rechte im BGB. ergibt, daß man ein solches Recht immer nur an einer einzelnen Sache erwerben kann und daß, wenn vom Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen gesprochen wird (§ 1035), doch jede Sache, die er umfaßt, für sich Gegenstand des Nießbrauchs ist. (Vgl. auch § 260.) Das BGB. verhält sich demnach ablehnend gegen die Vorstellung, daß eine Sachgesamtheit Gegenstand von Rechten sein könne. Dieser Standpunkt läßt sich klar aus § 90 erkennen, der ausdrücklich sagt, was unter Sache zu verstehen ist (so auch Biermann SR. S. 1; RG. E. 53 S. 220; a. M. Fuchs 1 S. 9, 30, Gierke SR. S. 49 ff.). Es können freilich Auslegungsschwierigkeiten entstehen, wenn das Gesetz oder ein Rechtsgeschäft mehrere Sachen mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet. Allein diesen Schwierigkeiten läßt sich durch eine gesetzliche Regel nicht vorbeugen, sondern die Frage, welche Sachen gemeint sind, muß der konkreten Beurteilung des Einzelfalles überlassen bleiben. Die im PALR. I. 2 §§ 10 ff. und im code civ. Art. 533—536 enthaltenen Anweisungen, wie gewisse Ausdrücke, die zur Bezeichnung von Sachgesamtheiten vorkommen, ausgelegt werden sollen, sind für die Reichsgesetzgebung nicht nachahmungswert, da der Sprachgebrauch infolge der verschiedenen Dialekte und Lebensgewohnheiten hinsichtlich solcher Ausdrücke in Deutschland örtlich verschieden, auch zeitlich wandelbar ist.

b. Als universitas juris galt in der älteren Theorie des gemeinen Rechtes ein Inbegriff von Sachen und Rechten, d. h. man behandelte gewisse Gesamtheiten der Art als rechtliche Einheiten und unterstellte sie gemeinsamen Grundsätzen. Darüber, daß die hereditas eine un. juris sei, bestand Einverständnis. Streitig hingegen war dies in Ansehung der dos und des peculium. Nach dem PALR. I. 2 §§ 33—35 kommen das ganze Vermögen einer Person und die Erbschaft in Betracht. Von den für die un. juris aufgestellten Grundsätzen sind hervorzuheben: 1. res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei, allgemeiner gefaßt, surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur; 2. die Herausgabe der in fremder Hand befindlichen un. juris kann mit einer dinglichen Universalklage gefordert werden. Der erste Satz ist indessen keine allgemeine Rechtswahrheit; das Gesetz kann ihn nur für einzelne Rechtsverhältnisse aus praktischen Rücksichten verwerten (vgl. BGB. §§ 949, 950, 966, 1045, 1046, 1048, 1079, 1287, 1288 u. a.). In Ansehung des zweiten genügt es hier, auf die Regelung des Eigentumsanspruchs und des Erbschaftsanspruchs zu verweisen (vgl. §§ 985 ff., 2018 ff.). Was dagegen das Vermögen selbst betrifft, so ist dessen Begriff als bekannt vorauszusetzen, eine Definition daher entbehrlich. Von den besonderen Rechts-

verhältnissen des Vermögens der Ehegatten, der in elterlicher Gewalt befindlichen Kinder und der unter Vormundschaft stehenden Personen wird im Familienrechte gehandelt, und die Grundsätze, denen die Erbschaft als Inbegriff zu unterstellen ist, werden im Erbrechte bestimmt (§§ 1363 ff., 1616 ff., 1793 ff., 1922 ff.).

3. Die Einteilung der Sachen in **bewegliche** und **unbewegliche** ist von Natur gegeben. Unbeweglich sind nur die Grundstücke. Alle übrigen Sachen sind beweglich (vgl. aber S. 16). Diesen natürlichen Standpunkt hat das römische Recht festgehalten (Windscheid § 139). Das PALR. drückt sich im § 6 I. 2 weniger konkret aus. Im code civ. Art. 517 ff. werden auch Gegenstände, die Bestandteile oder Zubehör eines Grundstücks sind, zu den unbeweglichen Sachen gerechnet. Der I. Entw. des BGB. enthielt im § 781 Abs. 1 die einfache Norm: „Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke". In dem BGB. ist sie dadurch entbehrlich geworden, daß in den die unbeweglichen Sachen betreffenden Vorschriften des I. Entw. der Ausdruck „unbewegliche Sachen" durch das Wort „Grundstücke" ersetzt worden ist (Gruch. 41 S. 133).

Rechte sind nach § 90 BGB. keine Sachen. Indessen hat die geschichtliche Entwickelung in großen Gebieten des Reiches dahin geführt, daß gewisse selbständige Berechtigungen nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften behandelt werden. Für Preußen bestimmte schon die HypOrd. v. 1783 I. § 14, daß auch Gerechtigkeiten, die nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eigenen bestimmten Wert haben, auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt, folglich für sich allein veräußert und verpfändet werden können, unter besonderen Nummern in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen. Das ALR. I. 20 § 395 beließ es hierbei, und das EigG. v. 5. Mai 1872 schrieb im § 69 vor: „Wenn für selbständige Gerechtigkeiten Grundbücher eingerichtet sind, so wird die Veräußerung und der Erwerb des Eigentums an ihnen, ihre Belastung und Verpfändung nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurteilt." Die GBO. v. 5. Mai 1872 hatte unter § 3 den Satz: „Die für Grundstücke gegebenen Vorschriften dieses Gesetzes gelten auch für Bergwerke und Gerechtigkeiten, sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt ist."

a Von den hier in Frage kommenden Berechtigungen ist die praktisch wichtigste die **Bergbauberechtigung**, deren Verhältnisse in Preußen durch das Allg. Bergg. v. 24. Juni 1865 (GS. S. 705) und das G., betr. die Rechtsverhältnisse des Stein- und Braunkohlen-Bergbaues in den Landesteilen, in denen das Kurfürstlich sächsische Mandat v. 19. August 1743 Gesetzeskraft hat, v. 22. Febr. 1869 (GS. S. 401) nach verschiedenen Systemen geregelt sind.

α. Nach dem Allg. Bergg. (§ 50) gehört das durch die Verleihungsurkunde begründete **Bergwerkseigentum** zu den unbeweglichen Sachen und unterliegt hinsichtlich der Veräußerung, der Verpfändung, des Arrestes, der Privilegien des rheinischen Rechtes, des Konkurses, der Subhastation, der Führung der Hypothekenbücher und der rheinischen Hypothekenregister den für das Grundeigentum geltenden allgemeinen Vorschriften (§ 52 Abs. 1, § 53). Diese Bestimmungen sind durch § 68 EigG. v. 5. Mai 1872 ergänzt, wodurch die verliehenen Bergwerke mit gewissen Maßgaben den Vorschriften des EigG. unterworfen wurden. Durch den Vorbehalt im Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB., wonach „unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Bergrecht angehören", wird das Allg. Bergg. auch in seinen privatrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten, und nach Art. 4 EG. z. BGB. würden an die Stelle des § 68 EigG. v. 1872 die entsprechenden Vorschriften des BGB. treten. Um jedoch einen übersichtlichen Rechtszustand zu erhalten, sind der § 68 EigG. v. 1872 (AG. z. BGB. Art. 89 Nr. 28) sowie die §§ 52, 53 Allg. Bergg., unbeschadet der Übergangsvorschriften, aufgehoben und diese Bestimmungen durch neue, dem Reichsrecht angepaßte Vorschriften ersetzt, für deren Fassung die für das Erbbaurecht geltenden Bestimmungen des § 1017 BGB. als Vorbild gedient haben. Vgl. Bd. II Anhang I A.

β. Das preuß. G. über Kohlenabbaugerechtigkeiten v. 22. Februar 1869 bleib nach Art 67 EG. z. BGB. vom Reichsrecht unberührt. Es enthält jedoch in den §§ 3, 4 Bestimmungen, die den §§ 50, 52 Bergg. nachgebildet und durch den § 68 EigG. v. 1872 ergänzt sind. Diese Bestimmungen sind durch Art. 38 PAG. z. BGB. in gleicher Weise wie die §§ 50, 52 Bergg. ersetzt und die §§ 2, 5—8 sind dem neuen Reichsrecht angepaßt. Im übrigen sind die bisherigen Bestimmungen ersetzt für die Führung der Grundbücher durch die Vorschriften der Reichs-Grundbuchordnung und der Art. 22, 27 PAG. z. GBO., für die Zwangsvollstreckung durch die §§ 864 ff., 869, 870 ZPO., durch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und durch die Art. 15—21 PAG. z. ZwVG. Im wesentlichen ebenso ist die Salzbaugerechtigkeit in der Provinz Hannover geordnet durch G. v. 4. August 1904. Vgl. Bd. II Anhang I B, C.

γ. Nach Art. 68 EG. z. BGB. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals gestatten und den Inhalt dieses Rechtes näher bestimmen. Die Vorschriften der §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 BGB. finden entsprechende Anwendung. Mineralerwerbsrechte, wie sie Art. 68 meint, existieren in Preußen nicht. Rechte auf Gewinnung von Mineralien, die dem Verfügungsrechte des Grundeigentümers unterliegen, haben rechtlich die Natur entweder von Grunddienstbarkeiten oder von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (BGB. §§ 1018 ff., §§ 1090 ff.). Besondere gesetzliche Vorschriften sind für den Stein- und Kalisalzbergbau in der Provinz Hannover durch das G. v. 14. Juli 1895 (GS. S. 295) und für den Eisenerzbau in Neuvorpommern und auf der Insel Rügen, in den hohenzollernschen Landen und im Herzogtume Schlesien und der Grafschaft Glatz durch das G. v. 8. April 1894 (GS. S. 41) gegeben, wodurch verschiedene Bestimmungen des Allg. Bergg. v. 24. Juni 1865 auf diese Kategorien des Bergbaues ausgedehnt sind. Die Verhandlungen in der Kommission des AbgH. über den Art. 68 EG. z. BGB. und über einen Antrag auf Aufnahme einer Ergänzungsvorschrift z. Art. 38 PAG. z. BGB. haben zur Einschaltung des Art 39 geführt:

Ist in dem Herzogtume Schlesien und der Grafschaft Glatz in Ansehung einer im Grundbuch eingetragenen Berechtigung zur Gewinnung von Eisenerzen der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 BGB. für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Recht.

Hierdurch soll in den Fällen geholfen werden, wo die berechtigten Personen das im Grundbuch eingetragene Erzgewinnungsrecht tatsächlich nicht ausüben, sterben oder ihrem Aufenthalte nach unbekannt sind, damit der Besitzer des belasteten Grundstücks an dessen Veräußerung nicht gehindert wird.

(Nach dem KommBer. d. AbgH. zu Art 37 u. 38 PAG. z. BGB. Vgl. Brassert in Z. f. V. 41 S. 1—33.)

b. Die Frage, ob die selbständigen Gerechtigkeiten[1] dem Immobiliarrechte zu unterwerfen seien, hängt für eine Gesetzgebung, die auf dem Grundbuchsysteme beruht, damit zusammen, ob es zweckmäßig ist, solche Gerechtigkeiten wie die Grundstücke zu buchen. Von den begrenzten Rechten an einem Grundstücke, die das Sachenrecht des BGB. regelt, ist nur das Erbbaurecht den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften unterworfen (BGB. § 1017), und erhält nur dieses Recht auf Antrag ein besonderes Grundbuchblatt (GBO. § 7). Die Dienstbarkeiten, die Reallasten und das Vorkaufsrecht werden lediglich auf dem Blatte des belasteten Grundstücks eingetragen. Doch können

[1] D. h. solche Gerechtigkeiten, die nicht einem Grundstück als solchem zustehen, also auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden können, sondern subjektiv persönlicher Natur sind (HypOrd. v. 1783 I §§ 14, 15; ALR. I. 20 § 395; KG. JB. 7 S. 86).

Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen (Grunddienstbarkeiten Vorkaufsrechte, Reallasten nach §§ 1018, 1103, 1110 BGB.), also mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind und deshalb als Bestandteile dieses Grundstückes gelten (BGB. § 96), auf Antrag auch auf dem Blatte desjenigen Grundstücks vermerkt werden, dessen jeweiligem Eigentümer sie zustehen (GBO. § 8); ein eigenes Blatt erhalten sie aber nicht. Die Entscheidung darüber, ob auf die nach der bisherigen Landesgesetzgebung buchungsfähigen Berechtigungen die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. Anwendung finden und ob für diese Berechtigungen besondere Grundbuchblätter beizubehalten oder anzulegen seien, ist durch die Einführungsgesetze der Landesgesetzgebung vorbehalten. Es gehören hierher diejenigen Rechte, die mit dem Grundstücke die Eigenschaften der Selbständigkeit, der Dauer, der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit gemein haben. In Preußen kommen namentlich in Betracht das Apothekenprivilegium (das vererbliche Recht, an einem Orte eine Apotheke zu haben; vgl. RG. JW. 1902 S. 40 Nr. 43), die Fährgerechtigkeit, die Fischereigerechtsame, die Schiffmühlengerechtigkeit (die Berechtigung, auf einem öffentlichen Flusse eine Mühle zu haben.) Vgl. Bd. II Anhang 1 C.

VIII. Liegenschaft. Bestandteile. Zubehör. Früchte. Ansprüche aus der Versicherung.

Das BGB. unterscheidet, abweichend von dem bisherigen Rechte, nicht zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen, sondern zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen (z. B. in den §§ 93 ff., 873 ff., 925 ff., 929 ff., 946 ff.)[1] Grundstücke in dem engeren und eigentlichen Wortsinne sind lediglich bestimmt begrenzte Teile des Erdkörpers (vgl. Anm. 1 zu § 905), wozu natürlich auch Wasserflächen gehören (RG. E. 53 S. 98). Für den Grundbuchverkehr kommen die Grundstücke im wesentlichen nur als räumlich abgegrenzte Teile der Erdoberfläche in Betracht. Die Grenzen und der Flächeninhalt sind in den meisten deutschen Bundesstaaten amtlich festgestellt und diese Feststellungen sind in amtlichen Verzeichnissen (Flurbüchern, Lagerbüchern, Fundbüchern, Meßregistern 2c.) zur Darstellung gelangt. Jedes Grundstück hat der Regel nach ein besonderes Blatt im Grundbuch, auf dem die einzelnen zum Grundstücke gehörigen Flächen nach ihrer Bezeichnung und Größe auf Grund jener Flurbücher verzeichnet sind. Über die Frage, ob diese Angaben an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen, vgl. Anm. 3 zu § 891 und Anm. II 1 zu § 892.

Den Grundstücken gleich werden behandelt das Erbbaurecht (BGB. § 1017), die durch EG. z. BGB. Art. 63, 68 und GBO. § 84 aufrecht erhaltenen landesrechtlichen Erbpacht-, Büdner- und die vererblichen und veräußerlichen Abbaurechte, ferner nach EG. z. BGB. Art. 67 die Kohlenabbauberechtigungen (vgl. β S. 15), die hannoverschen Salzabbaugerechtigkeiten, das Bergwerkseigentum (vgl. a S. 14) und die selbständigen Gerechtigkeiten (vgl. b S. 15). Wegen der Bahneinheiten vgl. Anm. A. 3 zu § 1120.

Bei dem gegenwärtigen Stande der Kultur beschränkt sich der Begriff des Grundstücks (abgesehen von ganz seltenen und unwichtigen Fällen) nicht auf den Grund und Boden, sondern umfaßt eine ganze Reihe von beweglichen Sachen, die mit diesem durch Menschenhand (durch Bauen, Säen, Pflanzen 2c.) in feste Verbindung gebracht sind, um den Erdboden bequemer und erfolgreicher ausnutzen zu können. Durch eine solche Verbindung werden die beweglichen Sachen zu (wesentlichen) Bestandteilen des Bodens (GBG. §§ 94, 946), also zu Bestandteilen eines Grundstücks. Demnach stellt sich das Grundstück der Regel nach als eine zusammengesetzte Sache dar.

[1] Nur im § 1551 findet sich die Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen. Im Sinne dieser Vorschrift gehören zum unbeweglichen Vermögen Grundstücke nebst Zubehör, Rechte an Grundstücken, mit Ausnahme der Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, sowie Forderungen, die auf Übertragung des Eigentums an Grundstücken oder auf Begründung oder Übertragung eines der bezeichneten Rechte oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet sind.

Andere bewegliche Sachen werden mit dem Grundstücke zwar nicht fest verbunden, aber doch zu ihm in ein (nahes) räumliches Verhältnis gesetzt mit der Bestimmung, dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks zu dienen (Zubehör). Sie verlieren dadurch weder ihre Selbständigkeit noch den Charakter der Beweglichkeit, teilen aber wegen ihrer Bestimmung in manchen Beziehungen die rechtlichen Schicksale des Grundstücks.

Erzeugnisse des Grundstücks und Bodenbestandteile werden durch Trennung oder Lösung vom Grund und Boden zu beweglichen Sachen, verlieren aber (wegen ihrer Herkunft) nicht jede Beziehung zu dem Grundstücke, sondern werden (freilich beschränkt) von dinglichen Verfügungen über dieses mitbetroffen.

Das BGB. behandelt die Bestandteile, das Zubehör und die Früchte im allgemeinen Teile (§§ 93 ff.). Eine Erörterung dieser Vorschriften läßt sich aber bei einer (wenn auch nur kommentatorischen) Darstellung des Liegenschaftsrechts nicht umgehen.

Des inneren Zusammenhangs wegen empfiehlt es sich, gleich hier auch den Anspruch aus der Versicherung von Bestandteilen (Gebäuden, stehenden und hängenden Früchten), von Zubehörstücken und von getrennten Früchten zu behandeln, da dieser Anspruch als Surrogat der vernichteten oder beschädigten Sachen an deren Stelle den Hypothekengläubigern haftet (BGB. §§ 1127 ff.).

Das Grundstück mit allen diesen Gegenständen bildet die Liegenschaft im Sinne des Titels dieses Kommentars.

Von beweglichen Sachen, die mit dem Grundstück in gar keinem Zusammenhange stehen, kommt hier nur der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbrief in betracht BGB. § 952 Abs. 2).

A. Bestandteile.

BGB. § 93. Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

1. Eine Legaldefinition des Bestandteilsbegriffs gibt das BGB. nicht. Die 2. Komm. hat dahin zielende Anregungen abgelehnt, von der Annahme ausgehend, daß es sich um einen allgemein verständlichen Begriff handle (vgl. Küntzel in Gruch. 41 S. 135). Hier interessiert im wesentlichen nur der Begriff der Bestandteile eines Grundstücks. Dieser ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 94, 95 dahin: Bestandteile eines Grundstücks sind außer dem Grund und Boden die mit diesem zu einem nicht nur vorübergehenden Zwecke fest verbundenen Sachen; Gebäude und andere Werke jedoch dann nicht, wenn sie in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden sind. Das RG. (V 608. 04, JW. 1905 S. 523 Nr. 2) hat in folgendem Falle Bestandteilseigenschaft angenommen: Jemand betrieb auf mehreren ihm gehörigen Grundstücken ein Bergwerk, für das ein Grundbuchblatt angelegt wurde. Demnächst errichtete er auf einem hinzugepachteten Grundstücke die zum Bergbau erforderlichen Anlagen (Tiefbauschacht, Maschinenhaus, Schmiede, Kesselhaus ꝛc.). Endlich erwarb er auch dieses Grundstück. Das Bergwerk nebst den Grundstücken, unter denen es betrieben wurde, kam zur Zwangsversteigerung und später — gesondert — auch das neu erworbene Grundstück. Dabei entstand Streit, zu welchen Grundstücken die Anlagen gehörten. Das RG. führt aus, daß die Anlagen nur zum vorübergehenden Zwecke des Bergbaues errichtet seien und zum Bergwerke gehörten, mit dem sie ebenfalls zum Zwecke des Bergbaubetriebes in feste Verbindung gebracht worden seien. Dies sei umsomehr anzunehmen, als die Anerkennung der Bestandteilseigenschaft in solchem Falle, wie der § 8 des Kohlenabbaugef. v. 23. Februar 1869 ergebe, vom Gesetzgeber gewollt sei, eine solche Rechtsnorm aber selbst dann, wenn sie mit dem § 94 BGB. im Widerspruche stände, nach Art. 67 EG. z. BGB. dem Reichsrechte vorgehen würde.

2. Neu ist gegenüber dem bisher geltenden Rechte die lediglich auf wirtschaftlichen Gründen beruhende Unterscheidung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Bestand-

teilen. Entscheidend ist für diese Unterscheidung, ob die Integrität der Bestandteile, nicht ob die Integrität der ganzen Sache gewahrt bleibt (Küntzel in Gruch. 41 S. 136), während das PALR. (I. 2 §§ 4, 5) zur Substanz nur solche Teile und Eigenschaften einer Sache rechnete, durch deren Trennung die Hauptsache in ihrem Wesen und in ihrer Hauptbestimmung berührt wird. Eines näheren Eingehens darauf bedarf es nicht, da im § 94 BGB. der Begriff der wesentlichen Bestandteile bezüglich der Grundstücke (und Gebäude) eine Erweiterung erfahren hat. Die mit einem Grundstücke fest verbundenen und die in ein Gebäude zu dessen Herstellung eingefügten Sachen sind auch dann wesentliche Bestandteile, wenn die Trennung die im § 93 vorausgesetzte Wirkung nicht hat (Mot. III S. 43, Küntzel a. a. O. S. 137). Bei der Frage, ob Sachen zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt und daher wesentliche Bestandteile des Gebäudes sind (§ 94 Abs. 2), ist es gleichgültig, ob durch die Trennung eine Zerstörung eintritt, dagegen kommt es allerdings darauf an, ob dadurch eine Veränderung im Wesen eintritt. Dabei kommt es erheblich in Betracht, zu welchen Zwecken das Gebäude eingerichtet und bestimmt ist. So können Maschinen zur Herstellung eines Fabrikgebäudes eingefügt sein, wenn das Gebäude zu einem bestimmten Fabrikbetrieb errichtet ist; denn wenn aus einem solchen die dem Betriebe dienenden eingefügten Maschinen herausgenommen werden, so wird das Gebäude, das Teil der zusammengesetzten Sache (der Fabrik) ist, als solches in seinem Wesen verändert. (RG. E. 50. S. 241, JW. 1904 S. 548, 1905 S. 387, VII 509. 03. Das Nähere vgl. in Anm. 10 zu § 94 und in Anm. 2 zu § 98). Wenn nun auch auf die im § 94 aufgeführten Sachen die Begriffsmerkmale des § 93 nicht zutreffen oder nicht zuzutreffen brauchen, ist es nicht zweifelhaft, daß auch sie nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können.

3. Bestandteile, wesentliche wie unwesentliche, teilen das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Sie gehen bei der Veräußerung des Grundstücks von selbst auf den Erwerber über, werden von der Hypothek, Grund- und Rentenschuld, Reallast, dem Vorkaufsrecht und Nießbrauch ergriffen ꝛc. (Mot. III S. 62). Insofern hat jene Unterscheidung keine Bedeutung; sie gewinnt eine solche jedoch für die Frage, ob die einzelnen Bestandteile Gegenstände besonderer (d. h. sich nur auf die Teile, nicht auf das Ganze beziehender) Rechte sein können. Im allgemeinen (sagen die Mot. III S. 40 ff.) wird man nicht behaupten dürfen, daß eine Sache um deswillen, weil sie Bestandteil einer anderen ist, das rechtliche Schicksal der letzteren in jeder Hinsicht teilen müsse, einem nicht das Ganze ergreifenden Rechte nicht unterworfen sein könne. Lassen sich die Bestandteile voneinander trennen, ohne daß die im § 93 vorausgesetzte Wirkung eintritt, so fordert die Rechtslogik keinenfalls, daß das Bestehen von Sonderrechten an ihnen vor der Trennung ausgeschlossen werde. Sind dagegen die Bestandteile von der Beschaffenheit, daß durch ihre Trennung von einander eine Zerstörung oder wesentliche Veränderung des einen oder des anderen Bestandteils herbeigeführt wird, so kann die Rechtsordnung Sonderrechte an ihnen nicht zulassen. Vom rein logischen Standpunkt aus mag dies zwar nicht unzweifelhaft sein; allein Zweckmäßigkeitsgründe sprechen für den Grundsatz des § 93. Dies wird in den Mot. (a. a. O.) vom gesetzgeberischen Standpunkte aus des weiteren dargelegt. Von der 2. Komm., die nur redaktionelle Änderungen (des § 782 Entw. I) getroffen hat, ist diese Begründung gebilligt (Prot. III S. 5). Freilich trifft sie auf die wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks oder Gebäudes (§ 94) nicht zu, da bei diesen nicht Voraussetzung ist, daß die Trennung die Wirkung der Zerstörung hat. Der Antrag, eine ergänzende Vorschrift dahin zu treffen: „Das Recht an einer Sache erstreckt sich im Zweifel (oder unbeschadet der an ihnen bestehenden Sonderrechte) auf ihre nicht wesentlichen Bestandteile", ist von der 2. Komm. als entbehrlich abgelehnt wegen des an die Spitze dieser Anmerkung gestellten Grundsatzes. Wer beweist, daß er ein Grundstück als Ganzes erworben, hat auch seiner Beweispflicht bezüglich der einzelnen (wesentlichen und unwesentlichen) Bestandteile genügt (Küntzel in Gruch. 41 S. 135, 136, Prot. III S. 6).

Über die Konsequenzen des Grundsatzes, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegen-

ſtand beſonderer Rechte ſein können, bemerken die Mot. III 42: „Die erſte Konſequenz iſt die, daß das Beſtandteilsverhältnis, ſolange es dauert, die Begründung eines dinglichen Rechtes, das nicht das Ganze ergreift, bezw. die Veräußerung des Beſtandteils ſelbſt dann ausſchließt, wenn den Vorausſetzungen der Erwerbung (Eintragung, Auflaſſung) genügt werden kann. Unberührt bleiben von dieſer Konſequenz die Abbauberechtigungen“ (Art. 68 EG. z. BGB.), „da ſie nicht die Bodenbeſtandteile, ſondern gleich anderen Nutzungsrechten das ganze Grundſtück zum Gegenſtande haben. Der Eigentümer, der einem anderen eine ſolche Berechtigung einräumt, überträgt damit nicht ſowohl das Eigentum an den zu entnehmenden Beſtandteilen des Grundſtücks, als vielmehr das Recht, ſich dieſelben zuzueignen.“ Insbeſondere iſt an weſentlichen Beſtandteilen kein geſondertes Eigentum möglich. Bewegliche Sachen, die nach § 946 BGB. durch Verbindung weſentliche Beſtandteile eines Grundſtücks geworden ſind, ſind Eigentum des Grundſtückseigentümers. Das frühere Eigentum geht unter, ſelbſt wenn ein Eigentumsvorbehalt getroffen iſt. Es kann alſo ein Grundſtück mit Ausſchluß weſentlicher Beſtandteile weder freiwillig veräußert, noch zwangsverſteigert werden (RG. JW. 1902 S. 229 Nr. 1). Die weſentlichen Beſtandteile werden auch dann mit dem Zuſchlag Eigentum des Erſtehers des Grundſtücks, wenn ſie durch einſtweilige Anordnung des Prozeßrichters von der Zwangsverſteigerung ausgeſchloſſen ſind (RG. Gruch. 46 S. 859). Ein mit dem Grund und Boden feſt verbundenes Gebäude kann, abgeſehen vom Falle des § 95, weder ohne das Grundſtück einem anderen zum Eigentum übertragen, noch kann es bei der Veräußerung des Grund und Bodens dem Veräußerer als Eigentum vorbehalten werden. Auf Grund einer dieſem Grundſatz widerſprechenden Auflaſſung darf der Grundbuchrichter keine Eintragung vornehmen (KG. JW. 25 S. A. 139). Will eine Gemeinde bei der Veräußerung von Straßen und Plätzen ſich ihre Rechte an den eingebauten Waſſerleitungs- und ſonſtigen Anlagen vorbehalten, ſo kann dies nur in der Form von beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten oder von Erbbaurechten geſchehen (RG. V 395. 1903; KG. Rſp. 6 S. 211). Auch Hypotheken können weder mit Ausſchluß von weſentlichen Beſtandteilen, noch bloß an ſolchen beſtellt werden. Das ganze Grundſtück haben auch das Erbbaurecht und die Dienſtbarkeiten zum Gegenſtande (ZVG. § 92). Demgemäß ſtehen §§ 1014, 1026, 1038 BGB. mit dem Grundſatze des § 93 nicht im Widerſpruche (a. M. Fuchs S. 18).

Der Wortlaut des § 93 läßt keinen Zweifel darüber, daß nur beſondere Rechte an den weſentlichen Beſtandteilen, alſo dingliche Rechte ausgeſchloſſen ſein ſollen. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß auch die weſentlichen Beſtandteile Gegenſtand perſönlicher Rechtsgeſchäfte ſein können, daß z. B. ein Wald zum Abholzen, ein Gebäude auf den Abbruch verkauft, ein Stockwerk eines Hauſes vermietet werden kann. Das Eigentum erlangt in den beiden erſten Beiſpielsfällen der Käufer nicht an den Bäumen oder dem Gebäude als Beſtandteilen eines Grundſtücks, ſondern erſt dann, wenn durch die Trennung die Beſtandteilseigenſchaft verloren gegangen iſt und vor- oder nachher eine dingliche Einigung ſtattgefunden hat. Hypotheken, Grund- und Rentenſchulden, dingliche Vorkaufsrechte, Reallaſten können an weſentlichen Beſtandteilen abgeſondert nicht beſtellt werden. Das durch Kaufvertrag erworbene Recht auf Abholzen des Waldes und Aneignung der gefällten Bäume kann durch Eintragung in das Grundbuch nicht geſichert werden, namentlich auch nicht unter dem Geſichtspunkt einer beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeit (RG. E. 60 S. 317). Auch Pfandrechte an weſentlichen Beſtandteilen ſind nicht möglich mit einer einzigen Ausnahme. Nach ZPO. § 810 können nämlich Früchte, die noch nicht vom Boden getrennt ſind, gepfändet werden; aber auch nur, ſoweit ſie nicht mit der Trennung Zubehöreigenſchaft erlangen (BGB. § 98 Nr. 2, ZPO. §§ 811 Nr. 4, 865 Abſ. 2). Als weſentliche Beſtandteile (BGB. § 94 Abſ. 1) haften ſie zugleich den Hypothekengläubigern. Der Konflikt zwiſchen dieſen und dem Pfändungspfandgläubiger wird dahin gelöſt: Bei der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück erfaßt die Beſchlagnahme ohne weiteres auch die hängenden und ſtehenden Früchte (ZVG. §§ 21, 148). Mit der Beſchlagnahme wird jede Mobiliarzwangsvollſtreckung

in solche Früchte unzulässig; die schon schwebende muß eingestellt werden (RG. JW. 1895 S. 402 Nr. 72). Dies schrieb das PfBG. v. 13. Juli 1883 im § 206 Abs. 1 vor. Jetzt enthält ZPO. § 810 Abs. 1 Satz 1 die entsprechende Vorschrift: „Früchte, die von dem Boden noch nicht getrennt sind, können gepfändet werden, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife (d. h. vor der erfahrungsmäßigen Durchschnittsreife; RG. E. 42 S. 382) erfolgen." Diese Bestimmung genügt jedoch noch nicht zum Schutze derjenigen Gläubiger, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben (ZVG. § 10). Die stehenden Früchte sind für den Wert des Grundstücks und damit für die Sicherung dieser Gläubiger von maßgebender Bedeutung. Mit Rücksicht hierauf bestimmt (in wesentlicher Übereinstimmung mit dem PfBG. § 206) § 810 Abs. 2 ZPO.: Ein Gläubiger, der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat, kann der Pfändung nach Maßgabe des § 771 (ZPO.) widersprechen, sofern nicht die Pfändung für einen im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück vorgehenden Anspruch erfolgt ist. Nur im letzten Teile dieses Satzes weicht diese Vorschrift von dem bisherigen Rechte (und von dem Entwurf) ab, wonach der Hypothekengläubiger der Pfändung widersprechen konnte, auch wenn ihm der pfändende Gläubiger vorging. Hiernach ist die Pfändung stehender und hängender Früchte nur mit Beschränkungen zulässig. Soweit sie zulässig ist, erfolgt sie als Fahrnispfändung und erzeugt nicht etwa erst mit der Trennung der Früchte, sondern sofort ein Pfändungspfandrecht (vgl. im übrigen Anm. IV zu § 1121). Der Hypothekengläubiger kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung auch nach § 766 ZPO. verlangen (RG. E. 34 S. 378, Bd. 55 S. 207). Andere besondere Pfandrechte können an ihnen nicht erworben werden (Mot. III S. 799; RG. E. 18 S. 367); insbesondere besteht das Pfandrecht des Verpächters (BGB. § 585) nicht an den Früchten auf dem Halme; denn der Pächter erwirbt das Eigentum an den Früchten nach §§ 94, 956 BGB. erst mit der Trennung, und erst an den vom Boden getrennten Früchten steht dem Verpächter ein Pfandrecht zu (Küntzel in Gruch. 41 S. 439).

Gegenstand des Besitzes können auch wesentliche Bestandteile sein (vgl. BGB. § 865 nebst Anm.)

Rechte, die nach früherem Rechte an wesentlichen Bestandteilen begründet sind, haben, abgesehen von der Sondervorschrift des Art. 181 Abs. 2 EG. z. BGB., ihre Gültigkeit verloren (Karlsruhe Rsp. 6 S. 214). Das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum an einer Sache, die sich nach BGB. als wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache darstellt, ist mit jenem Zeitpunkt erloschen (EG. z. BGB. Art. 181 Abs. 1). Der vor dem 1. Januar 1900 erhobene Anspruch auf Herausgabe der Sache, der auf einen Eigentumsvorbehalt gegründet ist, bleibt infolge der eingetretenen Rechtshängigkeit in seiner persönlichen Richtung unberührt (RG. E. 56 S. 243, V. 60. 1904).

4. Die nicht wesentlichen Bestandteile können Gegenstand besonderer Rechte sein. Zu den nicht wesentlichen Bestandteilen gehören die einzelnen Flächenabschnitte eines Grundstücks. Diese können einzeln veräußert und belastet werden. Ein verschiedenes Rechtsschicksal der Flächenabschnitte eines einheitlichen Grundstücks erscheint jedoch nicht wünschenswert, weil die Übersichtlichkeit des Grundbuchblatts darunter leiden würde. Daher sind in der GBO. Vorschriften gegeben, welche die Anwendung des § 93 BGB. auch auf diese nicht wesentlichen Bestandteile erstreben. Soll ein Flächenabschnitt veräußert werden und einen neuen Eigentümer erhalten, so muß der veräußerte oder der dem Veräußerer verbleibende Teil ein besonderes Grundbuchblatt erhalten; denn aus GBO. §§ 3, 4 ergibt sich, daß für einen Teil eines Grundstücks auf demselben Grundbuchblatt eine andere Person als Eigentümer nicht eingetragen werden darf. Soll ein Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist er nach GBO. § 6 Satz 1 abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen oder es ist, falls der Eigentümer nicht wechselt, für

den Teil und für den Reſt des Grundſtücks ein gemeinſchaftliches Blatt zu bilden (GBO. § 4). Soll ein Grundſtücksteil mit einer Dienſtbarkeit oder mit einer Reallaſt belaſtet werden, ſo kann nach GBO. § 6 Satz 2 die Abſchreibung unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu beſorgen iſt. Die Zulaſſung dieſer im Entw. I. GBO. nicht enthaltenen Ausnahme iſt von praktiſcher Bedeutung beſonders für den Fall der Belaſtung einzelner Grundſtücksteile mit einem Altenteile (vgl. über den ganzen Inhalt dieſer Anm. Mot. III S. 56, Mot. z. Entw. I. e. GBO. S. 61, Denkſchr. z. GBO. S. 29).

Ein Bruchteil iſt kein Beſtandteil. Die Verfügung über einen ſolchen erfaßt jeden kleinſten Teil des Grundſtücks. Danach bedeutet die Vorſchrift BGB. § 1114, wonach ein Bruchteil eines Grundſtücks, der in dem Anteil eines Miteigentümers beſteht, mit einer Hypothek belaſtet werden kann, keine Ausnahme von der Regel des § 93 BGB. (vgl. §§ 1095, 1106).

Aus der Fähigkeit der nicht weſentlichen Beſtandteile eines Grundſtücks, Gegenſtand beſonderer Rechte zu ſein, ergeben ſich gewiſſe Modifikationen der oben in Anm. 3. aufgeſtellten Regel, daß ſie die rechtlichen Schickſale der Hauptſache (des Grundſtücks) teilen. Dieſe Regel gilt unbeſchränkt nur dann, wenn keine beſonderen Rechte an ihnen beſtehen. Iſt ein nicht weſentlicher Beſtandteil vor der Verbindung mit der Hauptſache mit einem dinglichen Rechte belaſtet, ſo geht dieſes den ſpäter an der ganzen Sache beſtellten dinglichen Rechten vor, ſo z. B. im Falle der nach § 890 Abſ. 2 BGB. erfolgten Zuſchreibung eines Grundſtücks zu einem anderen (BGB. § 1131). Steht ein ſolcher Beſtandteil trotz der Verbindung mit dem Grundſtück im Eigentum eines Dritten, ſo geht er mit der Auflaſſung des Grundſtücks nicht auf den Erwerber über und die Belaſtung der Hauptſache trifft ihn nicht. Inwieweit dabei die Grundſätze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892) zu anderen Ergebniſſen führen können, wird ſpäter erörtet werden.

5. Ein Grundſtück kann nach BGB. § 890 Abſ. 2 dadurch zum Beſtandteil eines anderen Grundſtücks gemacht werden, daß der Eigentümer es dieſem im Grundbuche zuſchreiben läßt. Es wird dadurch jedoch nicht weſentlicher Beſtandteil, wie ſich aus BGB. § 1131 Satz 2 ergibt. Vgl. EG. z. BGB. Art. 119 Nr. 3. Durch bergrechtliche Sondervorſchriften iſt die Anwendung des § 890 auf die Vereinigung von Bergwerken ausgeſchloſſen. An ihre Stelle treten in Preußen die Vorſchriften des Bergg. v. 24. Juni 1865 §§ 41 ff. über Konſolidation.

6. Über die Trennung von Beſtandteilen und ihre Folgen vgl. Anm. 6. S. 25. Der Beſitzer, der mit der Sache eine andere Sache als weſentlichen Beſtandteil verbunden hat, kann ſie wieder abtrennen und ſich aneignen (BGB. §§ 997, 994).

7. Über die rechtliche Behandlung von feſten kohärierenden Beſtandteilen, die von einer Grenze durchſchnitten werden, vgl. Anm. zu § 923 BGB.

BGB. § 94. Zu den weſentlichen Beſtandteilen eines Grundſtücks gehören die mit dem Grund und Boden feſt verbundenen Sachen, insbeſondere Gebäude, ſowie die Erzeugniſſe des Grundſtücks, ſolange ſie mit dem Boden zuſammenhängen. Samen wird mit dem Ausſäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen weſentlicher Beſtandteil des Grundſtücks.

Zu den weſentlichen Beſtandteilen eines Gebäudes gehören die zur Herſtellung des Gebäudes eingefügten Sachen.

1. Dem § 94 Abſ. 1 BGB. entſprechen die §§ 783 Abſ. 1 und 784 des Entw. I., dem § 94 Abſ. 2 BGB. der § 783 Abſ. 2 des Entw. I. Die von der 2. Komm. vorgenommenen Änderungen ſind im weſentlichen redaktioneller Natur. So iſt durch Streichung des Artikels „die" vor „Gebäude" im § 94 Satz 1 kenntlicher gemacht, daß das Erfordernis der feſten Verbindung mit dem Boden ſich auch auf Gebäude bezieht, daß alſo transportable Gebäude nicht zu den weſentlichen Beſtandteilen eines Grundſtücks gehören (Küntzel in Gruch. 41 S. 137). Sachlich geändert iſt die Vorausſetzung, unter der eine Pflanze weſentlicher Beſtandteil wird.

2. In Anm. 2 S. 17 iſt bereits darauf hingewieſen, daß § 94 den Begriff der weſentlichen Beſtandteile inſofern erweitert hat, als die in ihm aufgeführten Sachen auch

dann zu den wesentlichen Bestandteilen gehören, wenn ihre Trennung ohne wesentliche Zerstörung oder wesentliche Veränderung der verbundenen Sachen erfolgen kann. Wenn eine Fahnenstange mit dem Grund und Boden fest verbunden ist, so ist sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, obwohl sie ohne Zerstörung oder Wesensveränderung auf ein anderes Grundstück versetzt werden kann. Dasselbe gilt z. B. von einem auf freiem Felde mit dem Grund und Boden fest verbundenen Göpelwerke. Wenn § 94 sagt: „Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks *gehören*", so scheint damit eine erschöpfende Aufzählung nicht beabsichtigt zu sein, doch dürfte — abgesehen von dem Grund und Boden — für die Anwendung des § 93 kaum noch Raum bleiben. Jedenfalls würden für Sachen, die nicht mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, die Voraussetzungen des § 93 vorliegen müssen, wenn sie als wesentliche Bestandteile eines Grundstücks gelten sollen.

3. *Die Verbindung mit dem Grund und Boden muß fest und darf nicht zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt sein.* Dies ergibt sich aus dem § 95 Abs. 1. Der Begriff der festen und dauernden Verbindung ist tatsächlicher Natur und wird der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten. Ob die Verbindung in senkrechter oder in wagerechter Richtung stattgefunden hat, ist gleichgiltig (RG. E. 48 S. 267). Das Anschrauben eines nicht in ein Gebäude eingefügten Motors an eine eingemauerte Grundlage ist vom RG. (JW. 1904 S. 110 Nr. 4) für keine feste Verbindung angesehen. Wegen der über das Grundstück hinausreichenden elektrischen Leitungen u. dergl. vgl. Anm. 2 zu § 98. Mit der Verbindung gehen das frühere Eigentum oder sonstige dingliche Rechte anderer an den verbundenen Sachen unter (BGB. §§ 93, 946, 949). Sachen, die vom Eigentümer dauernd, aber nicht fest mit dem Grund und Boden verbunden sind, können je nach Lage des Einzelfalles zu den nicht wesentlichen Bestandteilen oder zum Zubehöre gerechnet werden (Predari S. 18). Auf den Willen dessen, der die Verbindung oder Einfügung vorgenommen hat, kommt es der Regel nach nicht an; eine Ausnahme ist aber begründet, wenn der Sache bei ihrer Einfügung oder Verbindung die Bestimmung gegeben ist, daß sie nicht den Zwecken des Grundstücks, auf dem sie mechanisch befestigt ist, dienen, sondern zum Bestandteile einer anderen unbeweglichen Sache werden soll, mit der sie ebenfalls im Verhältnis einer festen mechanischen Verbindung steht (RG. JW. 1905 S. 523 Nr. 2).

4. Nach römischem Rechte ist alles, was mit dem Grund und Boden fest zusammenhängt, Bestandteil des Bodens. Der Boden ist bei Grundstücken die Hauptsache; seine rechtlichen Beziehungen sind für die mit ihm fest verbundenen Sachen ausschließlich entscheidend. Im preuß. und französ. Rechte ist dieser Grundsatz nicht völlig anerkannt. Dieses kennt ein besonderes *Keller- und Stockwerkseigentum* (code civ. Art. 553, 664), das den rechtlichen Beziehungen des Grund und Bodens nicht folgt; jenes kennt ebenfalls ein von dem Grundeigentum unabhängiges Eigentum an Sachen, die mit dem Grund und Boden fest und dauernd verbunden sind, so an Bäumen (ALR. I. 22 § 200).

Nach § 94 Abs. 1 BGB. gelten diese Sachen als wesentliche Bestandteile des Grundstücks. „Es knüpft sich mithin an sie die im § 93 bestimmte Rechtsfolge. Der Abs. 1 des § 94 ist also keine bloße Konsequenz des § 93, sondern neben demselben von selbständiger Bedeutung. Dieser schweigt ohnehin darüber, ob ein Bestandteil dem anderen folge; jener deutet schon die Regel an, daß den an dem Grund und Boden bestehenden Rechten alle übrigen Bestandteile des Grundstücks unterworfen sind (vgl. BGB. §§ 946, 949, 1120, 1132). . . . Die Ausschließung von Sonderrechten an dem im § 94 aufgezählten wesentlichen Bestandteilen bietet wegen des Übergewichts und der Anziehungskraft der Rechte am Grund und Boden den Vorteil, daß im allgemeinen derjenige, der ein Recht an einem bebauten Grundstück erwerben will, nur das Recht des Veräußerers an dem Grundstück zu prüfen und daneben durch den Augenschein das Vorhandensein der vom Gesetz erforderten Verbindung festzustellen hat, um wegen der Erstreckung des Rechtes auf die Gebäude sicher zu sein. Die sonstigen mit dem Boden fest verbundenen Sachen, wie Pfosten, Zäune, Röhrenleitungen ꝛc., sind denselben Regeln unterworfen wie Gebäude . . . Die Beschränkung

der Vorſchrift auf Gebäude könnte zu Zweifeln Veranlaſſung geben, da der Begriff des Gebäudes einer feſten Abgrenzung ermangelt." (Auszug aus Mot. III S. 43.)

Eine Folge des Grundſatzes, daß an einem Gebäude, das einen weſentlichen Beſtandteil eines Grundſtücks bildet, kein abgeſondertes Recht beſtehen kann, iſt, daß horizontale Abſchnitte des Gebäudes (Stockwerke) nicht im Eigentum eines anderen als des Grundeigentümers ſtehen können. Damit iſt das von der neueren preußiſchen Praxis ohnedies abgelehnte (ObTrib. Entſch. 79 S. 128), im franzöſiſchen Rechte (c. civ. Art. 664) ausdrücklich anerkannte Stockwerkseigentum ſowie das Kellereigentum (c. civ. Art. 553) ausgeſchloſſen. Die volkswirtſchaftlichen und geſetzgeberiſchen Gründe, die zur Ablehnung des Stockwerkseigentums nötigen, ſind in Mot. III S. 44 des näheren dargelegt. Dort wird geſagt: „Das Äußerſte, was die Reichsgeſetzgebung gegenüber den lokalen Bedürfniſſen tun kann, iſt, daß ſie deren Befriedigung in den Grenzen des Beſtandteilsbegriffs den beteiligten Bundesſtaaten überläßt." Hiermit in Übereinſtimmung iſt zunächſt durch Art. 131 EG. z. BGB. den Landesgeſetzgebungen überlaſſen, die Neubegründung des Stockwerkseigentums in der Form eines Miteigentums in der Weiſe zu geſtalten, daß jedem der Miteigentümer eines mit einem Gebäude verſehenen Grundſtücks die ausſchließliche Benutzung eines Teiles des Gebäudes eingeräumt, daß die Anwendung der §§ 749—751 BGB. ausgeſchloſſen und daß für den Fall des Konkurſes über das Vermögen des einen Miteigentümers dem Konkursverwalter das Recht verſagt wird, die Aufhebung der Gemeinſchaft zu verlangen (§ 16 Abſ. 2 Satz 1 KO.). Außerdem läßt Art. 182 EG. z. BGB. das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits beſtehende Stockwerkseigentum und die das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander beſtimmenden bisherigen Geſetze beſtehen. Unzuläſſig iſt es, das an einem vertikal abgeteilten Teile eines Hauſes nach früherem Rechte beſtehende Stockwerkseigentum nach dem 1. Januar 1900 auf den anderen bisher im Alleineigentum ſtehenden Teil des Hauſes zu erſtrecken (München Recht 1903 S. 41 Nr. 161). Unzuläſſig iſt ferner, durch Teilung beſtehenden Stockwerkseigentums neues zu ſchaffen (Stuttgart RJA. 6 S. 82).

Da nach BGB. § 1014 die Beſchränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbeſondere auf ein Stockwerk nicht zuläſſig iſt, kann nach dem 1. Januar 1900 Stockwerkseigentum nur in der im EG. z. BGB. Art. 131 zugelaſſenen Form des Miteigentums begründet werden (EG. z. BGB. Art. 189 Abſ. 1 Satz 3). Die Landesgeſetzgebung hat darüber zu beſtimmen, ob ein ſolches Stockwerkseigentum belaſtet werden kann.

Es bleibt ſonach das am 1. Januar 1900 bereits beſtehende Stockwerkseigentum in der bisherigen Form und Konſtruktion erhalten. Nach der feſtſtehenden rheiniſchen Rechtſprechung (Rhein. A. 90 Abt. I S. 237, Bd. 91 Abt. I S. 71, JW. 1894 S. 95 Nr. 52) beſteht die Eigentümlichkeit dieſes Eigentums darin, daß die einzelnen Stockwerke eines Gebäudes im Alleineigentum verſchiedener Perſonen ſtehen, während die dem Gebäude als Grundlage dienende Bodenfläche das gemeinſchaftliche Eigentum der einzelnen Stockwerkseigentümer iſt, daß wegen dieſes Miteigentums eine Teilung der Bodenfläche nicht erzwungen werden kann und daß das Alleineigentum an den einzelnen Stockwerken ſich von der gemeinſchaftlichen Grundfläche nicht trennen läßt. In dem rhein. G. v. 12. April 1888 (GS. S. 52) wird das Stockwerkseigentum ebenſowenig behandelt, wie in den preuß. Geſetzen v. 5. Mai 1872. Nach rheiniſcher Rechtsauffaſſung iſt das Stockwerk, falls an ihm ein beſonderes Eigentum beſteht, als ſelbſtändiges Grundſtück zu behandeln, wie es auch einer beſonderen Darſtellung in den Grundbüchern unterliegt. In welcher Weiſe die grundbuchmäßige Darſtellung erfolgt, intereſſiert an dieſer Stelle nicht. Es genügt die Feſtſtellung, daß das Stockwerkseigentum der grundbuchmäßigen Belaſtung trotz c. civ. Art. 883 und Geſ. v. 12. April 1888 § 9 zugänglich iſt (Rhein. A. 91 Abt. I S. 72 f.) Demnach iſt das Stockwerkseigentum auch in dieſer Geſtaltung kein Beſtandteil, insbeſondere kein weſentlicher Beſtandteil eines Grundſtücks. Sind für mehrere Stockwerke eines Grundſtücks verſchiedene Grundbuchblätter unter der Herrſchaft des bisherigen Rechtes angelegt, ſo bleiben dieſe als beſondere Grundbuchobjekte beſtehen (vgl. Prot. VI 526, 530).

Das nach Art. 131 EG. auch nach Inkrafttreten des BGB. zulässige Miteigentumsverhältnis ist auf einem Grundbuchblatte darzustellen. Besondere Bestimmungen über das bestehende Stockwerkseigentum sind in Bayern (G. v. 9. Juni 1899 Art. 42) und im Großherzogtum Hessen (G. v. 17. Juli 1899 Art. 216—219) getroffen.

Die Teilbarkeit der Gebäude in vertikaler Richtung bleibt bestehen. Demnach können vertikal geschiedene Teile eines Gebäudes im Sondereigentum verschiedener Personen stehen.

Das Kellereigentum des französ. Rechtes (c. civ. Art. 553), dessen Konstruktion übrigens schwierig und nicht feststehend ist (vgl. Rhein. A. 83 Abt. 1 S. 247, RG. E. 24 S. 340), hat das BGB. nicht übernommen (EG. z. BGB. Art. 181); auch ist in dem EG. dazu dieserhalb kein Vorbehalt gemacht. Als Bestandteil eines Grundstücks wird ein solcher Keller nicht angesehen werden können, vielmehr wird nach Inkrafttreten des BGB. das Recht, einen solchen Keller unter einem fremden Grundstück zu haben, als ein Recht an einem fremden Grundstücke, und zwar als Dienstbarkeit aufgefaßt werden müssen. wenn nicht im Einzelfalle die Voraussetzungen eines Erbbaurechts (BGB. § 1012) vorliegen (Darmstadt im Recht 1902 S. 373 Nr. 1789 und RG. E. 56 S. 258).

5. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören dessen Erzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Der Begriff der Erzeugnisse ist enger als der der Früchte. Erzeugnis ist nur das, was dem unzubereiteten Boden von Natur entsprießt oder dem zubereiteten durch Besäen und Bepflanzen abgewonnen wird, während zu den Früchten auch die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird, gehört (BGB. § 99). § 94 Abs. 1 handelt nur von den sog. organischen Erzeugnissen, von den natürlichen Früchten im engeren Sinne, zu denen nach der Begriffsbestimmung im § 99 auch Bäume zu rechnen sind. Diese Erzeugnisse sind regelmäßig dazu bestimmt, vom Boden getrennt und nach der Trennung als selbstständige Sachen verwertet zu werden. Das BGB. läßt an den Erzeugnissen, solange sie mit dem Boden zusammenhängen, besondere Rechte nicht zu (§§ 93, 94 Abs. 1). Es folgt dabei dem römischen Rechte, mit dem das französ. Recht (c. civ. Art. 520) im Einklange steht, während das PALR. (I 9 §§ 229, 275) in Anlehnung an das frühere deutsche Recht vorschreibt: „Die Früchte einer Sache sind gleich bei ihrem Entstehen das Eigentum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat." Das BGB. lehnt in den §§ 953—957 ein solches Sondereigentum an nicht getrennten Erzeugnissen ausdrücklich ab, freilich unter Aufrechterhaltung des zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. an Erzeugnissen eines Grundstücks, insbesondere an Bäumen bestehenden Sondereigentums (EG. Art. 181 Abs. 2). Ein solches Sondereigentum besteht im Gebiete des französ. Rechtes an Bäumen und im Gebiete des PALR. an wild aufgewachsenem Holze (Prot. VI 518). Die Bestimmung des § 94 Abs. 1 (I. Entw. § 784) wurde in der 2. Komm. angefochten. Es wurde beantragt, entweder eine Bestimmung zu treffen, wonach das Recht an einer Sache im Zweifel auch die mit ihr zusammenhängenden Früchte umfasse, oder die Erzeugnisse (sowie Samen und Pflanzen) für unwesentliche Bestandteile zu erklären. Diese Anträge wurden jedoch auf Grund folgender Erwägungen abgelehnt: Nach der natürlichen Auffassung seien werdende Früchte wirtschaftlich keine selbständigen Sachen, da sie zur Erreichung ihrer wirtschaftlichen Bestimmung erst zur Reife gelangen und zu diesem Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden bleiben müßten. Freilich bestehe ein Verkehrsbedürfnis dahin, dem Nutzungsberechtigten die Veräußerung und Verpfändung der Früchte schon vor der Trennung zu ermöglichen. Diesem Bedürfnisse könne aber genügt werden, ohne der natürlichen Auffassung entgegen ein Sondereigentum an solchen Früchten anzuerkennen, und dies geschehe in den §§ 956 Abs. 1, 957 BGB., die in der Überlassung der Inhabung der fruchttragenden Sache das Mittel zur dinglichen Sicherung derjenigen böten, denen Früchte vor ihrer Trennung verkauft oder verpfändet werden. Insbesondere wurde es abgelehnt, der Praxis der preußischen Gerichte zu folgen und Eigentum an stehenden Bäumen auch ohne Übergabe

des Grundſtücks durch Anſchlag mit dem Forſthammer oder durch Anbringung ſonſtiger Zeichen übergehen zu laſſen. Die im § 810 ZPO. enthaltene Ausnahme (vgl. Anm. 3 S. 19) nötigen nicht zum Aufgeben der Regel (Küntzel in Gruch. 41 S. 137—139, Prot. III S. 7). Nach ZPO. § 810 entſteht das Pfandrecht unmittelbar mit der Pfändung und nicht etwa erſt mit der Trennung der Früchte vom Grund und Boden. Iſt das Grundſtück im Beſitz eines Pächters oder eines anderen Bezugsberechtigten, ſo iſt eine Pfändung der ſtehenden und hängenden Früchte gegen den Eigentümer nach §§ 808, 809 ZPO. ohne Einwilligung des Bezugsberechtigten nicht möglich. Der Pfändung gegen den Bezugsberechtigten kann der Eigentümer des Grundſtücks auf Grund des § 771 ZPO. nicht mit Erfolg widerſprechen, da ihm vom pfändenden Gläubiger der Einwand entgegengeſtellt werden kann, den der Bezugsberechtigte gegen den Eigentümer hat, der ihn im Beziehen der Früchte hindert (RG. E. 18 S. 367).

Die Beſtimmung, daß der Samen ſchon mit dem Ausſäen (weſentlicher) Beſtandteil des Bodens wird, ſtimmt mit dem PALR. I 9 § 275 überein. Ein Antrag, für ſeltene Samenkörner eine Ausnahme zu machen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt, weil die Rückſicht auf ſo ſeltene Fälle nicht geeignet ſei, das an ſich richtige Prinzip aufzugeben, weil ferner, wenn der Eigentümer des ſeltenen Samens, nachdem dieſer Wurzeln gefaßt hat, ſich mit dem Entſchädigungsanſpruche begnügen müſſe, es als keine Unbilligkeit angeſehen werden könne, wenn dieſe Rechtswirkung ſchon an das Ausſäen geknüpft werde, und weil die beantragte Regelung zu den größten Verwickelungen und zu unangemeſſenen Ergebniſſen führen würde (Küntzel in Gruch. 41 S. 139). Die vom BGB. getroffene Beſtimmung iſt damit gerechtfertigt, daß die Ausſonderung der ausgeſäten Körner aus dem Boden meiſt unausführbar oder doch mit unverhältnismäßigen Koſten verknüpft ſein würde (Mot III S. 46, Prot. III S. 8; RG. E. 51 S. 81).

Die Vorſchrift, daß eine Pflanze ſchon mit dem Einpflanzen weſentlicher Beſtandteil des Grundſtücks wird, weicht vom I. Entwurf und vom bisher geltenden Rechte (vgl. PALR. I 9 § 275) ab, wonach angenommen wurde, daß eine Pflanze nicht ſchon dadurch, daß ſie in den Boden geſteckt wird, ſondern erſt dadurch ihre Selbſtändigkeit verliere, daß ſie in dem Boden Wurzel faßt. Die 2. Komm. hat dieſe Abweichung vom geltenden Rechte aus Zweckmäßigkeitsgründen beſchloſſen. Für die Entſcheidung der Frage, ob eine Pflanze Wurzel gefaßt habe, fehle es an jedem äußeren Anhalte. Mache man die Beſtandteilseigenſchaften vom Anwurzeln abhängig, ſo entſtehe die Gefahr, daß Pflanzen, von denen man irrig annimmt, daß ſie noch nicht Wurzel gefaßt haben, auf Grund des an ihnen fortbeſtehenden Sonderrechts aus dem Boden herausgenommen und dadurch zerſtört werden. (Küntzel a. a. O. S. 139, Prot. III S. 8).

Samen und Pflanzen treten auch dann mit dem Einſäen und Einpflanzen in die hypothekariſche Haftung ein, wenn das Säen und Pflanzen während des Konkurſes des Grundeigentümers — gleichviel durch wen — bewirkt wird (RG. E. 53 S. 350).

Daß Früchte eines auf dem Grundſtücke ſtehenden Baumes direkt zu den Erzeugniſſen des Grundſtücks gehören, bedarf nur mit Rückſicht auf eine in der Literatur hervorgetretene abweichende Meinung der Erwähnung. In Betracht kommt die Vorſchrift des BGB. § 911, wonach Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein — nicht dem öffentlichen Gebrauche dienendes — Nachbargrundſtück hinüberfallen, als Früchte dieſes Grundſtücks gelten.

6. Durch die bloße Tatſache der beabſichtigten oder zufälligen Trennung ſcheiden Erzeugniſſe und ſonſtige Beſtandteile (weſentliche, wie unweſentliche) aus dem Eigentume des Grundſtückseigentümers nicht aus (BGB. § 953). Aus dem Begriffe des dinglichen Rechtes ergibt ſich, daß eine körperliche Zerteilung der Sache am Rechtsbeſtande nichts ändert, ſondern daß das am Ganzen begründete Recht (Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch ꝛc.) in der Regel an den Teilen fortbeſteht, auch wenn ſie von dem Grundſtücke getrennt ſind und nicht mehr den Normen des Liegenſchaftsrechts unterliegen (Mot III S. 363). Eine

Ausnahme macht der schon erwähnte § 911 BGB. bezüglich der auf ein privates Nachbargrundstück hinüberfallenden Früchte.

Anders liegt die Sache, wenn ein anderer das Recht hat, sich die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile eines Grundstücks anzueignen. Es kommen folgende Fälle in Betracht:

a. Wer ein dingliches, im BGB. oder in dem nach Art. 59, 63, 67, 68, 196, 197 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Landesrechte geregeltes Nutzungsrecht hat, erwirbt das Eigentum an den seinem Nutzungsrecht unterliegenden Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen des Grundstücks der Regel nach mit der Trennung (BGB. § 954), auch mit der zufälligen (z. B. durch Windbruch).

b. Mit demselben Ereignisse vollzieht sich der Eigentumserwerb des mittelbaren, oder unmittelbaren (Prot. III S. 248) Eigenbesitzers und des ihm gleich Gestellten, der das Grundstück zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihm besitzt (BGB. § 955 Abs. 1, 2), an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten des Grundstücks (BGB. § 99) gehörenden Bestandteilen. Dem Besitzer wird demnach vom BGB. eine ähnliche Eigentumsstellung in Ansehung der getrennten Früchte zugewiesen, wie solche der französische Satz „possession vaut titre“ in Ansehung beweglicher Sachen allgemein gewährt (Mot. III S. 365).

c. Wer infolge der Gestattung des Eigentümers oder eines anderen, dem die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile nach der Trennung gehören (BGB. §§ 953—955), ein nur persönliches (obligatorisches) Recht zur Aneignung hat, erwirbt das Eigentum, wenn ihm der Besitz des Grundstücks überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung (§ 956).

d. Dies gilt auch dann, wenn der, welcher die Aneignung gestattet, hierzu nicht berechtigt ist (BGB. § 957).

In den Fällen zu b tritt der Eigentumserwerb jedoch nur dann ein, wenn der Eigenbesitzer oder der nutzungsberechtigte Besitzer beim Erwerbe seines Besitzes in Ansehung seines Rechtes zum Besitz und des Rechtes eines anderen zum Fruchtbezug (Prot. III S. 249) in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel nicht erfährt (§ 955 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2), und in den Fällen zu d, wenn der, welchem die Aneignung von einem Unberechtigten (dazu gehört z. B. der gutgläubige Besitzer des Grundstücks in Ansehung der nicht zu den Früchten gehörenden Bestandteile, § 955 Abs. 1) gestattet ist, falls ihm der Besitz des Grundstücks überlassen wird, bei der Überlassung, andernfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile in gutem Glauben ist oder (in den beiden letzten Fällen) vor der Trennung den Rechtsmangel nicht erfährt (§§ 957, 956). Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so scheidet der Bösgläubige aus und das Eigentum wird dem erworben, der ohne sein Dazwischentreten Eigentümer geworden wäre. Eine Modifikation macht jedoch § 955 Abs. 2 dahin, daß das Recht des die Sache in Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechts Besitzenden die Rechte des mittelbaren Eigenbesitzers auf die Erzeugnisse und die sonstigen, zu den Früchten des Grundstücks gehörenden Bestandteile vorgeht, so daß jener die Früchte auch dann mit der Trennung erwirbt, wenn der mittelbare Eigenbesitzer von dem Nutzungsrecht und dem Besitze des Nutzungsberechtigten keine Kenntnis hat (Prot. III S. 249).

Daß das dingliche Aneignungsrecht (§§ 954, 955) von einem Wechsel im Eigentum am Grundstücke nicht berührt wird, folgt aus der Natur des dinglichen Rechtes; das persönliche Aneignungsrecht (§ 956) erhält durch Einräumung des Besitzes an dem Grundstücke Wirksamkeit auch gegen den neuen Erwerber des Grundstücks, da dieser nach §§ 581 Abs. 2, 571 BGB., sowie nach ZVG. § 57 in die aus dem Pachtverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt. Für den Fall der Zwangsversteigerung des Grundstücks ist der Pächter durch ZVG. § 21 Abs. 3 geschützt, wonach im Verhältnisse zu seinem Rechte auf den Fruchtgenuß die Beschlagnahme überhaupt, also auch für die Zeit, während der die dem Pächter zufallenden Früchte noch mit dem Boden verbunden sind, ohne Wirkung ist (D. z. ZVG. S. 63).

7. Nach der Trennung können Erzeugniſſe und ſonſtige Beſtandteile eines Grundſtücks der Regel nach (eine Ausnahme beſtimmt § 14 KO.) Gegenſtand beſonderer Rechte ſein, weil ſie die Eigenſchaft weſentlicher Beſtandteile verloren haben; doch wirkt ihr Urſprung noch in einigen Beziehungen nach. So ſind nach § 865 Abſ. 2 Satz 1 ZPO. getrennte Früchte, ſoweit ſie Zubehör ſind (BGB. § 98 Nr. 2), der Fahrnispfändung entzogen. So erſtreckt ſich ferner die Hypothek, die Grundſchuld und die Rentenſchuld auf die von dem Grundſtücke getrennten Erzeugniſſe und ſonſtigen Beſtandteile, ſoweit ſie nicht mit der Trennung nach den §§ 954—957 BGB. in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder Eigenbeſitzers des Grundſtücks gelangt ſind. Erſt mit der Veräußerung und Entfernung vom Grundſtück (im Falle des § 1122 Abſ. 1 BGB. auch ohne Veräußerung) ſcheiden ſie aus der Pfandhaftung aus und auch dies nur dann, wenn ſie nicht zuvor zugunſten des Hypotheken-, Grundſchuld- oder Rentenſchuldgläubigers in Beſchlag genommen ſind oder wenn der Erwerber in Anſehung einer vor der Entfernung erfolgten Beſchlagnahme in gutem Glauben iſt (BGB. §§ 1120, 1121. Vgl. übrigens zu § 97 S. 33). So verſteht es ſich endlich für das an einem Grundſtücke beſtehende Recht, vermöge deſſen die Erzeugniſſe und ſonſtigen Beſtandteile mit der Trennung in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder Eigenbeſitzers eines Grundſtücks gelangen (BGB. § 954), insbeſondere für den Nießbrauch, nach BGB. § 1120 von ſelbſt, daß eine Hypothek, Grundſchuld oder Rentenſchuld, die jenem Rechte im Range vorgeht (BGB. § 879, GBO. § 46), ſich auf die betreffenden Erzeugniſſe und ſonſtigen Beſtandteile trotz der erfolgten Trennung erſtreckt (Mot. III S. 654.), D. z. ZVG. S. 63; a. M. nur Planck Nr. 3 b zu § 1120). Die gleiche Wirkung hat auch die Beſchlagnahme, wenn das Recht, auf Grund deſſen der Gläubiger die Zwangsverſteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundſtücks betreibt, dem Rechte des Nießbrauchers im Range vorgeht (D. z. ZVG. S. 63). Aus dem ZVG. §§ 21 Abſ. 3, 57, 148 ergibt ſich, daß die ſtehenden und hängenden ſowie die getrennten Früchte, auf deren Genuß der Pächter ein — wenngleich nur obligatoriſches — Recht hat, für die Hypothek, Grundſchuld und Rentenſchuld nicht haften; denn wenn dieſes Recht von der in Verwirklichung des Hypothekenrechts erfolgenden Zwangsverſteigerung nicht berührt wird, ſo kann überhaupt nicht davon die Rede ſein, daß die dem Pächter gebührenden Früchte den Realgläubigern, ſelbſt wenn deren Rechte älter ſind als die des Pächters, haften. Der Grund dafür, daß hier das perſönliche Bezugsrecht ſtärkere Wirkungen hat als das dingliche, z. B. des Nießbrauchers, liegt darin, daß den Realgläubigern an Stelle der Früchte die Pachtzinsforderung haftet (BGB. § 1123; Mot. III S. 653). Freilich bleiben die Früchte bis zu ihrer Trennung im Eigentume des Grundeigentümers und daher geht das Eigentum an ihnen auch auf den Erſteher über; aber die Hypothekengläubiger können die ſtehenden und hängenden Früchte weder wirkſam pfänden (§§ 771, 808, 809 ZPO.), noch auch der Pfändung wegen einer Schuld des Pächters widerſprechen, noch auch Anſpruch auf den Erlös erheben, da die Früchte erſt nach der Trennung veräußert werden können, in dieſem Zeitpunkt aber nach § 1120 BGB. ein Recht der Hypothekengläubiger an ihnen keinenfalls beſteht (Prot. VI 390 f.).

8. Die Abtrennung eines Flächenabſchnitts vom Grundſtück iſt für die zur Zeit der Abtrennung und Abſchreibung an dem Grundſtücke beſtehenden Hypotheken bedeutungslos. Der Flächenabſchnitt haftet auch in ſeiner neuen Selbſtändigkeit für die im Grundbuche des Hauptgrundſtücks eingetragenen Hypotheken ꝛc. Dieſe müſſen jedoch auf das neue Blatt des Trenngrundſtücks mit übertragen werden, widrigenfalls der Gläubiger ſeines dinglichen Rechtes an dem Trennſtücke verluſtig gehen kann, jedoch nicht durch die Tatſache der Trennung, ſondern dadurch, daß über das Trennſtück zugunſten eines mit dem Beſtehen der Hypothek ꝛc. nicht bekannten Dritten verfügt wird (BGB. § 892, GBO. §§ 47 Abſ. 2, 49 Abſ. 1 Satz 2, Mot. III S. 56, 654, Denkſchr. z. GBO. S. 55—57). Daß das Trennſtück nach Anlegung des neuen Blattes Gegenſtand ſelbſtändiger Belaſtung ſein kann, ergibt ſich daraus, daß es früher nicht weſentlicher Beſtandteil war und infolge der durch die

Buchung erlangten Selbständigkeit die Bestandteilseigenschaft überhaupt verloren hat. Auch bezüglich der älteren, mitübertragenen Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden wird nicht Fortbestand der Bestandteilseigenschaft fingiert, sondern sie werden zu Gesamthypotheken ꝛc., d. h. zu Hypotheken, für die mehrere selbständige Grundstücke haften (BGB. § 1132 Abs. 1, Mot. III S. 668; Fuchs Anm. 1 zu § 1132, München in Recht 1903 S. 151).

9. In den §§ 99 Abs. 2, 1037 Abs. 2, 1038 Abs. 2, 2123 Abs. 2 BGB werden noch die Bodenbestandteile (Steine, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf u. dgl.) erwähnt. Sie sind unzweifelhaft Bestandteile des Grundstücks. Ob sie zu den wesentlichen Bestandteilen gehören, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Unter BGG. § 94 Abs. 1 fallen sie nicht, da sie nicht Erzeugnisse des Grundstücks (BGB. § 99 Abs. 1, 2) sind und auch nicht zu den mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen gehören. Die Verbindung, die § 94 erfordert, muß eine künstliche sein. Ob durch ihre Trennung eine Zerstörung oder wesentliche Veränderung (BGB. § 93) hervorgerufen wird, kann nur nach Lage des Einzelfalls beurteilt werden. Ist das Grundstück wirtschaftlich zur Austorfung ꝛc. bestimmt, so gehören die Bodenbestandteile zur Ausbeute, die nach § 99 Abs. 1 zu den Früchten einer Sache gerechnet wird. Andernfalls ist in jedem Einzelfalle zu untersuchen, ob durch die Ausbeutung die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks wesentlich verändert wird. Der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld haften nach §§ 1120, 1121 BGB. auch die getrennten Bodenbestandteile mit denselben Beschränkungen wie die Früchte (Anm. 5 S. 24).

10. Gebäude sind, wenn sie mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, wesentliche Bestandteile des Grundstücks. (Über den Begriff des Gebäudes vgl. ObTrib. E. 48 S. 240, OVG. E. 42 S. 42). Sie sind zusammengesetzte Sachen in höherem Maße, als sonstige Sachen (wie Zäune, Röhrenleitungen), die mit dem Boden verbunden zu werden pflegen. Daher ist es für nötig erachtet, im Gesetze zu entscheiden, was zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes und damit, falls das Gebäude mit dem Grund und Boden fest verbunden ist, zugleich zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks gehört. Nach § 94 Abs. 2 gehören dazu alle zur Herstellung des Gebäudes (nicht bloß zu vorübergehenden Zwecken § 95 Abs. 2) eingefügten Sachen; nicht etwa bloß die Baumaterialien. Feste Einfügung wird nicht verlangt (RG. JW. 1905 S. 387). „Der volkswirtschaftliche Grund, auf dem diese Vorschrift beruht, rechtfertigt deren Beziehung auf alle zur Herstellung des Gebäudes verwendeten und zu dessen dauernder Bildung als eines in sich vollendeten wirtschaftlichen Ganzen bestimmten Sachen" (Mot. III S. 44). Der Umfang dieser Sachen wird sehr verschieden sein je nach der Bestimmung des Gebäudes, nach den örtlichen Verhältnissen und nach den Anschauungen des Verkehrs über das Wesen des betreffenden Gebäudes (RG. JW. 1901 S. 362). Türen und Fenster mit ihren Beschlägen und Riegeln ꝛc. (vgl. RG. JW. 1897 S. 100 Nr 67), sowie Jalousien (Dresden Rsp. 6 S. 215) sind, sofern sie dem Lieferanten schon abgenommen und eingehängt sind (vgl. RG. JW. 1897 S. 483 Nr. 73), unzweifelhaft überall Bestandteile jedes Gebäudes. Ebenso Schlüssel, die in eingehängte Türen eingefügt sind (a. M. Planck Nr. 6 zu § 94). Öfen werden dagegen, selbst wenn sie fest eingefügt sind, nicht überall und unter allen Umständen zur Herstellung selbst eines Wohngebäudes für erforderlich erachtet (z. B. nicht in Teilen der Rheinprovinz und Westfalens), und es wird daher im Einzelfalle zu prüfen sein, ob sie zu dauerndem Zwecke und zur Herstellung des Gebäudes eingefügt sind, während im allgemeinen sich diese Prüfung erübrigen wird. Maschinen, die zur Herstellung eines zu einem bestimmten Fabrikbetrieb errichteten Gebäudes eingefügt sind, sind wesentliche Bestandteile des Gebäudes (RG. E. 2 S. 251, Bd. 50 S. 241, JW. 1903 Beil. S. 119 Nr. 262, 1904 S. 89 Nr. 6). Es kommt darauf an, ob das Gebäude durch die Einfügung der Maschine den Charakter einer bestimmten Fabrik erhalten hat. Entscheidend ist, ob das Gebäude, nicht ob das Ganze, d. h. die Fabrik, durch die Wegnahme der Maschine eine Wesensänderung erleiden würde (RG. Gruch. 48 S. 865). Vgl. S. 18. Das in eine Schneidemühle eingefügte Vollgatter ist wesentlicher Bestandteil des Mühlengebäudes und wird daher mit der Einführung

Eigentum des Eigentümers des Mühlengrundstücks (RG. JW. 1904 S. 138 Nr. 2). Wesentlicher Bestandteil eines zur Malzfabrik eingerichteten Gebäudes ist die Darre mit den zum Dörren des Malzes erforderlichen Vorrichtungen (München im Recht 1904 S. 385). Vgl. Anm. 2 zu § 98. Werden in ein Wohnhaus Maschinen eingebracht (z. B. zum Betrieb einer kleinen Druckerei), so erhält das Gebäude dadurch nicht das Gepräge einer Fabrik, und zwar selbst dann nicht, wenn die Maschinen nur unter Verbreiterung der Türe ꝛc. in das Haus geschafft werden konnten (RG. V. 369. 04). Die in ein herrschaftliches Wohnhaus in Großstädten eingefügten Gas-, Wasser- und elektrischen Anlagen sowie Badeeinrichtungen gelten als zur Herstellung des Hauses eingefügt und sind daher dessen wesentliche Bestandteile (RG. E. 36 S. 261, Gruch. 37 S. 962, Bd. 45 S. 1006, JW. 1901 S. 362). OVG. E. 45 S. 62). Dagegen sind die einem Badeanstaltsgebäude eingefügten elektrischen Beleuchtungsanlagen der Regel nach nicht als „zur Herstellung" dieses Gebäudes eingefügt, also nicht als wesentliche Bestandteile anzusehen (RG. E. 36 S. S. 261). Die Möglichkeit des Ersatzes durch andere Maschinen und Anlagen kommt bei der Frage nach der wesentlichen Bestandteilseigenschaft nicht in Betracht (RG. E. 58 S. 336). Daß die Sachen bei der Erbauung des Gebäudes eingefügt sind, wird nicht erfordert; auch später eingefügte Sachen sind als zur Herstellung eingefügt anzusehen, wenn sie bestimmt sind, das Gebäude dauernd zu ergänzen oder zu vervollkommnen (vgl. RG. E 9. S. 171, Bd 26 S. 347) oder einem anderen wirtschaftlichen Zwecke dienstbar zu machen. Ob Einfügung vorliegt, ist Tatfrage. Das bloße Aufstellen einer Akkumulatorenbatterie in einem Gebäude ist kein Einfügen, sondern es ist dazu Verbindung der Zellen mit dem Gebäude erforderlich (RG. E. 56 S. 288).

Bei der Frage, ob eine Sache zur Herstellung eingefügt ist, kommt es nicht darauf an, ob die Sache ihrem Werte nach den Zwecken des Gebäudes entspricht, oder ob eine minder wertvolle Sache dieselben Dienste geleistet haben würde, sondern nur darauf, ob sie zur Herstellung dienen kann und soll. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheinen manche der oben mitgeteilten Urteile des RG. nicht bedenkenfrei. Insbesondere lassen sich auch gegen die Annahme, daß nur die in ein zu einem bestimmten Fabrikbetrieb eingerichtetes Gebäude eingefügten Maschinen, durch deren Einfügung dem Gebäude erst ein bestimmtes Gepräge gegeben wird, die Eigenschaft wesentlicher Bestandteile haben, Bedenken erheben. Die treibende Kraft, die Beleuchtungsanlage sind zweifellos für jedes Fabrikgebäude wesentlich und, wenn eingefügt, zur Herstellung eingefügt. Dennoch geben sie dem Gebäude nicht das Gepräge einer bestimmten Fabrik. Man wird wohl sagen müssen, daß wesentliche Bestandteile eines Fabrikgebäudes alle eingefügten Sachen sind, die zu jedem Fabrikbetrieb oder zu dem bestimmten Betriebe gehören. In einigen Teilen Sachsens ist es üblich, daß Gebäude mit Betriebskraft und Beleuchtungsanlage zur Aufnahme bestimmter Maschinen (Schiffchenstickmaschinen) hergestellt werden und daß dann erst die Mieter die Stickmaschinen mitbringen und einfügen. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die vom Eigentümer eingefügten Kraft- und Beleuchtungsanlagen wesentliche Bestandteile solcher Gebäude sind. Die von den Mietern eingefügten Stickmaschinen sind überhaupt nicht Bestandteile des Gebäudes (§ 95). Nach der in jenen Gegenden herrschenden Verkehrsanschauung werden die Stickmaschinen, auch wenn sie der Eigentümer eingefügt hat, nicht als zur Herstellung eingefügt angesehen, sofern ein Teil des Gebäudes vermietet ist und die Mieter in diesem Teile die Fabrikation mit eigenen Stickmaschinen betreiben. Das RG. (V. 621. 04) hat die Erheblichkeit dieser Verkehrsanschauung anerkannt. Völlig verfehlt sind die in einem Urteile des OLG. Dresden enthaltenen Erwägungen, daß das Fabrikgebäude sich zu einem Wohnhaus umbauen lasse, daß nach baulichen Änderungen auch andersartige Maschinen mit dem Gebäude in Verbindung gebracht werden könnten und daß in dem Gebäude auch ein anderer Betrieb mit lose aufgestellten Maschinen geführt werden könne.

11. Werden fremde bewegliche Sachen (auch Samen und Pflanzen), gleichgiltig von wem und ob in gutem oder bösem Glauben, mit dem Grund und Boden eines Grundstücks

in feste und dauernde Verbindung gebracht oder einem Gebäude dauernd eingefügt, so geht, wie nach c. civ. Art 554 und nach PALR I 9 § 334, das früher an ihnen begründet gewesene Eigentum oder sonstige dingliche Recht (BGB. § 946 Satz 1) unter. Das Eigentum am Grundstück erstreckt sich dann auch auf diese Sachen (BGB. § 946). Gegen diese Rechtskonsequenz schützt ein Eigentumsvorbehalt nicht (RG. E. 26 S. 346, JW. 1897 S. 100 Nr. 67, 1899 S. 679 Nr. 22, 1901 S. 522 Nr. 13, 1902 Beil. zu Nr. 29 S. 219, 1904 S. 138 Nr. 2, S. 548, V. 80. 1904, Gruch. 45 S. 1006); auch lebt das frühere Eigentum nach der Trennung an sich nicht wieder auf. Damit ist aber der Frage nicht vorgegriffen, ob nicht unter Umständen die Verbindung als eine dem Eigentümer des Grundstücks zur Last fallende unerlaubte und deshalb zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtende Handlung (BGB. §§ 249—251) erscheint (Mot. III S. 359). Im übrigen hat der durch die Rechtsänderung Beschädigte regelmäßig einen Anspruch auf Geldentschädigung (BGB §§ 951 Abs. 1, 946). Der Fall der Verbindung beweglicher Sachen miteinander ist anders geregelt in den §§ 947 ff.

12. Der Entw. I. (§ 786) rechnete zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks noch den Erdkörper, der durch Naturgewalt von einem anderen Grundstücke losgerissen und mit jenem vereinigt ist. Die 2. Komm. hat diese Bestimmung gestrichen wegen des im EG. z. BGB. Art. 65 für die Landesgesetze gemachten Vorbehalts und wegen Mangels eines praktischen Bedürfnisses (Küntzel in Gruch. 41 S. 143 u. die Vorbemerk. III 2 a b c zu Buch III Abschn. 3 Titel 2).

13. Wie schon in Anm. 5 S. 24 bemerkt wurde, ist Wiederabtrennung der verbundenen Sache statthaft. Soweit dem früheren Eigentümer der verbundenen Sache deren Wegnahme und Aneignung gestattet ist (BGB. §§ 547 Abs. 2, 997 Abs. 1 in Verb. mit §§ 258, 994), kehrt die Sache mit der Wegnahme und Aneignung in sein Eigentum zurück. Besteht ein solches Recht des früheren Eigentümers nicht, wohl aber die Pflicht des gegenwärtigen Eigentümers zur Wiederherstellung des früheren Zustandes (§§ 951, 249, 251, 823 ff.), so erlangt der frühere Eigentümer das Eigentum nicht durch die bloße Lösung der Verbindung, sondern es muß Eigentumsübertragung hinzutreten, die gegen den zur Wiederherstellung Verpflichteten erzwungen werden kann.

14. Seit dem Inkrafttreten des BGB. sind dessen Vorschriften für die Frage, ob eine Sache wesentlicher Bestandteil einer anderen ist und welche Rechtsfolgen mit einer solchen Eigenschaft einer Sache verknüpft sind, auch dann maßgebend, wenn die Verbindung der Sachen schon vor jenem Zeitpunkte bewirkt ist (RG. JW. 1904 S. 89 Nr. 6).

BGB. § 95. Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder anderen Werke, das in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist.

Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Gebäudes.

1. Im § 785 des Entw. I. lautete die Vorschrift: „Als Bestandteile eines Grundstücks gelten nicht solche Sachen, insbesondere Gebäude, deren Verbindung mit dem Grundstücke von einem anderen als dem Eigentümer des Grundstücks nur zu einem vorübergehenden Zwecke befugter Weise bewirkt ist, oder die in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstücke von dem Berechtigten in seinem Interesse mit dem Grundstücke verbunden sind." Die sachlichen Änderungen, die die 2. Komm. vorgenommen hat, springen in die Augen. Nach § 95 Abs. 1 ist es gleichgiltig, ob der Eigentümer oder ein anderer die Verbindung vorgenommen hat und ob der andere dabei befugt oder unbefugt gehandelt hat (Prot. III. S. 11). Insofern geht das BGB. weiter als der Entw. I.; dagegen enthält es gegen diesen eine Beschränkung insoweit, als es im Satz 2 durch die Worte: „Gebäude oder andere Werke" die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück angelegten Pflanzungen ausschließt, die von der allgemeinen Fassung des § 785 Entw. I. mit umfaßt wurden

(Rehbein BR. 1 S. 84 will diese Ausschließung nicht gelten lassen. Gegen ihn Gierke SR S. 46). Abs. 2 des § 95 entspricht dem § 783 Abs. 2 Entw. I.

2. Der § 95 bezweckt, einerseits klarzustellen, daß an den zu einem nur vorübergehenden Zwecke verbundenen Sachen besondere Rechte bestehen können, also § 93 auf sie keine Anwendung findet, und andererseits die im § 94 objektiv zu weit erstreckte Begriffsbestimmung zu berichtigen. Die Bestandteilseigenschaft setzt nach natürlicher Auffassung eine dauernde Verbindung voraus. Deshalb ist die Unterscheidung, ob die Verbindung von dem Eigentümer oder von einem anderen (z. B. von dem Mieter oder Pächter) und ob sie von dem anderen mit oder ohne Befugnis vorgenommen ist, nicht maßgebend. Die objektiven Voraussetzungen des Bestandteilbegriffs fehlen regelmäßig auch dann, wenn die Verbindung zu einem vorübergehenden Zwecke von dem Eigentümer des Grundstücks ausgeht. So wird, wenn der Eigentümer eines Gartens dort bei einer festlichen Gelegenheit ein Schaugerüst errichtet, dieses nicht Bestandteil des Gartengrundstücks (vgl. RG. E. 13 S. 209). Ebensowenig Bauhütten (RG. E. 55 S. 281), Baugerüste, Ausstellungsgebäude. Eine in ein Fabrikgebäude zu vorübergehendem Zwecke eingefügte Lokomobile ist nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes (RG. JW. 1904 S. 336 Nr. 1). Den anderen, der eine vorübergehende Verbindung ohne Befugnis (vielleicht in der irrtümlichen Annahme einer solchen) bewirkt, deshalb des Eigentums an den verbundenen Sachen verlustig gehen zu lassen, entspricht nicht dem Rechtsgefühl. Einem in der 2. Komm. gestellten Antrage, die Anwendung des § 95 auf Erzeugnisse, Samen und Pflanzen auszuschließen, weil sonst die Aussaaten und die Pflanzungen des Pächters als nur zu einem vorübergehenden Zwecke bewirkte Verbindungen angesehen werden könnten und sonach nicht in das Eigentum des Grundeigentümers fallen würden, wurde nicht entsprochen mit der Begründung, daß der Pächter, der die Aussaat für die ganze Dauer ihrer Existenz mit dem Grundstücke verbindet, keine nur vorübergehende Verbindung bewirkt, und daß für nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgende Einpflanzungen, z. B. in Beete, die nur dazu dienen, Pflanzen so lange zu pflegen, bis sie verpflanzt werden können, der Anwendung des § 95 keine Bedenken entgegenstehen. Dagegen wurde dem Antragsteller darin beigestimmt, daß die Bestimmung in Abs. 1 Satz 2 auf Pflanzungen nicht passe, und daher die in Anm. 1 erwähnte Änderung vorgenommen (Küntzel in Gruch. 41 S. 140, Prot. III S. 11). Auch Zubehöreigenschaft haben solche Pflanzungen (z. B. Baumschulen) nicht, da sie nicht bestimmt sind, dem Gärtnereibetriebe zu dienen, sondern Ergebnisse des Betriebes sind.

Ob die Verbindung zu einem nur vorübergehenden Zwecke erfolgt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Dabei kommt es nicht wesentlich auf die Zeitdauer, für die die Verbindung beabsichtigt ist, sondern darauf an, ob der Wegfall der Verbindung von vornherein beabsichtigt (Hölder Nr. 1 zu § 95, Nr. 1 b zu § 97) oder nach der Natur des Zweckes sicher ist. Im Gegensatze dazu ist ein Zweck dauernd, für dessen Fortwirken ein Endpunkt begrifflich nicht besteht. Der Zweck des Bergbaubetriebes ist nach der Natur des Bergbaues vorübergehend (RG. V 608. 04, JW. 1905 S. 523 Nr. 2). Liegen sonst die Voraussetzungen der §§ 93, 94 vor, so muß der die Bestandteilseigenschaft Bestreitende beweisen, daß eine der Ausnahmen des § 95 begründet ist (RG. E. 47 S. 197).

Ein Gebäude oder ein anderes Werk (z. B. eine Gas-, Wasser-, Telegraphenleitung, die Geleise einer Pferdebahn), das in Ausübung des Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden ist, gehört nicht zu dessen Bestandteilen. Unter Rechten an Grundstücken sind nur dingliche Rechte (Erbbaurecht, Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, das Recht einen Überbau zu haben) zu verstehen, also nicht das persönliche Nutzungsrecht des Mieters oder Pächters, das schon durch Abs. 1 Satz 1 genügend gewahrt ist. (München im Recht 1904 S. 337). In allen diesen Fällen wird das Gebäude oder das andere Werk von dinglichen Verfügungen über das Grundstück nicht ergriffen; insbesondere haften die Gebäude des

Digitized by Google

Mieters und Pächters den Hypothekengläubigern nicht (RG. JW. 1887 S. 484 Nr. 36, 1892 S. 171 Nr. 54, 1894 S. 323 Nr. 94, 1899 S. 679 Nr. 22, Gruch. 33 S. 1070, Bd 34 S. 1109, Bd 35 S. 952). Rehbein (BR. S. 84) und Gierke SR. S. 46 wollen den Mieter und Pächter dem dinglich Berechtigten hier gleichstellen. Dagegen treten Gebäude, die ein Dritter für den Eigentümer aufführt, auch dann in die Haftung für die Hypothek ein, wenn der Dritte sich das Eigentum an ihnen bis zur Bezahlung der Baukosten vorbehalten hat (RG. E. 44 S. 288). Veräußert der dinglich Berechtigte oder der Mieter oder Pächter demnächst das ihm gehörige Gebäude an den Grundstückseigentümer, so wird das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und tritt in dessen hypothekarische Belastung ein (Fuchs 1 S. 15). Natürlich können Nießbraucher, Pächter ꝛc. die Verbindung auch dauernd herstellen (Planck Nr. 2 zu §95). Nach PALR. II. 11 §§ 170, 183, 185, 681 ist das Recht, auf einem Kirchhof ein Erbbegräbnis zu haben, ein dingliches Recht am Kirchhofsgrundstücke. Daher fallen die den Zwecken des Erbbegräbnisses dienenden baulichen Anlagen unter § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. (OVG. E. 42 S. 38). Sie stehen nicht im Immobiliareigentume der Kirchengemeinde, sondern im Mobiliareigentume der Berechtigten.

3. Die zu einem nur *vorübergehenden Zwecke* oder in Ausübung eines (dinglichen) Rechtes an einem fremden Grundstücke verbundenen, sowie die zu einem nur vorübergehenden Zwecke in ein Gebäude eingefügten Sachen *sind nicht nur nicht wesentliche, sondern überhaupt nicht Bestandteile des Grundstücks oder Gebäudes* (OVG. E. 42 S. 39). Ein Antrag, diesen Sachen nur die Eigenschaft *wesentlicher* Bestandteile abzusprechen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt. Es wurde erwogen, daß, wenn die GBO. die Eintragung von Angaben über die zum Grundstücke gehörenden Gebäude und sonstigen Anlagen vorschreibe oder zulasse, doch die im BGB. § 95 bezeichneten Gebäude und Anlagen nicht zur Eintragung gelangen würden. Auf das Grundbuch könne demnach der Erwerber nicht das Vertrauen stützen, daß diese Sachen von seinem Rechte mit ergriffen würden. Er sei daher unter allen Umständen darauf angewiesen, Erkundigungen über die Zugehörigkeit baulicher und sonstiger Anlagen zu dem Grundstück einzuziehen, und er werde sich darüber auch regelmäßig zuverlässige Kenntnis verschaffen können. Gegen die vom Antragsteller erstrebte Erstreckung des öffentlichen Glaubens spreche entscheidend das Interesse solcher Personen, denen an den im § 95 bezeichneten Sachen ein Sonderrecht zusteht, insbesondere das des Pächters und Mieters. Diese würden in die übelste Lage kommen, da sie nur selten von bevorstehenden Verfügungen über das Grundstück Kenntnis hätten und ihnen somit die Möglichkeit fehlen würde, ihre Rechte — etwa durch Eintragung einer Vormerkung — zu sichern. Der Pächter und Mieter werde auch durch den Eintritt des Grundstückserwerbs in die Verpflichtungen des Veräußerers nicht hinreichend geschützt, da er hierdurch nur ein obligatorisches Recht erlange, das im Konkurse des Erwerbers versage (Küntzel in Gruch. 41 S. 142, 143, Prot. III S. 11).

Danach bestehen an den im § 95 bezeichneten Sachen die an ihnen vor oder nach der Verbindung begründeten Sonderrechte selbst dann fort, wenn jene im Grundbuch als Bestandteile eingetragen sein sollten. Sie gehen beim Wechsel im Eigentum an dem Grundstück auf den neuen Eigentümer nicht mit über; sie werden von dem Rechte der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger nicht betroffen; Pächter und Nießbraucher behalten im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks das Eigentum an den zu nur vorübergehendem Zwecke bezw. in Ausübung eines Rechtes von ihnen errichteten Gebäuden. Die vom Erbbauberechtigten in Ausübung seines Rechtes (BGB. § 1012) erbauten Gebäude fallen unter § 95 Abs. 1 Satz 2.

4. Das ohne Recht, wenn auch auf Grund eines vermeintlichen Rechtes, und nicht zu einem nur vorübergehenden Zwecke auf einem fremden Grundstück errichtete Gebäude ist wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks steht also im Eigentume des Grundeigentümers (RG. JW. 1904 S. 139). Ein gesondertes *Immobiliareigentum* an Gebäuden ist, abgesehen vom Stockwerkseigentume, nach heutigem Rechte (EG. z. BGB. Art 181) über-

haupt nicht mehr möglich. Gebäude, die nach § 95 Abs. 1 BGB. nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören, sind Gegenstand des Mobiliareigentums (RG. JW. 1903 Beil. S. 90, E. 55 S. 281). Sie unterliegen der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen (KG. Rsp. 2 S. 354) und werden nur als Mobilien verstempelt (RG. E. 59 S. 20). Gierke SR. S. 11 bezeichnet diese Rechtsprechung als unrichtig. Seiner Ansicht nach sind solche Gebäude unbewegliche Sachen, auf die aber die Vorschriften über bewegliche Sachen anzuwenden seien. Für die Praxis ist diese Abweichung jedenfalls unerheblich. (Vgl. jedoch wegen des Überbaues Anm. B 1 g zu § 1120 BGB.).

BGB. § 96. Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks.

1. Die hier in Frage kommenden, dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehenden Rechte sind teils öffentlich-rechtlicher Natur, wie das Patronatrecht, das Recht auf Sitz und Stimme in einer politischen Körperschaft, die gutsherrliche Polizei, teils gehören sie dem Privatrecht an, nämlich das dingliche Vorkaufsrecht (BGB. § 1094 Abs. 2), die Grunddienstbarkeiten (BGB. § 1018) und die Reallasten, soweit sie zugunsten des jeweiligen Besitzers eines Grundstücks bestellt sind (BGB. § 1105 Abs. 2), sowie die Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912 ff., 917, 918) und der Hilfsbau (§ 60 Abs. 3 des PBergg.) Daß Miet- und Pachtzinsforderungen sowie die Forderungen gegen den Versicherer nicht hierher gehören (Fuchs S. 16), bedarf kaum der Erwähnung.

2. Solche Rechte *sind* nicht Bestandteile und *gehören* nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks, sondern sie *gelten* nur als solche. Der Bestandteilsbegriff paßt auf sie ebensowenig, wie der Zubehörbegriff (Mot. III S. 60). Allein es ist nicht zu verkennen daß ein Recht, solange es mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden ist, begriffmäßig dem Grundstücke folgen und von allen dieses betreffenden Verfügungen mitergriffen werden muß. Daher ist es den Bestandteilen in der rechtlichen Behandlung gleichgestellt (Mot. a. a. O.).

3. Diese Rechte gelten aber nicht als *wesentliche* Bestandteile, können mithin Gegenstand von Sonderrechten seien, jedoch mit der selbstverständlichen Beschränkung, daß das Recht an einen anderen als einen nachfolgenden Eigentümer des Grundstücks nicht übertragen werden kann. Ob die *Ausübung* des Rechtes und einzelne Ausflüsse des Rechtes übertragen werden können, ist hier nicht zu untersuchen. Für die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld haften diese Rechte, soweit sie privatrechtlicher Natur sind. Geht das Recht auf wiederkehrende Leistungen, so erstrecken sich Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Vgl. im übrigen Anm. III. 4 zu § 96 und Anm. B. I 1 zu § 1120.

4. In *Preußen* gelten die in der Zeit vor dem Edikte von 1810 verliehenen Apothekerprivilegien, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden, also subjektivdinglicher Natur sind, seit dem 1. Januar 1900 als Bestandteile des Grundstücks (EG. z. BGB. Art 181). Sie gehen mit dem Grundstück auf den Erwerber über und verbleiben ihm dauernd. Eine Folge davon ist, daß ihr Wert dem Werte des Grundstücks zuzurechnen ist und daß beide Werte zusammen bei der auf den Grundstückserwerb gelegten Umsatzsteuer in Betracht kommen (OVG. E. 43 S. 49).

B. Zubehör.

BGB. § 97. Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird.

Die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen begründet nicht die Zubehöreigenschaft. Die vorübergehende Trennung eines Zubehörstücks von der Hauptsache hebt die Zubehöreigenschaft nicht auf.

I. 1. Der Begriff des Zubehörs, der durch die Unterscheidung zwischen Hauptsache und Nebensache nicht völlig veranschaulicht wird, ist nicht so zweifelsfrei, daß auf seine Festlegung im Gesetze verzichtet werden könnte, umsoweniger als zahlreiche Bestimmungen des BGB. (§§ 314, 498, 926, 1031, 1062, 1096, 1120—1122, 1135, 1192, 1265, 1551, 2164) vom Zubehöre handeln und den Begriff als bekannt voraussetzen (Mot. III S. 61). An dieser Stelle interessiert nur das Zubehör eines Grundstücks oder Gebäudes. Die Bestimmungen des BGB. in dieser Beziehung sind maßgebend auch für Verhältnisse, die unter dem früheren Rechte entstanden sind (vgl. Anm. B. III zu § 1120).

Zubehör kann nach § 97 nur sein:

a. eine bewegliche Sache. Nach PALR. I 2 § 44 konnte ein Grundstück einem anderen Grundstück als Zubehör zugeschlagen werden. Einfacher und natürlicher ist es, das zugeschlagene Grundstück als Bestandteil des Hauptgrundstücks aufzufassen, selbst wenn es nicht unmittelbar an dieses grenzt. Als Zubehör würde es überdies auf dem Blatte des Hauptgrundstücks gebucht werden müssen und dann dessen rechtliche Schicksale wie ein Bestandteil teilen. Es ist demnach ein Bedürfnis dafür, neben der im § 890 BGB. vorgesehenen Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken noch eine Verbindung im Sinne PALR. I 2 § 44 zuzulassen, nicht vorhanden (Mot. III S. 64, Küntzel in Gruch. 41 S. 144). Rechte können nicht Zubehör sein.

b. Zubehör eines Grundstücks und Gebäudes können nur bewegliche Sachen sein, die nicht Bestandteile der Hauptsache sind. Bestandteile dienen zur Vollendung einer Sache und haben neben dieser keine selbständige Existenz; Zubehörstücke dagegen werden unter Wahrung ihrer Selbständigkeit der Hauptsache hinzugefügt, weil diese sonst ihrer wirtschaftlichen Bestimmung nur unvollkommen entsprechen würde. „Die Bestandteile werden von den auf die Sache sich beziehenden Geschäften begriffmäßig getroffen, so zwar, daß die Rechte, die an der Sache erworben werden, damit auf jeden ihrer Bestandteile sich erstrecken. Das Zubehör dagegen folgt an sich nur den obligatorischen Beziehungen der Hauptsache. Das Gesetz kann natürlich bestimmen, daß ein an der Hauptsache begründetes Recht auch ihr Zubehör ergreife. Allein wo eine solche Bestimmung fehlt, teilen die Zubehörstücke das sachenrechtliche Schicksal der Hauptsache nur insoweit, als in Ansehung ihrer die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen das Gesetz den Rechtserwerb abhängig macht; die Zubehöreigenschaft einer Sache ist daher für die Vindikation gleichgiltig. Was vom Rechtserwerbe gilt, trifft nicht minder für die Erwerbung des Besitzes zu." (Mot. III S. 62.)

c. Die bewegliche Sache muß, um Zubehöreigenschaft zu haben, bestimmt sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen. Eine solche Bestimmung liegt nach § 97 Abs. 2 nicht vor, wenn eine Sache nur vorübergehend für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen benutzt wird. Im E. 1 § 789 wurde bleibende Bestimmung erfordert. Die 2. Komm. gab der Vorschrift die in den § 97 BGB. übernommene Fassung, um nicht der Meinung Vorschub zu leisten, als sei die von vornherein bestehende Absicht, die Nebensache nicht für die ganze Dauer ihrer Existenz, sondern nur etwa für die Dauer gewisser Eigenschaften dem Dienste der Hauptsache zu widmen, geeignet, die Zubehöreigenschaft auszuschließen. Ganz von dem Erfordernisse der Dauer abzusehen, wurde abgelehnt, weil dann z. B. eine nur zur Probe oder bis zur Wiederherstellung eines schadhaft gewordenen Werkes oder bis zur Fertigstellung eines Ersatzes in ein Fabrikgrundstück gebrachte Maschine als Zubehör angesehen werden könnte, während anderseits nicht zu besorgen sei, daß man z. B. dem zum Verkauf bestimmten Jungvieh die Eigenschaft als Zubehör des Grundstücks (d. h. des Landguts) absprechen werde, wenn ein regelmäßiger Ersatz des Abgangs stattfindet (Küntzel in Gruch. 41 S. 144, Prot. III S. 18). Im allgemeinen ist eine vorübergehende Benutzung nur eine solche, die von vornherein mit der Absicht ihres späteren Wegfalls erfolgt (Hölder Bd 1 S. 219 Anm. b; RG. E. 47 S. 202), was z. B. bei Miete und Pacht in der Regel anzunehmen ist (RG. JW. 1904 S. 336

Nr. 1). Der die Zubehöreigenschaft Behauptende hat nur zu beweisen (Planck 1 Anm. 3 f. zu § 97 BGB.), daß die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Satz 1 vorliegen, während der die Zubehöreigenschaft Bestreitende zu beweisen hat, daß nur eine vorübergehende Benutzung vorliege (RG. E. 47 S. 197).

Die Bestimmung kann sowohl vom Eigentümer oder Eigenbesitzer der Hauptsache als auch von dem der Nebensache und vom Nießbraucher, Pächter oder Mieter getroffen werden (Mot. III S. 62). Trifft jemand, der nicht Eigentümer der Hauptsache ist, die Bestimmung, so wird in der Regel § 97 Abs. 2 vorliegen. Es muß daher nachgewiesen werden, daß die Nebensache der Hauptsache dauernd hat dienstbar gemacht werden sollen (RG. E. 33 S. 273). Durch die Begründung des Zubehörverhältnisses wird das Eigentumsverhältnis nicht geändert (RG. E. 28 S. 146).

Die im § 95 BGB. aufgeführten Sachen können wegen § 97 Abs. 2 nicht als Zubehör aufgefaßt werden. Der Begriff des gewillkürten Zubehörs ohne die objektiven Merkmale des § 97 ist dem BGB. nicht bekannt (RG. E. 55 S. 288).

Die Nebensache muß den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache dienen. Sachen, die der Eigentümer, Nießbraucher ꝛc. der Hauptsache mit dieser nur zu seinem persönlichen Gebrauche in Verbindung gebracht hat, sind nicht Zubehör (so auch nach PALR. I 2 § 81). Hängende und stehende Früchte sind ihrer Natur nach (anders nach PALR. I 2 § 45) kein Zubehör. Sie dienen nicht den Zwecken der Hauptsache, sondern sind deren Bestandteile. Wegen der getrennten Früchte vgl. BGB. § 98 Nr. 2. — Der wirtschaftliche Zweck der Hauptsache ergibt sich aus ihrer Beschaffenheit und aus ihrer Benutzung. Er muß dauernd sein. Je nach der Verschiedenheit der Bestimmung der Hauptsache ist die Frage, was ihr Zubehör bildet, verschieden zu beantworten. So werden z. B. die Schulbänke als Zubehör des Schulgrundstücks (OTrib. Arch. 52 S. 86), Glocken, Kirchenbänke, Orgel als Zubehör eines Kirchengrundstücks (OTrib. E. 38 S. 273, Arch. 39 S. 351) anzusehen sein. Ebenso die zum Betrieb einer elektrischen Licht- und Kraftanlage dienende, mit dem Gebäude nicht fest verbundene, aber ihm eingefügte Akkumulatorenbatterie (RG. JW. 1903 Beil. S. 4). Ein Dampfboot kann Zubehör eines an einem Flusse belegenen Grundstücks sein, wenn es dauernd dazu bestimmt ist, die Früchte des Grundstücks dem Verkehre zuzuführen (RG. JW. 1895 S. 607 Nr. 51). Ebenso ein transportables Eisenbahngeleise (RG. JW. 1896 S. 361 Nr. 35, Seuff. A. 52 S. 2) und andere Sachen, die dem Betriebe der im Betriebe des Grundstücks gewonnenen Produkte dienen (RG. JW. 1900 S. 763 Nr. 40, E. 47 S. 197, 262). Daß die Sache gelegentlich auch zu anderen Zwecken benutzt wird, schadet nicht. So verliert der Hotelomnibus seine Eigenschaft als Zubehör des Hotels nicht dadurch, daß mit ihm gelegentlich auch solche Personen befördert werden, die im Hotel nicht verkehren (RG. E. 47 S. 197).

Sachen, die der Käufer auf das gekaufte Grundstück gebracht hat, um sie als Zubehör dieses Grundstücks zu benutzen, falls der Kauf zum Eigentumserwerbe führen sollte, werden nicht Zubehör, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft (RG. E. 33 S. 273).

Die in einem auf dem Grundstücke betriebenen Gewerbe gewonnenen Produkte haben, abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 98 Nr. 2, nicht Zubehöreigenschaft (München im Recht 1904 S. 191).

d. Die Nebensache muß in einem ihrer Bestimmung für die wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache entsprechenden räumlichen Verhältnisse zu dieser stehen (so auch nach PALR. I 2 § 42). Der Regel nach wird dies räumliche Verhältnis darin bestehen, daß die Nebensache sich in, an oder auf der Hauptsache befindet; aber für erforderlich wird eine so nahe Verbindung nicht zu erachten, sondern im Einzelfalle wird zu untersuchen sein, ob die Sache trotz der räumlichen Entfernung ihre Bestimmung, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen, erfüllt (RG. E. 47 S. 197). Bewirtschaftet z. B. ein Gutsbesitzer verschiedene ländliche Grundstücke von deren einem aus und befindet sich das gesamte Wirtschaftsinventar auf diesem Grundstücke, so dient das Inventar (nach

Verhältnis) auch den wirtschaftlichen Zwecken der anderen Grundstücke, und es wird mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Bewirtschaftung die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Aufbewahrung des Inventars auf dem Grundstücke, das sich für die Bewirtschaftung als das Hauptgrundstück darstellt, zur Herstellung des nach § 97 Abs. 1 erforderlichen entsprechenden räumlichen Verhältnisses bezüglich aller Grundstücke ausreicht, selbst wenn diese nicht unmittelbar aneinander grenzen. Das Verhältnis, in dem das Inventar auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist, muß in jedem Einzelfalle besonders ermittelt werden. Dabei wird der Maßstab des Flächeninhalts der Grundstücke nicht überall zutreffend sein. Anders geartet ist der Fall, wenn auf einem Grundstück als dessen wesentlicher Bestandteil (BGB. § 95 Abs. 1 Satz 2) sich ein zu einem gewerblichen Betriebe dauernd eingerichtetes Gebäude mit den Maschinen befindet, während andere demselben Gewerbebetriebe dienende Gerätschaften, z. B. die Tonnen und Flaschen einer Brauerei, in einem anderen Gebäude, das auf einem anderen demselben Eigentümer gehörigen selbständigen Grundstücke steht, untergebracht sind, weil in jenem Gebäude und Grundstücke kein Raum für deren Aufbewahrung vorhanden ist. Dann bilden die Maschinen und alle sonstigen dem Gewerbebetriebe dienenden Gerätschaften nicht das — verhältnismäßig zu verteilende — Zubehör beider Grundstücke, sondern sie sind nach § 98 Nr. 1 BGB. lediglich Zubehör des zum Gewerbebetriebe dauernd eingerichteten Gebäudes (z. B. des Brauhauses) und folgeweise — natürlich immer vorausgesetzt, daß der Fall des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht vorliegt — auch des Grundstücks, zu dessen wesentlichen Bestandteilen das Betriebsgebäude (Brauhaus) nach § 94 Abs. 1 Satz 1 gehört. Beim Verkaufe des Brauereigrundstücks sind im Zweifel alle, auch die auf dem anderen Grundstück lagernden Tonnen und Flaschen als mitverkauft, bei der Auflassung als mitveräußert (BGB. §§ 314, 926 Abs. 1 Satz 2) anzusehen. Auch haften alle diese Maschinen und Gerätschaften nur den Hypothekengläubigern dieses Grundstücks, zu dessen wesentlichen Bestandteilen das Brauhaus gehört (RG. JW. 1898 S. 408 Nr. 72, E. 41 S. 317). Gondeln, die dazu bestimmt sind, der Unterhaltung der Gäste eines Restaurationsgrundstücks zu dienen, können auch dann Zubehör des Restaurationsgrundstücks sein, wenn sie sich auf einem hinzugepachteten Teiche befinden (RG. E. 47. S. 197). Das gleiche gilt von Gebäuden und Maschinen, die der Eigentümer eines Ziegeleigrundstücks auf einem zugepachteten Grundstück aufgestellt hat (RG. E. 55 S. 281). Die zu einer Brauerei gehörenden Tische und Bänke, die ihrer Bestimmung nach den aus der Brauerei ihr Bier entnehmenden Kunden zur Verfügung gestellt und nach dem Gebrauche wieder zurückgegeben werden, sind Zubehör des Brauereigrundstücks (München im Recht 1904 S. 191).

Eine für alle Fälle passende Regel läßt sich nicht aufstellen; es muß nach Lage des Einzelfalls untersucht werden, ob die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Satz 1 vorliegen. (RG. E. 51 S. 272). Materialien, die zur Ausbesserung, Vergrößerung und Verschönerung eines Gebäudes bereits auf den Bauplatz geschafft sind, sind nicht zum Zubehöre des Gebäudes oder Grundstücks zu rechnen. Sie sind nicht dazu bestimmt, als *bewegliche* Sachen dem wirtschaftlichen Zwecke des Gebäudes oder Grundstücks zu dienen, sondern dazu, Bestandteile des Grundstücks oder Gebäudes zu werden und damit ihre Selbständigkeit zu verlieren (a. M. Dernburg SR. § 6 Nr. II d auf Grund der mit dem Zubehörbegriffe des BGB. wohl nicht vereinbaren §§ 88, 92 PALR. I 2; wie hier Rehbein, Männer, Planck, Oberneck und KG. Rsp. 4 S. 21). Ganz unzweifelhaft ist dies, wenn der Bau hinterher unterbleibt (RG. JW. 1899 S. 56 Nr. 75). Materialien, aus denen Zubehörstücke hergestellt werden sollen, sind noch kein Zubehör (Dresden Anm. d. OLG. 24 S. 224).

Anders steht es mit beweglichen Sachen, die angeschafft werden, um dem Grundstück als Zubehör zu dienen. Solche werden in der Regel schon dadurch, daß sie auf das Grundstück oder an dieses herangeschafft werden, in das nach § 97 erforderliche räumliche Verhältnis gebracht; so z. B. eine Maschine, die an Stelle einer unbrauchbar gewordenen treten soll. Es ist der Regel nach nicht erforderlich, daß im Fabrikgebäude oder in dem

für sie bestimmten Raume aufgestellt oder gar schon in Betrieb gesetzt ist. Eine Reservemaschine steht in dem erforderlichen räumlichen Verhältnisse, wenn sie nicht im Fabrikgebäude selbst, aber in einem anderen Raume des Fabrikgrundstücks aufbewahrt wird (RG. E. 51 S. 272, JW. 1903 Beil. S. 119).

e. Gleichgültig ist es, ob die Nebensache im Eigentume des Eigentümers der Hauptsache steht. Das PALR (I 2 §§ 60, 108) spricht den nicht dem Eigentümer der Hauptsache gehörenden Nebensachen die Zubehöreigenschaft ab. Beide Kommissionen haben diesen Standpunkt ausdrücklich abgelehnt (Mot. III. S. 62, Küntzel in Gruch. 41 S. 145), die zweite Komm. mit der Begründung, daß die Zubehöreigenschaft wesentlich bei der Frage, ob ein über die Hauptsache geschlossenes Geschäft stillschweigend auf die Nebensache erstreckt werden solle, in Betracht komme, daß aber diese Frage für solche Sachen, die der Eigentümer der Hauptsache dauernd für die Zwecke der letzteren benutzt habe, nicht deshalb verneint werden dürfe, weil die Nebensachen nicht sein Eigentum seien (vgl. Ber. d. R. T. Komm. S. 31). Demnach erstreckt sich der *obligatorische* Vertrag, durch den jemand sich zur Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks verpflichtet, im Zweifel auch auf solche *fremden* Zubehörstücke (BGB. § 314). Inwieweit der *dingliche* Vertrag über das Grundstück fremde Zubehörstücke erfaßt, ergeben die §§ 926, 1120 BGB.

2. Sachen, bei denen die Voraussetzungen unter 1 a bis d zutreffen, sind dennoch nicht Zubehör, *wenn sie im Verkehre nicht als solches angesehen werden*. Die Frage, welchen Sachen Zubehöreigenschaft zukomme, läßt sich nur auf Grund allgemeiner Verkehrsanschauungen beantworten. Es ist nicht erforderlich, daß die Verkehrsanschauung im ganzen Reiche oder in einem ganzen Bundesstaate, sondern es genügt, wenn sie an dem Orte herrscht, wo sich die Hauptsache befindet. Sie muß aber allgemein in dem Sinne sein, daß sich eine über Einzelfälle hinausgehende, in beständiger Befolgung bestimmt erkennbare Ansicht und Rechtsübung gebildet hat (Karlsruhe im Recht 1903 S. 603). Liegen die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Satz 1 vor, so trifft die *Beweislast* den, der abweichende Verkehrsanschauungen behauptet. Öfen, die den Erfordernissen des § 94 Abs. 2 BGB. nicht entsprechen, z. B. die der Regel nach mit dem Gebäude nur in lockerer Verbindung stehenden eisernen Öfen, haben bei Anlegung des Maßstabes des § 97 Abs. 1 Satz 1 an sich Zubehöreigenschaft; in manchen Gegenden Deutschlands werden aber die Wohnungen ohne Öfen und Herde vermietet. Der Mieter bringt Öfen und Herde in die Wohnung ein und nimmt sie bei seinem Auszuge wieder fort. Wo diese Sitte besteht, haben Öfen und Herde regelmäßig nicht Zubehöreigenschaft. Nach dieser lokalen Verkehrsanschauung dienen Herde und Öfen nicht den Zwecken des Grundstücks oder Gebäudes, sondern des jeweiligen Besitzers (Mot. III S. 63, Küntzel in Gruch. 41 S. 145; Prot. III S. 18). Diese Sitte kommt aber baupolizeilichen Anordnungen der Schulaufsichtsbehörde gegenüber nicht in Betracht. Ordnet diese an, daß die Schulgemeinde die Öfen und Herde in der Dienstwohnung des Lehrers aufzustellen habe, so sind Öfen und Herde Zubehör oder Bestandteil (je nach der Art der Verbindung) der Dienstwohnung. OVG. E. 39 S. 155).

3. *Die Zubehöreigenschaft geht verloren*, wenn eine der gesetzlichen Voraussetzungen entfällt, insbesondere wenn die Nebensache *dauernd* (§ 97 Abs. 2 Satz 2) von der Hauptsache entfernt wird. Zubehör eines Grundstücks verliert diese Eigenschaft nicht durch Verkauf und Übergabe, sondern dadurch, daß es, wenn auch ohne Wechsel des Eigentümers, vom Grundstücke dauernd entfernt, z. B. auf ein anderes Grundstück desselben Eigentümers als dessen Zubehör gebracht wird. (Im Falle der §§ 1120—1122 BGB. ist Wechsel des Eigentümers der Regel nach erforderlich.) Dauernde Trennung liegt nicht vor, wenn Zubehörstücke verliehen oder zur Reparatur gegeben sind. Wer behauptet, daß die Zubehöreigenschaft verloren gegangen sei, ist *beweispflichtig*.

4. *Rechte* können begrifflich kein Zubehör haben. Eine Ausnahme gilt für das *Erbbaurecht*, auf das die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden (BGB. § 1017). Im wesentlichen wird es sich dabei wohl weniger um Zubehör des

Erbbaurechts, als um Zubehör des Bauwerks handeln (vgl. Gierke SR. 617 Anm. 13). Nach dem EG. z. BGB. Art 63, 68 findet § 1017 BGB. entsprechende Anwendung auf das (aufrecht erhaltene) landesrechtliche Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts und auf das vererbliche und veräußerliche Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (vgl. auch Art. 196 daſ.). Das Bergwerk wird nach dem PBergg. v. 24. Juni 1865 den unbeweglichen Sachen, d. h. den Grundstücken gleich behandelt (vgl. a S. 14). Alle diese selbständigen Gerechtigkeiten können Zubehör haben. Über den Hilfsbau eines Bergwerks vgl. Bd. II Anlage I A.

11. Wie schon oben (I 1 b) bemerkt wurde, folgt das Zubehör in beschränkter Weise den rechtlichen Beziehungen der Hauptsache. Es sind dabei jedoch die obligatorischen und die sachenrechtlichen Beziehungen zu unterscheiden. Der § 314 BGB. bestimmt:

„Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache."

Diese Vorschrift bezieht sich nur auf obligatorische Verträge und rechtfertigt sich durch die wichtige wirtschaftliche Bedeutung des Zubehörs für die Hauptsache. „Denn da die letztere ohne die erstere ihre Bestimmung entweder überhaupt nicht, oder doch nicht vollkommen erfüllen kann, so muß vorausgesetzt werden, daß wer eine rechtsgeschäftliche Verfügung über die Sache trifft, unter der Sache zugleich ihr Zubehör versteht, sofern er nicht das Zubehör von der Verfügung ausdrücklich ausschließt" (Mot. III S. 65). Das PALR. (I 2 §§ 105, 107) ging weiter, indem es das Zubehör auch in sachenrechtlicher Beziehung der Hauptsache folgen ließ. In der 2. Komm. wurde beantragt, die Auslegungsregel des § 314 BGB. auch auf dingliche Rechtsgeschäfte zu übertragen; man hielt es jedoch für richtiger, dem Gedanken des Antragstellers durch Einzelbestimmungen bei den in Betracht kommenden dinglichen Rechtsgeschäften Rechnung zu tragen, als eine allgemeine Regel aufzustellen, weil für die Bestimmung der Zubehörstücke, die das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilen sollen, ein wesentlich verschiedener Zeitpunkt in Betracht komme (Küntzel in Gruch. 41 S. 146, Prot. III S. 21). Diese Einzelbestimmungen enthalten die §§ 498, 926, 1031, 1062, 1093, 1096, 1120—1122, 1135, 1192, 1265, 1272, 1551, 2164 BGB.

1. Obligatorische Verträge. Die persönliche Verpflichtung zur Beschaffung des Eigentums oder zur Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache erstreckt sich im Zweifel, d. h. wenn keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen sind oder eine anderweitige Absicht der Parteien nicht sonst erhellt, auf das Zubehör (BGB. § 314), und zwar auf das zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorhandene Zubehör (Prot. III S. 20). Folgt die Beschaffung des Eigentums oder die Bestellung des dinglichen Rechtes nicht unmittelbar auf den Vertrag, so ist die Befugnis des Verpflichteten, in der Zwischenzeit über die Zubehörstücke Verfügungen zu treffen, die im Interesse der Bewirtschaftung der Hauptsache erforderlich oder nützlich sind, nicht ausgeschlossen. Dann modifiziert sich seine Verpflichtung; der Vertrag erstreckt sich auf die Zubehörstücke, die in der Zwischenzeit in Ergänzung des regelmäßigen Abgangs zum Bestande hinzutreten (Mot. III S. 65, 66, Küntzel in Gruch. 41 S. 147), während die Sachen, die ihre Zubehöreigenschaft verloren haben und durch andere ersetzt sind, ausscheiden. Hat der Veräußerer Zubehörstücke unwirtschaftlich beseitigt, so wird dadurch seine Verpflichtung nicht aufgehoben. — Im Falle des Wiederkaufs ist der Wiederverkäufer nach BGB. § 498 Abs. 1 verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst dem zur Zeit des Verkaufs und zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts vorhandenen Zubehöre herauszugeben (Mot. II S. 472). Wegen der Ersatzstücke gilt das vorhin Gesagte.

Über den Fall des Abverkaufs eines Teiles des Grundstücks vgl. Anm. IV.

2. Dingliche Rechtsgeschäfte. Das an einer Sache begründete Recht erfaßt nicht ohne weiteres ihr Zubehör, insbesondere dann nicht, wenn das Zubehör nicht dem Eigentümer der Hauptsache gehört; es bedarf besonderer gesetzlicher Vorschriften, um diese Wirkung hervorzubringen. Es kommen hier folgende Bestimmungen des BGB. in Betracht:

a. Nach § 926 (der ebenso wie § 314 eine Auslegungsregel enthält) ergreift der Erwerb des Eigentums an einem Grundstück im Zweifel auch die zur Zeit des Erwerbs vorhandenen Zubehörstücke, soweit sie dem Eigentümer gehören. Der Erwerber erlangt gleichzeitig mit dem Eigentum am Grundstücke (durch Auflassung und Eintragung) ohne Übergabe das Eigentum an den dem Veräußerer gehörigen Zubehörstücken, so daß diese von nun an dem Zugriffe der persönlichen Gläubiger des Veräußerers entzogen sind. An Zubehörstücken, die nicht dem Veräußerer gehören oder die mit Rechten Dritter belastet sind, erlangt er das Eigentum oder das unbelastete Eigentum nur, wenn er zur Zeit der Erlangung des Besitzes der Zubehörstücke in gutem Glauben ist und auch sonst die Voraussetzungen der §§ 932—936 BGB. vorliegen (das Nähere vgl. zu § 926 Anm. 4). Anders ist die Frage geregelt für den Erwerb in der Zwangsversteigerung. Nach ZVG. § 55 Abs. 2 erstreckt sich die Versteigerung auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser sein Recht nach § 37 Nr. 5 das. geltend gemacht hat; und nach § 90 Abs. 2 das. erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag mit dem Grundstücke zugleich die Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat. Auf den guten Glauben des Erstehers kommt es dabei nicht an (vgl. RG. V. 49. 1900, Gruch. 44 S. 1003, Bd. 46 S. 1035). Das frühere Eigentum an den Zubehörstücken erlischt mit dem Zuschlage, gleichviel wann der Ersteher die Zubehörstücke in Besitz nimmt (vgl. Denkschr. z. ZVG. S. 77). Durch das im § 55 a. a. O. aufgestellte Erfordernis des Besitzes des Schuldners oder neu eingetragenen Eigentümers werden Nießbraucher und Pächter (wie nach älterem Rechte, RG. Gruch. 34 S. 1016, Bd. 39 S. 1053) gegen den Übergang der ihnen gehörigen Zubehörstücke auf den Ersteher geschützt. Der Besitz eines Dritten ist zur Ausschließung des Übergangs des Eigentums auf den Ersteher nur dann geeignet, wenn er erkennbar ist. An der Erkennbarkeit fehlt es, wenn der Eigentümer auf seinem Grundstücke den Betrieb einer Brauerei für eine offene Gesellschaft, deren Mitinhaber er ist, leitet (RG. E. 49 S. 253, V. 126. 01).

Auf Zubehörstücke eines Erbbaurechts, Bergwerks und sonstiger selbständigen Gerechtigkeiten finden die eben erörterten Grundsätze nach § 1017 BGB. und Art. 63, 67, 68 EG. z. BGB. entsprechende Anwendung.

b. Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher nach § 1031 BGB. auch den Nießbrauch an dem Zubehöre nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Nießbrauchs erstreckt sich nach § 1062 auf den Nießbrauch an dem Zubehöre, so daß eine besondere Verzichterklärung (§ 1064) nicht erforderlich ist. Die §§ 1031, 1062 finden entsprechende Anwendung auf das als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellte Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen (§ 1093).

c. Das (dingliche) Vorkaufsrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Grundstücks, falls keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind (BGB. § 1096).

d. Die Hypothek, die Grund- und die Rentenschuld erstrecken sich auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind (BGB. §§ 1120, 1192 Abs. 1, 1199 Abs. 1). Behält sich der Veräußerer das Eigentum vor, so treten die Zubehörstücke nicht in die hypothekarische Haftung ein (RG. E. 53 S. 350). Dies steht mit dem bisher geltenden Rechte (PrALR. I. 20 §§ 443—446, PEigG. v. 1872 § 30, code civ. Art. 2118 Nr. 1, 2133) im Einklang, insbesondere auch die Beschränkung der Erstreckung auf die dem Grundstückseigentümer gehörigen Zubehörstücke. Wenn diese Beschränkung bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks fallen gelassen ist (vgl. oben a), so ist damit nicht der Grundsatz durchbrochen. An sich umfaßt die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren außer dem Grundstücke nur die Gegenstände, auf die die Hypothek sich erstreckt (ZVG. § 20 Abs. 2).

Es handelt sich um eine im Verkehrsinteresse auch nach der bisherigen Rechtsprechung (OTrib. E. 70 S. 247, RG. E. 2 S. 255, Bd 19 S. 321, Bd 39 S. 292) notwendige, aus der Natur des Eigentumserwerbs durch Zuschlag als einer ursprünglichen Erwerbungsart sich ergebende und überdies durch die unter der Androhung des Ausschlusses ergehende Aufforderung zur Anmeldung der der Versteigerung entgegenstehenden Rechte (ZVG. § 37 Nr. 5) gerechtfertigte und gemilderte Erweiterung des Versteigerungsgegenstandes durch Gegenstände, die von hoher Bedeutung für das Grundstück und dessen Wert sind und sich tatsächlich als Zubehörstücke darstellen. Von besonders durchschlagender Bedeutung für diese Ausdehnung des Versteigerungsgegenstandes ist der rein praktische Gesichtspunkt, daß es den Bietern an ausreichender Gelegenheit fehlt, sich darüber zu vergewissern, wem die Sachen, die sich ihnen als Zubehörstücke des zur Versteigerung stehenden Grundstücks darstellen, gehören. Der Grundsatz des § 314 BGB. gilt demnach in diesem Falle auch für das Sachenrecht.

In die Haftung für die Hypothek, Grund- und Rentenschuld treten auch die nach deren Bestellung angeschafften, dem Grundstückseigentümer gehörigen Zubehörstücke ein (Mot. III S. 657). Vgl. Anm. B. III zu § 1120 und Gierke SR. S. 77.

Zubehörstücke scheiden aus der Haftung für die Hypothek ꝛc. aus, wenn sie veräußert (vgl. Anm. III zu § 1121) und von dem Grundstück entfernt sind, bevor sie zugunsten des Gläubigers mit Beschlag belegt worden sind. Eine vor der Entfernung der Sache erfolgte Beschlagnahme ist nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten (BGB. §§ 932 ff.) dem Erwerber gegenüber nur dann wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben, d. h. wenn ihm die Beschlagnahme bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (BGB. § 932 Abs. 2). Ist die Beschlagnahme im Grundbuch eingetragen (ZVG. §§ 19, 146 Abs. 2), so überwiegt der öffentliche Glaube des Grundbuchs und der dritte Erwerber von Zubehörstücken kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen (ZVG. § 23 Abs. 2 Satz 2, D. dazu S. 64 f.). Ist die Beschlagnahme vollzogen (ZVG. § 22 Abs. 1), aber noch nicht eingetragen, so steht die Kenntnis des Versteigerungsantrags einer Kenntnis der Beschlagnahme gleich (ZVG. §§ 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 148). Der Kenntnis steht auch hier die durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis gleich (BGB. § 1121 Abs. 2 Satz 2, D. z. ZV. S. 64). — Nicht ganz zweifellos ist die Entscheidung der Frage, ob im Falle des § 589 Abs. 2 Halbs. 2 BGB. die abgelehnten Inventarstücke ohne weiteres aus der Haftung für die Hypothek ꝛc. ausscheiden. Hat nämlich der Pächter das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung übernommen, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so treten die vom Pächter angeschafften Stücke mit der Einverleibung in das Inventar von Gesetzes wegen in das Eigentum des Verpächters und damit in die hypothekarische Haftung ein (§§ 587, 588, vgl. Anm. B III zu § 1120). Bei der Pachtrückgewähr kann jedoch der Verpächter die Übernahme solcher vom Pächter angeschafften Inventarstücke, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind, ablehnen. Mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken von Gesetzes wegen auf den Pächter über (§ 589). Da diese Stücke bis zur Ablehnung in dem Eigentume des Verpächters standen, liegt in der Ablehnung eine Veräußerung im Sinne des § 1121, und es würde Entfernung vom Grundstücke hinzutreten müssen, um die abgelehnten Stücke von der Haftung für die Hypothek ꝛc. zu befreien. Bedenklich ist dabei nur, daß die Hypotheken- ꝛc. Gläubiger durch Beschlagnahme dieser Stücke das Ablehnungsrecht des Verpächters illusorisch machen könnten, und anderseits, daß, wenn der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke niedriger ist als der der zurückzugewährenden (§ 589 Abs. 3), die Hypotheken- ꝛc. Gläubiger kein dingliches Recht auf den Mehrbetrag haben, den der Pächter dem Verpächter zu ersetzen hat. Man wird annehmen können, daß die Ablehnung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegt und daß sie, da sie bei der Rückgewähr erfolgt, die

Bedeutung einer Aufhebung der Zubehöreigenschaft hat; aber dann würden die abgelehnten Stücke nur aus der hypothekarischen Haftung scheiden, wenn die Ablehnung vor der Beschlagnahme erfolgt (§ 1122 Abs. 2) oder Entfernung vom Grundstücke hinzugekommen ist. Im allgemeinen prävaliert bei Kollision des Interesses des Eigentümers mit dem der Hypotheken- 2c. Gläubiger das Interesse dieser; aber bedenklich bleibt es doch immer, den Eigentümer zur Übernahme und zum Ersatze des Mehrwerts von Sachen zu zwingen, die für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind. Trotz alledem wird man sich aber wohl dafür entscheiden müssen, daß auch in diesem Falle die §§ 1121, 1122 Anwendung finden, weil in diesen Gesetzesbestimmungen der Verfügungsgewalt des Eigentümers zugunsten der Hypotheken- 2c. Gläubiger Schranken auferlegt sind, während die §§ 587—589 nur von dem Verhältnisse des Verpächters und Pächters untereinander handeln.

Dem Käufer von Zubehörstücken gegenüber ist der Verkäufer zur Beseitigung der darauf lastenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Pfandrechte nach § 439 Abs. 2 BGB. verpflichtet (RG. E. 57 S. 1).

Auch ohne Veräußerung werden Zubehörstücke von der hypothekarischen Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird (BGB. § 1122 Abs. 2). Entfernt also der Eigentümer eines Grundstücks Zubehörstücke, um sie etwa für ein anderes, ihm ebenfalls gehöriges Grundstück zu benutzen, so werden sie unter der Voraussetzung des § 1122 Abs. 2 von der Haftung für die auf dem ersteren Grundstücke lastenden Hypotheken frei. Werden sie zum Zubehöre des anderen Grundstücks gemacht, so werden die Rechte der Hypothekengläubiger des ersteren Grundstücks als fortbestehend anzusehen sein, wenn die Entfernung nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung lag. Ihre Rechte gehen den Rechten der Hypothekengläubiger des anderen Grundstücks jedenfalls vor. Ob die bezeichneten Grenzen eingehalten sind, ist eine nach Lage des Einzelfalls zu beurteilende Tatfrage.

Ist das Grundstück zum Zwecke der Zwangsversteigerung mit Beschlag belegt, so kann der Schuldner über einzelne Zubehörstücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch den Gläubigern gegenüber wirksam verfügen (ZVG. § 23 Abs. 1 Satz 2). Diese Regelung entspricht der allgemeinen Vorschrift im § 24 das., wonach dem Schuldner auch nach der Beschlagnahme die Befugnis verbleibt, das Grundstück innerhalb der bezeichneten Grenzen zu verwalten und zu benutzen (D. S. 65). Die Bestimmung des § 23 Abs. 1 Satz 2 findet jedoch nach § 148 das. keine Anwendung, wenn das Grundstück zum Zwecke der Zwangsverwaltung beschlagnahmt ist. Dann kann nur der Zwangsverwalter über Zubehörstücke rechtswirksam verfügen.

Eine Vergleichung der §§ 1120—1122 mit § 97 BGB. ergibt, daß die allgemeine Regel für die Frage, was den Hypothekengläubigern haftet, insoweit durchbrochen ist, als fremde Zubehörstücke (vgl. Anm. 1 1, 2) der Haftung nicht unterliegen, anderseits aber bloße Entfernung ohne hinzukommende Veräußerung (abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 1122 Abs. 2) zur Lösung der hypothekarischen Haftung nicht ausreicht (Anm. I 3). Dies gilt auch, wenn die Entfernung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt ist; denn die Pfändung oder Verpfändung ist keine Veräußerung (OTrib. E. 80 S. 46, RG. E. 19 S. 321, Bd 25 S. 18, Bolze 3 S. 132).

e. Wie Verschlechterungen des Grundstücks den Hypothekengläubiger nach BGB. §§ 1133, 1134 zu Sicherungsmaßregeln und unter Umständen zur vorzeitigen Beitreibung seiner Forderung aus dem Grundstücke berechtigen, so auch Verschlechterung und unwirtschaftliche Entfernung des von der Hypothek erfaßten Zubehörs (BGB. § 1135).

f. Über die Wirkung der Vorbemerkung vgl. Anm. zu § 883.

III. Zubehörstücke können Gegenstand besonderer Rechte sein. So ist in den §§ 926, 1120 BGB. ausdrücklich anerkannt, daß sie im Eigentum eines anderen als des Grundstückseigentümers stehen können. Daher ist der Eigentumsvorbehalt wirksam.

(RG. E. 26 S. 345, Bd 36 S. 262, Bd 50 S. 241, Bd 53 S. 350). Auch Gegenstand des Mobiliarpfandrechts können sie sein (RG. Gruch 31 S. 432), ohne daß sie vom Grundstücke fortgeschafft werden; nämlich wenn sie im unmittelbaren Besitz eines Pächters (BGB. § 868) stehen und der Eigentümer des Grundstücks den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt unter Anzeige der Verpfändung an den Pächter (BGB. § 1205 Abs. 2). Wenn der Pächter selbst der Pfandgläubiger ist, genügt Einigung über die Entstehung des Pfandrechts (§ 1205 Abs. 1 Satz 2). Dagegen kann Grundstückszubehör nach ZPO. § 865 Abs. 2 Satz 1 nicht zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen gemacht werden (vgl. Anm. 6 zu § 1147). Die Pfändung wird auch dadurch nicht zulässig, daß der Pfändende als Werkmeister ein gesetzliches Pfandrecht am Zubehörstücke hat (RG. Rsp. 6 S. 214). Einer wider dies Verbot erfolgten Pfändung können die Hypothekengläubiger daher jetzt nach § 766 ZPO. widersprechen, während ihnen früher nur die Klage aus § 771 daf. zustand. Sie können aber auch die Widerspruchsklage aus § 771 erheben; denn auch die Pfändung kann zur Veräußerung führen und mit ihr, wenn die Zubehörstücke vom Grundstücke entfernt sind, zur Vernichtung des Hypothekenrechts (RG. E. 55 S. 207). Eine vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes zulässigerweise vollzogene Pfändung wird durch § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO. nicht berührt. Der Widerspruch dagegen kann nur nach den bisherigen Vorschriften, d. h. im Wege der Klage geltend gemacht werden (RG. E. 46 S. 171. JW. 1900 S. 641).

Durch Einräumung eines Vertragpfandrechts an Zubehörstücken werden die Rechte der Hypothekengläubiger nicht berührt (vgl. Anm. II. 2. d. S. 39).

IV. Für den Fall, daß nur ein realer Teil des Grundstücks veräußert wird, trifft die Regel der §§ 314, 926 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu (vgl. OTrib. Arch. 70 S. 102); sondern im Einzelfalle ist genau zu erforschen, ob der Wille der Vertragschließenden sich auf das Zubehör und event. auf welchen Teil bezogen habe. Wird von einem 1000 ha großen Gute eine Fläche von einem ha abveräußert, so wird als Wille der Vertragschließenden nach den Erfahrungen des praktischen Lebens nicht anzunehmen sein, daß ein verhältnismäßiger Teil des Gutsinventars (etwa 1 Schaf, $^1/_{10}$ Anteil an einem Pfluge ꝛc.) mitverkauft sein und noch viel weniger, daß zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer eine Gemeinschaft inbezug auf das Inventar entstehen solle, vermöge deren der Gebrauch des gesamten Inventars nach ideellen Portionen zu teilen sei (wie in Iherings J. 26 S. 81 f. angenommen wird). Dagegen wird beim Abverkauf eines solchen Teiles eines Landguts, auf dem sich ein gewerbliches Etablissement, z. B. eine Brennerei, befindet, die Annahme, daß das gesamte Brennerei-Inventar, auch soweit es sich auf anderen Teilen des Gutes befindet, mitveräußert sei, dem mutmaßlichen Vertragswillen gerecht werden. Übrigens werden diese Fragen nicht oft praktisch werden, da bei Zerteilung von Grundstücken, eben weil für diese eine gesetzliche Auslegungsregel nicht besteht, über das Schicksal des Inventars sorgfältige Vereinbarungen getroffen zu werden pflegen.

Auf die Rechte der Hypothekengläubiger haben Abveräußerungen von Grundstücksteilen überhaupt keinen Einfluß. Wie das ganze zerteilte Grundstück, so bleibt ihnen auch das gesamte Inventar verhaftet, gleichviel ob es auf die einzelnen Parzellen verteilt wird oder nicht.

V. In Bezirken, in denen das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gilt nach Art. 192 EG. z. BGB. und Art. 33 § 1 PAG. z. BGB. die zur Zeit des angelegten Grundbuchs bestehende Hypothek als eine solche des neuen Rechtes, so daß also auch die Frage, was für die Hypothek haftet, und insbesondere, welche Sachen Zubehöreigenschaft haben, die Vorschriften der §§ 1120 ff., 97, 98 BGB. maßgebend sind. Dem neuen Rechte wohnt insoweit rückwirkende Kraft bei, als Sachen, denen das BGB., etwa abweichend von dem früheren Rechte, Zubehöreigenschaft beilegt oder abspricht, ohne weiteres in die hypothekarische Haftung eintreten oder aus ihr ausscheiden, und als die Pfändung auch solcher Sachen,

die auf diese Weise kraft Gesetzes in die Haftung eingetreten sind, unzulässig ist (RG. JW. 1900 S. 641, E. 46 S. 171, Bd 47 S. 197; vgl. auch Anm. B. III zu § 1120).

BGB. § 98. Dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache sind zu dienen bestimmt:

1. bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, insbesondere bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Brauhaus, einer Fabrik, die zu dem Betriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften;

2. bei einem Landgute das zum Wirtschaftsbetriebe bestimmte Gerät und Vieh, die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sowie der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger.

1. Der Zubehörbegriff ist im PrALR. I 2 §§ 48—102 durch zahlreiche Beispiele erläutert. Der code civ. (Art. 524, 525) ist darin enthaltsamer. „Das BGB. geht im allgemeinen davon aus, daß die Begriffsbestimmung im § 97 genügt, um im einzelnen Falle die Frage, was als Zubehör zu betrachten ist, sachgemäß zu beantworten. Ein praktisches Bedürfnis für eine konkrete Anwendung des Zubehörbegriffs im Gesetzbuche besteht nur insoweit, als es sich um das Inventar von Gebäuden oder Grundstücken handelt, die durch ihre Einrichtung zum Betrieb eines Gewerbes, namentlich der Landwirtschaft, bestimmt sind. In dieser Hinsicht zieht sich durch das bisher geltende Recht ein Zwiespalt, dessen Beseitigung im Interesse der Rechtseinheit unerläßlich ist. Während nämlich in den Gebieten des gemeinen Rechtes auf Grund der römischen Quellen die Anschauung verbreitet ist, daß das Inventar regelmäßig nicht den Zwecken des Grundstücks, sondern nur den persönlichen Zwecken des Besitzers diene, ist im PrALR. (I 2 §§ 48 ff.), sowie im code civ. (Art. 524, 525) die entgegengesetzte Anschauung zur Geltung gekommen" (Mot. III S. 66). Die letzte Anschauung ist für die richtige erachtet worden, weil im heutigen Rechtsleben der Wert und die Nutzbarkeit der gedachten Grundstücke wesentlich davon abhängt, daß die Verbindung des Inventars mit dem Grundstück aufrecht erhalten wird, und weil aus diesem Grunde die Zubehöreigenschaft des Inventars regelmäßig den Absichten sowohl des Gesetzes als der Beteiligten entspricht (Mot. a. a. O.). Ob durch § 98 die beabsichtigte Rechtseinheit wirklich hergestellt wird, erscheint sehr fraglich. Es wird durch ihn nur das Vorliegen der *einen* gesetzlichen Voraussetzung der Zubehöreigenschaft gesetzlich festgestellt, nämlich die *Bestimmung* der aufgeführten Sachen, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen. Fehlt es an einer der übrigen Voraussetzungen (räumliches Verhältnis, nicht bloß vorübergehende Benutzung, Nichtbestehen entgegengesetzter Verkehrsanschauungen), so haben die im § 98 aufgeführten Sachen nicht Zubehöreigenschaft. Dies war im E. I. § 791 ausdrücklich bestimmt, und mit der jetzigen Fassung der Vorschrift ist keine sachliche Änderung beabsichtigt (Küntzel in Gruch. 41 S. 148, Prot. III S. 22). Da sich in den Gebieten des gemeinen Rechtes jene Rechtsanschauung auch zur Verkehrsanschauung gestaltet haben wird, wird wohl durch § 98 keine Änderung eintreten. Im übrigen finden die Bestimmungen des § 97 auch auf die Fälle des § 98 Anwendung.

Daß eine nur *vorübergehende* Benutzung dieser Sachen für den wirtschaftlichen Zweck eines Gebäudes oder Landguts die Zubehöreigenschaft nicht begründet (§ 97 Abs. 2 Satz 1), ist zweifellos. So wird das vom Pächter eines Landguts zur Bewirtschaftung mitgebrachte Inventar der Regel nach nicht Zubehör des Landguts, weil dies Inventar in der Regel nur für die Dauer des Pachtverhältnisses, also nur vorübergehend dem wirtschaftlichen Zwecke des Landguts dienen soll. Im *Konkurse* des Eigentümers sondert der Pächter das ihm gehörige Inventar nach § 42 KO. aus.

2. Im Einzelfalle kann es zweifelhaft sein, ob eine Sache *zum gewerblichen Betriebe bestimmt* und daher Zubehör oder ob sie zu den Bestandteilen zu rechnen ist. Ist der Eigentümer eines für den gewerblichen Betrieb eingerichteten Gebäudes zugleich auch Eigentümer des Bodens, auf dem dieses steht, so sind die Zubehörstücke des Gebäudes zugleich auch Zubehör des Grundstücks, da das Gebäude wesentlicher *Bestandteil* des

Grundstücks ist (BGB. § 94 Abs 1). Befindet sich also z. B. eine Brennerei auf einem Landgute, so gehört das Inventar der Brennerei zum Zubehöre des Landguts (OTrib. Arch. 55 S. 287). Ebenso gehört das Inventar einer Gasanstalt unter derselben Voraussetzung zum Zubehör des Bodens, der die Anstalt trägt. Fraglich ist, in welchem Verhältnisse die Gasleitungsröhren zu dem Anstaltsgrundstücke stehen. Soweit sie im eigenen Grund und Boden liegen, sind die Voraussetzungen des § 94 Abs. 1 vorhanden, d. h. sie sind wesentliche Bestandteile des Grundstücks. Der bei weitem größte Teil des zum Betrieb erforderlichen Röhrennetzes liegt aber regelmäßig in *fremdem* Grund und Boden. Bestandteile des letzteren sind die Röhren nicht, da sie mit diesem in Ausübung eines Rechtes verbunden sind, das der Gasanstaltseigentümer erworben haben muß, um die Röhren legen zu können (§ 95 Abs. 1 Satz 2). Sie können also nur zu dem Grundstücke, von dem die Leitung ausgeht, in rechtlicher Beziehung stehen. Möglich wäre es, sie als dessen Zubehör aufzufassen, da die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Satz 1 vorliegen. Richtiger werden sie aber zu den wesentlichen Bestandteilen des Gasanstaltsgrundstücks zu rechnen sein. Denn das Röhrennetz als Ganzes steht mit dem Grund und Boden dieses Grundstücks in fester Verbindung, und daß das fest Verbundene sich nicht über den Bereich des Grundstücks hinaus erstrecken dürfe, ist im § 94 Abs. 1 Satz 1 nicht vorgeschrieben (RG. E. 39 S. 204). Das nämliche gilt von den Schienengeleisen elektrischer und anderer Straßenbahnen, von Telephon-, Telegraphen-, Wasserleitungen 2c. (Rehbein BGB. 1 S. 84, 89; RG. E. 48 S. 267, JW. 1905 S. 523 Nr. 2).

Schwierigkeit macht die Bestimmung des Verhältnisses des § 98 Nr. 1 zum § 94 Abs. 2. Es wird anzunehmen sein, daß alle Maschinen, die in ein Gebäude *eingefügt* sind und durch die das Gebäude erst *sein besonderes Gepräge* erhalten hat, wesentliche Bestandteile, alle übrigen Maschinen dagegen Zubehör sind (RG. E. 50 S. 241, JW. 1904 S. 89 Nr. 6). A. M. das oberste bayer. Landesger. (im Recht 1904 S. 220) mit der Ausführung: „Bei einer Maschine, die an ein Fabrikgebäude so angeschlossen ist, daß die Verbindung jederzeit gelöst und dadurch der Maschine die Beweglichkeit wiedergegeben werden kann, ohne daß Maschine oder Gebäude beschädigt wird, ist nicht anzunehmen, daß sie ihre Natur als selbständige Sache verloren hat. Die Verbindung hat solchenfalls nicht den Zweck, die Maschine zum Bestandteile des Gebäudes zu machen, sondern soll ihr nur einen festen Standpunkt verschaffen. Dadurch allein, daß das für einen bestimmten gewerblichen Zweck bestimmte Gebäude auch zur Aufnahme der zu verwendenden Maschinen eingerichtet ist, werden diese noch nicht Bestandteile des Gebäudes." Die Annahme, daß die Einfügung der zum Fabrikbetrieb erforderlichen Maschinen in das Gebäude den Zweck habe, der Maschine einen festen Standort zu verschaffen, dürfte den regelmäßigen Willen der Beteiligten nicht treffen. Überdies wird übersehen, daß das Gebäude durch die Wegnahme der eingefügten Maschinen in seinem Wesen derart verändert wird, daß es nicht mehr als ein zum Fabrikbetriebe dauernd eingerichtetes Gebäude gelten kann (RG. E. 50 S. 241, JW. 1903 Beil. S. 119, Gruch. 49 S. 341). Nach Ansicht desselben Gerichts sind Elektromotoren, die an Gebäude angeschroben sind, Fahrstühle, die an der Seite des Gebäudes angebracht sind, und elektrische Beleuchtungsanlagen nicht wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes (Recht 1904 S. 385), weil sie nach ihrer Entfernung ersetzt werden könnten. Dieser Grund, der auch auf eingefügte Türen und Fenster, die ja unstreitig wesentliche Bestandteile sind, passen würde, erscheint verfehlt (RG. JW. 1904 S. 467 Nr. 3). Eigentumsvorbehalte nützen daher den Maschinenlieferanten nichts; sie müssen den Hypothekengläubigern nachstehen, denen die eingefügten Maschinen haften (RG. Gruch. 49 S. 341).

Die Vorschrift des § 98 Nr. 1 gilt nur für solche Maschinen, die *nicht* Bestandteile des Gebäudes sind (§ 97). Die Frage, ob sie es sind, kann nicht aus § 98, sondern nur auf Grund der §§ 93, 94 entschieden werden (RG. E. 50 S. 241, JW. 1904 S. 89 Nr. 6).

Der § 98 Nr. 1 handelt von Gebäuden, deren wirtschaftlicher Zweck sich aus ihrer Einrichtung ergibt. Ein Gebäude verliert den Charakter, den es durch die dauernde

Einrichtung für einen bestimmten gewerblichen Betrieb erhalten hat, nicht dadurch, daß der Betrieb vorübergehend eingestellt, sondern nur dadurch, daß es für einen anderen wirtschaftlichen Zweck dauernd bestimmt und eingerichtet wird (RG. V. 362, 1902). Ebensowenig dadurch, daß der Betrieb auf obrigkeitliche Anordnung eingestellt werden muß, weil er ohne die erforderliche behördliche Konzession begonnen war; denn das Gebäude erlangt seinen Charakter durch die Einrichtung, nicht durch die Konzessionserteilung, und es verliert ihn weder durch Schließung wegen Nichteinholens der Konzession (RG. JW. 1904 S. 265 Nr. 16), noch auch der Regel nach durch Konzessionsentziehung (Braunschweig im Recht 1903 S. 603). Solange das Gebäude diesen Charakter nicht verloren hat, behalten die Maschinen und Geräte ihre Zubehöreigenschaft und haften daher den Hypothekengläubigern (RG. V 362, 1902).

Der § 98 greift nur einzelne Beispiele heraus, will keine erschöpfende Aufzählung geben (RG. E. 47 S. 199). Zubehör einer Apotheke ist die Apothekeneinrichtung (RG. Bolze 22 Nr. 25), Zubehör eines Restaurationsgrundstücks, auch wenn dieses nur teilweise zu diesem Gewerbebetrieb eingerichtet ist (RG. E. 48 S. 207, V. 411, 1902), ist die ganze den Restaurationszwecken dienende Einrichtung (Tische, Stühle, Gläser, Flaschen ꝛc., vgl. RG. JW. 1896 S. 11 Nr. 45. Gruch. 45 S. 1005; auch Dekorationsstücke, wie Kronleuchter, Bilder ꝛc. und dem Vergnügen der Gäste gewidmete Gegenstände, wie Karussels, Gondeln ꝛc. RG. E. 47 S. 197), Zubehör eines Gasthofs oder einer Naturheilanstalt (RG. JW. 1904 S. 265 Nr. 16) sind (wie nach dem bisherigen preuß. Rechte, RG. E. 39 S. 292) die Möbel, Betten ꝛc. in den Fremdenzimmern (RG. JW. 1904 S. 403, Seuff. A. 56 S. 345), dagegen nicht die zum persönlichen Gebrauche des Gasthofbesitzers und seiner Familie bestimmten Möbel, Betten ꝛc. Aus dem Ausdrucke „Gerätschaften" im § 98 Nr. 1 darf nicht gefolgert werden, daß nur leblose Sachen Zubehör eines für den gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes sein können; wenn die Voraussetzungen des § 97 vorliegen, können auch Pferde und andere Zugtiere Zubehöreigenschaft haben, so z. B. die Pferde, die zum Betrieb eines Speditionsgeschäfts (RG. E. 42 S. 85) oder eines Brauhauses gehalten werden (RG. E. 47 S. 262). Zum Betriebe gehört der Regel nach der Vertrieb der fertiggestellten Produkte. Ist ein Gebäude zum Betrieb und Vertriebe dauernd eingerichtet, so sind auch die zum Vertriebe bestimmten Sachen, z. B. Dampfboote, Pferde ꝛc., Zubehör dieses Gebäudes (RG. JW. 1895 S. 607 Nr. 51, 1896 S. 361 Nr. 35, E. 47 S. 197, 262, Gruch. 45 S. 1046).

3. Der Begriff des Landguts ist im BGB. nicht näher bestimmt. In den §§ 591—593 wird das Landgut dem landwirtschaftlichen Grundstück entgegengestellt. Unter diesem wird offensichtlich (Mot. II S. 441) eine einzelne Katasterparzelle verstanden, die nicht alle nach den Regeln der Fruchtfolge erforderlichen Früchte in jedem Jahre hervorbringt. Dagegen bringt das Landgut (worunter z. B. auch ein Bauerngut zu verstehen ist) die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Früchte selbst hervor. Danach sind Landgüter Grundstücke, die zum selbständigen Betriebe des Ackerbaues und der Viehzucht bestimmt sind (Rehbein BGB. 1 S. 90). Diese Selbständigkeit des Betriebs, zu dessen Ermöglichung auch die zur Unterbringung der Ernte und des toten und lebenden Inventars nötigen Gebäude vorhanden sein müssen, ist das Charakteristische des Landguts. Dagegen ist es nicht nötig, daß das Landgut sich grundbuchmäßig als eine Einheit darstellt, sondern unter den Begriff können auch mehrere, nach dem Grundbuche selbständige, aber zum gemeinsamen und einheitlichen Betriebe der Landwirschaft faktisch vereinigte Grundstücke fallen. Ein in der 2. Komm. gestellter Antrag auf gesetzliche Klarstellung des Begriffs wurde abgelehnt (Prot. V 429 f.). In dem Anerbenrechtsgef. für Westfalen v. 2. Juli 1898 § 2 (GS. S. 139) wird als Landgut bezeichnet jede ihrem Hauptzwecke nach zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmte und zur selbständigen Nahrungsstelle geeignete Besitzung, die mit einem, wenn auch räumlich von ihr getrennten, Wohnhause versehen ist.

Gerät und Vieh sind nur dann Zubehör, wenn sie zum Wirtschaftsbetriebe bestimmt sind, wie z. B. Pflüge, Eggen, Wirtschaftswagen, Zugvieh, Milchvieh ꝛc. Schweine dienen dem Wirtschaftsbetrieb insoweit, als sie eine nutzbringende Verwendung der land-

wirtschaftlichen Abfälle gestatten (Dresden in Seuff. A. 56 S. 257, Rostock Rsp. 3 S. 335). Zubehör des Landguts ist auch das Sielenzeug zum Anschirren der Pferde und Ochsen an den Pflug, an den Erntewagen. Dies Sielenzeug ist nicht etwa Zubehör des Zugtiers und erst mittelbar Zubehör des Landguts, sondern es ist nur und unmittelbar Zubehör des Gutes und folgt nicht dem vom Landgute wegverkauften Tiere. Luxuspferde und Luxuswagen, die der Gutseigentümer zum persönlichen Gebrauche hält, haben nicht Zubehöreigenschaft. Landwirtschaftliche Erzeugnisse sind (wie nach PALR. I 2 § 49) Zubehör des Landguts, soweit sie zu dessen Bewirtschaftung bis zu der Zeit erforderlich sind, zu der gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden. Insoweit gelten sie nach dem Gesetz als zum Wirtschaftsbetriebe bestimmt. Eine vom Eigentümer getroffene abweichende Bestimmung ist rechtlich bedeutungslos. Daß die gleichen oder ähnliche Erzeugnisse auf dem Landgute selbst gewonnen werden, ist nicht erforderlich (Mot. III S. 67). Der vorhandene Dünger hat (abweichend von E. I § 791) nur dann Zubehöreigenschaft, wenn er auf dem Gute gewonnen ist, unter dieser Voraussetzung aber auch dann, wenn er zur Fortführung der Wirtschaft nicht erforderlich ist. Künstlicher Dünger ist nicht Zubehör, wenn er nicht dazu bestimmt wird (vgl. Küntzel in Gruch. 41 S. 148, Prot. III S. 22).

Soweit die landwirtschaftlichen Erzeugnisse und der Dünger zur Fortführung der Wirtschaft erforderlich sind, wird von Anwendung des § 1122 Abs. 2 BGB. nicht die Rede sein können. Die im § 98 Nr. 2 aufgeführten Sachen sind unpfändbar, wenn sie Zubehör eines Grundstücks sind (ZPO. § 865 Abs. 2); andernfalls ist ihre Pfändbarkeit beschränkt durch § 811 Nr. 4 ZPO.

C. Früchte und Nutzungen.

BGB. § 99. Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird.

Früchte eines Rechtes sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, insbesondere bei einem Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen die gewonnenen Bestandteile.

Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.

Literatur. Reichel, Begriff der Frucht in Jherings J. 42 S. 205.

I. Mit Rücksicht auf die zahlreichen Bestimmungen des BGB., die den Fruchtbegriff zur Voraussetzung haben (§§ 256, 581, 585, 586, 592, 597, 743, 923, 953—957, 1037, 1039, 1043, 1055 Abs. 2, 1120—1122, 1213, 1214, 2020, 2036, 2114, 2133, 2184, 2379), ist es für erforderlich erachtet, diesen Begriff im Gesetze festzulegen. Die im § 99 aufgestellte Begriffsbestimmung soll für alle Fälle, in denen das BGB. von den Früchten handelt, maßgebend sein (Mot. III S. 68).

Das bisherige Recht ist in den Mot. III S. 68 dargestellt. Die Abweichungen des BGB. werden in den nachfolgenden Bemerkungen berührt werden.

II. Das BGB. unterscheidet:

1. Früchte einer Sache (die sog. natürlichen Früchte). Dazu gehören:

a. vor allem die organischen Erzeugnisse der Sache (Baum- und Erdfrüchte, Windbruch, das Tierjunge, die Wolle der Schafe, RG. E. 22 S. 272). Im PALR. (I 9 § 220 in Verb. mit I 2 § 110) wird der Fruchtbegriff auf die Erzeugnisse beschränkt, die ohne Verminderung der Substanz nach dem Laufe der Natur mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung aus der Sache gewonnen werden können. Diese Beschränkung ist fallen gelassen, weil sie den Begriff verdunkele, indem sie ein Moment hineinziehe, das Bedeutung nur für das einem anderen, als dem Eigentümer der Sache, zustehende Recht zum Fruchtbezuge habe; der Begriff müsse aber, um ihm eine sachgemäße Verwendung im Gesetzbuche zu sichern, unabhängig von dem Inhalte des jeweiligen Rechtes zum Fruchtbezuge bestimmt werden (Mot. III S. 68). Über die Bestimmung des § 911 vgl. S. 25 und die Anm. zu

§ 911. Nicht aufgenommen ist die unwesentliche Unterscheidung zwischen natürlichen und industriellen Früchten (code civ. Art. 583).

b. Zu den Früchten gehört ferner die sonstige Ausbeute, „die zwar nicht auf organischem Wege erzeugt wird, aber doch aus der Sache gewonnen werden muß, wenn anders diese die Vorteile gewähren soll, die ihrer (natürlichen oder der ihr durch den Eigentümer oder Eigenbesitzer gegebenen) Bestimmung entsprechen" (Mot. III S. 69). Diese Ausbeute verringert meist (nicht immer, z. B. der Regel nach nicht bei Mineralquellen) die Substanz des Grundstücks. Zur Schonung der Substanz ist die Behandlung der sonstigen Ausbeute als Frucht davon abhängig gemacht, daß sie zur bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache gehört. Wirtschaftliche Benutzung der Sache ist hier ebensowenig Voraussetzung des Fruchtbegriffs, wie bei den organischen Erzeugnissen (Mot. a. a. O. u. III S. 500 ff.) Damit ist jedoch nur ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt, der in einzelnen Fällen (§§ 581, 993, 1039, 1383, 2133) Ausnahmen erleidet. Der Schatz fällt nicht unter den Begriff der Ausbeute (vgl. Anm. zu § 1040, Rehbein BGB. 1 S. 91; a. M. Fuchs 1 S. 25).

Durch die Einbeziehung der Ausbeute in den Fruchtbegriff ist die alte Streitfrage, ob Verträge über die (bestimmungsmäßige) Ausbeutung der Torf-, Kies-, Mergel-, Lehm- ꝛc. Lager eines Grundstücks als Pachtverträge aufgefaßt werden können, im bejahenden Sinne entschieden. Übrigens bezeichnete schon das PBergg. v. 24. Juni 1865 (§ 114) die entgeltliche Überlassung der Ausbeute eines Bergwerks als Verpachtung. Selbstverständlich kann aber eine bestimmte Menge von Ausbeute aus einem bestimmten Grundstück auch zum Gegenstand eines Kaufes gemacht werden.

2. Als Früchte eines Rechtes bezeichnet § 99 Abs. 2 die Erträge, die das Recht bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewährt (z. B. die Zinsen eines verzinslichen Kapitals, dagegen nicht das Agio, das bei Rückzahlung des Kapitals zu entrichten ist, und der Regel nach auch nicht Amortisationsquoten. Vgl. Anm. 3 zu § 1076). „Die Erstreckung des Fruchtbegriffs auf diese Erträge rechtfertigt sich dadurch, daß sie in der Regel die wirtschaftliche Bedeutung der Früchte haben und deshalb auch rechtlich als solche zu behandeln sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das fruchtbringende Recht selbständig oder mit dem Eigentum an einem Grundstück (§ 96 BGB.) verbunden ist. Auch im letzteren Falle ist begriffsmäßig nicht die Sache, sondern das Recht die Quelle, aus der die Erträge fließen" (Mot. III S. 69). Geht das Recht auf Gewinnung von Bodenbestandteilen eines Grundstücks, so ist die Ausbeute Frucht des Rechtes. Dies wird im BGB. § 99 Abs. 2 besonders hervorgehoben, weil das PALR. (I 21 §§ 37, 39) im Falle des Nießbrauchs an einem Bergwerke dem Nießbraucher nur die Nutzung der Ausbeute zuspricht, also von der Auffassung ausgeht, daß nicht das Recht auf Gewinnung der Bodenbestandteile, sondern diese selbst den Gegenstand des Nießbrauchs bilden. Dem hat entgegengetreten werden sollen. Diese Erträge sind nur dann Früchte, wenn sie das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt. „Mit dieser Vorschrift wird nur gefordert, daß die objektive Beschaffenheit des dem Nießbrauch unterliegenden Grundstücks dessen Bestimmung ergibt, durch Entnahme von Bodenbestandteilen genutzt zu werden. Subjektive Rücksichten auf die Art und das Maß der bisherigen Benutzungsweise des Eigentümers kommen nicht in Betracht" (Mot III S. 503).

3. Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, sind nach § 99 Abs. 3 ebenfalls Früchte (sogen. juristische oder bürgerliche Früchte). Diese Bestimmung „beruht, sofern eine Sache Gegenstand der Nutzung ist, auf der Erwägung, daß, wenn die Sache verpachtet oder vermietet wird, der Pacht- oder Mietzins sich als Ersatz für die natürlichen Früchte und den Gebrauch der Sache darstellt. Hieraus ergibt sich von selbst, daß niemand die natürlichen Früchte und die an ihre Stelle tretende Gegenleistung zugleich gebühren können. Außer den Erträgen, die durch ein Rechtsgeschäft vermittelt werden, gehören hierher vornehmlich noch solche Erträge, die an gesetzlicher Anordnung (z. B. in Enteignungsfällen) beruhen. Gegenstand eines fruchtbringenden

bringenden Rechtsverhältnisses kann aber auch ein Recht sein; namentlich kann der Fall der Verpachtung auch bei Rechten vorkommen". (Mot. III S. 70.) Selbstverständlich sind eingedrungene Wurzeln und überragende Äste (BGB. § 910) nicht Erträge im Sinne des § 99 Abs. 3 (Rehbein BGB. 1 S. 91; a. M. Fuchs 1 S. 25).

Der Anteil an der Ausbeute, der nach bergrechtlichen Bestimmungen dem Grundeigentümer als solchem gebührt, wird im PrALR. I 21 § 37 als Kapital behandelt. Nach der Regel des § 99 Abs. 3 BGB. ist der Ertrag der sogen. Erbkuxe oder die Tradde Frucht (Mot. III S. 503).

III. 1. Nach der im § 99 getroffenen Unterscheidung sind dieselben Erzeugnisse oder dieselbe Ausbeute im Verhältnisse zum Eigentümer Frucht des Grundstücks, im Verhältnisse zu anderen Bezugsberechtigten Frucht des Rechtes. Ist das Grundstück verpachtet, so verliert das getrennte Erzeugnis ꝛc. jede Beziehung zum Eigentümer des Grundstücks; es ist nur Frucht des Bezugsrechts, und an seine Stelle tritt für den Eigentümer als Frucht der Sache, die diese vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, der Pacht- oder Mietzins. Im Verhältnisse zu den Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubigern, sowie zu den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigern tritt der Pachtzins ebenfalls an Stelle der Frucht der Sache; dagegen bleiben für sie die Erzeugnisse und die sonstige Ausbeute gegenüber einem ihnen im Range nachstehenden Nießbraucher Früchte der Sache (vgl. Anm. 7 S. 27).

2. Daß Erzeugnisse und Bodenbestandteile, solange sie nicht vom Grundstücke getrennt sind, den Hypothekengläubigern gegenüber nur als Bestandteile des Grundstücks in Betracht kommen, versteht sich von selbst (vgl. BGB. §§ 1120—1122). Darüber, ob Früchte, solange sie noch Bestandteile der Hauptsache sind, sowie darüber, ob sie, soweit sie nach § 98 Nr. 1 Zubehör des Grundstücks sind, Gegenstand besonderer Rechte sein können und inwieweit unter denselben Voraussetzungen dingliche Verfügungen über sie den Hypothekengläubigern gegenüber wirksam sind, vgl. Anm. 3 S. 18, Anm. 4 S. 22 und Anm. I 1 b, II 2, III zu § 97 S. 34. Über dieselben Fragen bezüglich der getrennten Früchte verhält sich Anm. 7 S. 27.

3. Das dingliche Recht des Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubigers erstreckt sich auch auf die Früchte im Sinne des § 99 Abs. 3, auf die Miet- und Pachtzinsforderungen. Auch diese sind jedoch der Verfügung des Eigentümers nicht entzogen. Er kann darüber frei verfügen, solange nicht eine Beschlagnahme zugunsten jener Gläubiger erfolgt ist. Wird die Forderung auf einen Dritten übertragen oder wird das Grundstück ohne die Forderung veräußert, so erlischt die Haftung der Forderung; ein an ihr bestelltes Pfandrecht und ein Pfändungspfandrecht gehen der Hypothek ꝛc. vor (BGB. § 1124). Jedoch gelten Vorausverfügungen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und folgende Kalendervierteljahr den Hypothekengläubigern ꝛc. gegenüber nicht. Ist seit der Fälligkeit der Forderung ein Jahr verstrichen, ohne daß eine Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger ꝛc. erfolgt ist, so scheidet die Forderung überhaupt aus der hypothekarischen Haftung aus, kann also auch für den Hypothekengläubiger als solchen nicht in Beschlag genommen werden (BGB. § 1123 Abs. 2 Satz 1). Ist jedoch der Zins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Zins für eine spätere Zeit, als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalenderjahr (das. Satz 2).

Nach dem PrEigG. § 31 und nach anderen Landesgesetzen sind Vorausverfügungen über den Miet- und Pachtzins nur dann unwirksam, wenn sie den eingetragenen Gläubigern zum Nachteile gereichen. Das BGB. § 1124 Abs. 2 erklärt sie dem Hypothekengläubiger gegenüber schlechthin für unwirksam. Die Mot. III S. 664 ergeben über den Grund dieser Abweichung nichts; sie beschränken sich auf die Bemerkung, daß das BGB. sich im wesentlichen den Vorschriften des preuß. Gesetzes anschließe, aber durch die Fassung Streitfragen vorzubeugen suche, zu denen dieses Gesetz mit Rücksicht auf die entsprechenden Bestimmungen

des PALR. I 20 §§ 475—481 Anlaß geben könne. Jedenfalls ist der Hypothekengläubiger nach dem BGB. von dem ihm früher aufgebürdeten Beweise, daß die Vorausverfügung ihm zum Nachteile gereiche (vgl. Turnau I S. 741 Anm. 3), befreit. Im übrigen vgl. hierüber Anm. 5 zu § 1124 BGB.

4. Wie der Anspruch auf den Miet- und Pachtzins, so haftet, wenn mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden ist (BGB. § 96), nach BGB. § 1126 der Anspruch auf Leistungen für die Hypothek. Die Leistungen sind nach § 99 Abs. 2, 3 Früchte des Rechtes, und das Recht gilt nach § 96 als Bestandteil des Grundstücks. Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher eine Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist, so daß der Eigentümer des Grundstücks nunmehr völlig frei über sie verfügen kann. Auch schon vor dem Ablaufe der Jahresfrist haben seine Verfügungen, selbst wenn sie noch nicht fällige Leistungen betreffen, dem Hypothekengläubiger gegenüber Wirksamkeit, vorausgesetzt, daß sie erfolgt sind, bevor eine Beschlagnahme stattgefunden hat; doch ist auch die vor einer Beschlagnahme getroffene Verfügung insoweit unwirksam, als sie sich auf Leistungen bezieht, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig werden. Der Hypothekengläubiger ist auf den Weg der Beschlagnahme verwiesen (BGB. § 1126 Satz 2 in Verb. mit § 1124 Abs. 1 Satz 1). Bevor eine solche zu seinen Gunsten stattgefunden hat, kann er Verfügungen über den Anspruch auf wiederkehrende Leistungen überhaupt nicht bemängeln. Mit der Übertragung an Dritte scheidet der Anspruch aus der hypothekarischen Haftung aus. Ein daran bestelltes oder durch Pfändung erworbenes Pfandrecht geht der Hypothek im Range vor (§ 1126 Satz 2 in Verb. mit § 1124 Abs. 1 Satz 2). Die Veräußerung des Grundstücks ohne den Anspruch steht der Übertragung des Anspruchs gleich, da dieser auch in diesem Falle aus der Verbindung mit dem Grundstücke gelöst wird (§ 1126 Satz 2 in Verb. mit § 1124 Abs. 3). Im übrigen vgl. die Anm. zu §§ 1124, 1126.

Das mit dem Grundstücke verbundene Recht gilt als Bestandteil und wird als solcher von den obligatorischen und dinglichen Verfügungen über das Grundstück unmittelbar ergriffen. Die dem Rechte entfließenden Ansprüche auf die einzelnen Leistungen sind dagegen weder Bestandteile noch Zubehör des Grundstücks, sondern Früchte im Sinne des des § 99 Abs. 2 und gebühren, falls nicht ein anderes vereinbart ist, beim Wechsel des Eigentums am Grundstücke, soweit sie vor der Veräußerung fällig sind (gleichviel ob sie voraus oder nachträglich zu leisten sind), dem abtretenden Eigentümer, die später fällig werdenden dem Erwerber (§ 101 Nr. 2 Halbsatz 1). Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks ist der Zeitpunkt des Zuschlags in dieser Hinsicht entscheidend (ZVG. § 56 Satz 2).

5. Die Beschlagnahme des Grundstücks, die durch die Einleitung der Zwangsversteigerung erfolgt (ZVG. § 20), umfaßt landwirtschaftliche Erzeugnisse nur, soweit sie wesentliche Bestandteile (§ 94 Abs. 1 BGB.) oder Zubehör (§ 98 Nr. 2) sind. Andere landwirtschaftliche Erzeugnisse sowie die Miet- und Pachtzinsforderungen und die Ansprüche aus einem mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen werden von ihr nicht berührt (ZVG. §§ 21, 23). Dagegen erfaßt sie die nicht landwirtschaftlichen Erzeugnisse und die sonstige Ausbeute, insbesondere die getrennten Bodenbestandteile, jedoch unter Wahrung des Rechtes des Pächters auf den Fruchtgenuß (ZVGf. § 21 Abs. 3). Eine volle Beschlagnahme, die alle der Hypothek unterliegenden Früchte umfaßt, wird durch die Anordnung der Zwangsverwaltung erreicht (ZVG. § 148). Diese nimmt dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks, so daß er nicht mehr in der Lage ist, Früchte innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft durch Trennung und Entfernung (ohne Veräußerung) dem Hypothekenrechte zu entziehen (BGB. § 1122).

Über die Ansprüche auf Miet- und Pachtzins und auf wiederkehrende Leistungen kann der Eigentümer auch nach Einleitung der Zwangsversteigerung des Grundstücks mit Wirkung gegenüber dem Hypothekengläubiger verfügen. Mit Einleitung der Zwangsverwaltung verliert er dagegen diese Verfügungsbefugnis, die vielmehr auf den Zwangsverwalter übergeht (ZVG. § 148). Diese Beschlagnahme wird aber dem Mieter-Pächter und zur Leistung Verpflichteten gegenüber erst mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie ihm bekannt oder ihm (auf Antrag des Gläubigers oder des Zwangsverwalters) ein Zahlungsverbot zugestellt wird. Verschuldete Unkenntnis reicht nicht aus, dagegen steht der Kenntnis der Beschlagnahme die Kenntnis des Antrags auf Zwangsverwaltung gleich (ZVG. § 22, 146 Abs. 1). Der einzelne Hypothekengläubiger kann zwar vor Einleitung der Zwangsverwaltung sein Recht auch durch Einzelpfändung wahren, aber nur wenn die Voraussetzungen der Vorschriften der ZPO. (§ 865 Abs. 2 Satz 2) vorliegen. Ist dies der Fall, dann handelt es sich um eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, und das Pfändungspfandrecht des Hypothekengläubigers geht nach BGB. §§ 1124 Abs. 1 Satz 2, 1126 Satz 2 den übrigen Hypotheken, selbst wenn hinterher eine allgemeine Zwangsverwaltungsbeschlagnahme stattgefunden hat, vor, soweit die Pfändung nicht wegen §§ 1124 Abs. 2, 1126 Satz 3 den übrigen Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam ist. Ebenso verhält es sich mit den Pfändungen persönlicher Gläubiger. Vgl. im übrigen § 1124 mit Anm.

BGB. § 100. Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt.

Der Begriff der Nutzungen, der in den §§ 256, 292, 302, 347, 379, 446, 452, 487, 745, 818, 987, 988, 991, 993, 1030, 1038, 1039, 1213, 1214, 1383, 1525, 1656, 1813, 2020, 2023, 2184, 2379, 2380 BGB. als bekannt vorausgesetzt wird, ist weiter als der der Früchte. Er umfaßt alle Gebrauchsvorteile, z. B. den Genuß einer Wohnung. Dieser ist der Einwirkung der Hypothek insofern nicht völlig entrückt, als im Falle der Zwangsversteigerung im Interesse der Hypothekengläubiger, nämlich zum Zwecke der Erzielung eines möglichst hohen Gebots, dem Ersteher das Recht eingeräumt ist, den Mietvertrag vor der vertragsmäßig bestimmten Zeit zu kündigen (ZVG. § 57, Denkschr. dazu S. 78). Der Schatz fällt nicht unter den Begriff der Nutzungen.

Hat der Gemeinschuldner einen nutzbaren Gegenstand durch eine nach den §§ 29 ff. KO. anfechtbare Handlung veräußert, so ist der Erwerber nach § 37 das. verpflichtet, die Nutzungen soweit herauszugeben, als sie der Konkursmasse durch die angefochtene Rechtshandlung entzogen sind, nicht nur soweit er sie gezogen und noch in Händen hat (Jaeger KO. Anm. 11 zu § 37).

BGB. § 101. Ist jemand berechtigt, die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen, so gebühren ihm, sofern nicht ein anderes bestimmt ist:

1. die im § 99 Abs. 1 bezeichneten Erzeugnisse und Bestandteile, auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat, insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung von der Sache getrennt werden;

2. andere Früchte insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden; bestehen jedoch die Früchte in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil.

1. Das BGB. regelt die Verteilung der natürlichen Früchte zwischen zwei aufeinander folgenden (obligatorisch oder dinglich) Nutzungsberechtigten auf Grund des sogen. Substanzialprinzips, nach dem es lediglich auf den Zeitpunkt der Trennung ankommt, gleichviel ob diese wirtschaftlich zu spät oder zu früh oder rechtzeitig erfolgt. Die Früchte gebühren dem, der zur Zeit der Trennung bezugsberechtigt ist. Auf demselben Standpunkte steht der code civ. (Art. 585, 1614). Das PALR. (I 7 §§ 189 ff., I 11 §§ 105, 108, I 21

§§ 29, 143 ff.) befolgt ein gemischtes System, nämlich für den Kauf und den Beginn des Nießbrauchs das Substanzialprinzip, dagegen für die Auseinandersetzung zwischen dem redlichen Besitzer und dem Eigentümer, sowie zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauchs das Produktionsprinzip, nach dem der Reinertrag des letzten Wirtschaftsjahrs zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten geteilt wird. Die Regelung des BGB. vereinfacht die Beziehungen zwischen den Beteiligten und vermeidet die tatsächlichen Schwierigkeiten, die mit einer Auseinandersetzung nach den Vorschriften des PALR. verbunden sind; sie hat aber die Folge, daß nicht auf jede Genußzeit von gleicher Dauer ein gleicher Fruchtertrag fällt. Den sich daraus ergebenden Unzuträglichkeiten kann aber durch rechtsgeschäftliche Festsetzung, worauf die Mot. III S. 72 verweisen, vorgebeugt werden. Die Worte in Nr. 1: „auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat", die im Entw. I. (§ 794) fehlten, sollen nur zur Verdeutlichung dienen (Küntzel in Gruch. 41 S. 149). Über den Eigentumserwerb des Berechtigten vgl. S. 26.

Die Regel der Nr. 1 und des ersten Halbsatzes der Nr. 2 „gilt gleichmäßig für den abtretenden und den antretenden Berechtigten, und zwar sowohl vor als nach der Zeit, in der jener von diesem abgelöst wird, ohne der in den §§ 953—957 BGB. entschiedenen Frage vorzugreifen, ob der Berechtigte durch die Trennung zugleich das Eigentum an den Früchten erwirbt. Sie folgt aus dem Rechte zur Beziehung der Früchte, da dessen Inhalt darin besteht, daß der Berechtigte befugt ist, die Früchte von der Sache zu trennen und die getrennten zu nehmen und zu behalten. Freilich kann die Trennung zur Unzeit vorgenommen oder zur rechten Zeit unterlassen werden. Allein deshalb rechtfertigt es sich noch nicht, die Verteilung der Früchte so zu regeln, daß dem Berechtigten diejenigen zugesprochen werden, die während der Zeit seiner Berechtigung ihrer Beschaffenheit oder Bestimmung nach zu trennen sind, gleichviel ob die wirkliche Trennung in dieser oder in einer anderen Zeit stattfindet . . . Die Frage, ob und welche Rechtsfolgen die unzeitige Trennung oder die Unterlassung der rechtzeitigen Trennung seitens des Berechtigten für das Verhältnis zu dem Nachfolger in der Berechtigung hat, muß ihre Lösung in dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse finden (vgl. §§ 994—1003, 1055)" (Mot. III S. 72). Bei landwirtschaftlichen Grundstücken und Landgütern besteht in bestimmten Fällen für den abziehenden Berechtigten das Recht auf Ersatz der auf die noch ungetrennten Früchte verwendeten Kosten und die Pflicht, die zur Fortsetzung der Wirtschaft erforderlichen Erzeugnisse zurückzulassen (§§ 592, 593, 1055 Abs. 2, 1421, 1663 Abs. 2, 2130).

Derselben Regel folgen diejenigen juristischen Früchte (Nr. 2 Halbsatz 1), die nicht in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, nicht in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, z. B. die Enteignungsentschädigung. Sie gebühren dem Bezugsberechtigten insoweit, als sie während der Dauer seiner Berechtigung fällig werden; Stundungen werden dabei nicht beachtet. Diese Regelung entspricht nicht völlig den Vorschriften des PALR. und des code civ. und kann zu Unbilligkeiten führen. Die Bedenken werden in den Mot. III S. 75 mit folgender Bemerkung beschwichtigt: „Indem das BGB. unter Nr. 2 Halbsatz 2 lediglich auf den Zeitpunkt der Fälligkeit sieht, schafft es einfaches und klares Recht und beugt einer Menge von Streitigkeiten vor, ohne der Besorgnis Raum zu geben, daß dieser Maßstab in einer erheblichen Zahl von Fällen ein unbilliges Ergebnis liefern werde."

2. Die in Nr. 2 Halbs. 2 aufgeführten Früchte (juristische Früchte des § 99 Abs. 3), die auf einen bestimmten Zeitraum entfallen, werden zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten nach Verhältnis der Dauer ihrer Berechtigung verteilt Die Bestimmung steht im wesentlichen im Einklange mit dem code civ. und mit dem PALR. Nur für den Beginn des Nießbrauchs enthält das PALR. I 21 § 29 eine abweichende Bestimmung.

Hierher gehört, außer den Reallastenleistungen, insbesondere der Miet- und Pachtzins. Der Anspruch auf ihn steht zweifellos zunächst nur dem Vermieter oder Verpächter zu. „Indessen folgt aus dem § 101, daß der bisherige Fruchtberechtigte, sofern er zur Einziehung des Zinses gegen den Pächter oder den Mieter obligatorisch berechtigt ist, gegenüber dem neuen Berechtigten die Verpflichtung hat, den diesem gebührenden Anteil an dem Zinse herauszugeben oder den bezüglichen Anspruch abzutreten. Praktische Rücksichten gestatten nicht, die Anwendbarkeit der Vorschrift davon abhängig zu machen, daß der Pacht- oder Mietvertrag nicht bloß für den abtretenden, sondern auch für den antretenden Fruchtberechtigten bindend ist" (Mot III S. 74). Für den Fall, daß das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter an einen Dritten veräußert wird, tritt nach BGB § 571 der Erwerber an Stelle des Vermieters in die während der Dauer seines Eigentums sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein. Dasselbe gilt für die Pacht (BGB. § 581 Abs. 2). Es bedarf in diesen Fällen keiner Abtretung, sondern der auf die Besitzzeit des Erwerbers entfallende Pacht- und Mietzins geht kraft Gesetzes auf diesen über. Vorauserhobene Beträge hat der Veräußerer dem Erwerber zu erstatten.

Die Beträge der einzelnen wiederkehrenden Erträge brauchen nicht gleich hoch zu sein (Planck Nr. 3 zu § 101).

3. Bei der Versteigerung eines Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung gebühren dem Ersteher die Nutzungen vom Zuschlag an, wie er auch von demselben Zeitpunkt ab die Lasten zu tragen hat (ZVG. § 56 Satz 2). Es finden auch in diesem Falle die §§ 101—103 BGB. Anwendung (Denkschr. z. ZVG. S. 78).

4. Nach BGB. § 993 Abs. 2 findet § 101 auch auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem gutgläubigen Besitzer Anwendung.

5. Unberührt bleiben nach Art. 59 EG. z. BGB. die Vorschriften der Landesgesetze über die Auseinandersetzung zwischen dem Allodialerben und dem Fideikommißfolger, z. B. PALR. II. 4 § 212.

BGB. § 102. Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.

Diese im § 901 des Entw. II. nur für den Besitzer gegebene Vorschrift ist in der Revisionslesung auf alle Fälle, in denen Früchte herauszugeben sind, ausgedehnt und in den allgemeinen Teil verwiesen. Sie findet Anwendung, gleichviel ob die Herausgabepflicht auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft beruht. Zu den verwendeten Kosten ist auch der Wert der Arbeitsaufwendung zu rechnen (Hölder S. 231).

D. I. Versicherungsforderungen.

1. Wie die Enteignungsentschädigung als Surrogat des enteigneten Grundstücks und die Miet- und Pachtzinsforderung an Stelle der dem Hypothekengläubiger entgehenden Nutzungen und Früchte tritt, so erstreckt sich die Hypothek (sowie die Grund- und Rentenschuld) auch auf die Forderung gegen den Versicherer auf Zahlung der Versicherungssumme für die der Hypothek unterliegenden zerstörten oder beschädigten Gegenstände (Bestandteile, Zubehör und getrennte Früchte) kraft der besonderen Vorschriften der §§ 1127—1130 BGB. An sich steht dieser dem Versicherten zukommende persönliche Anspruch in keiner derartigen Verbindung mit dem Grundstücke, daß er nach den Geboten der Rechtslogik von den dinglichen, das Grundstück betreffenden Rechtsgeschäften ergriffen werden müßte. Nach dem Grundsatze des § 281 Abs. 1 BGB. kann zwar der Käufer unter Umständen Herausgabe der Versicherungsgelder oder Abtretung des Anspruchs auf die Versicherungssumme statt des untergegangenen Kaufgegenstandes verlangen, aber nur mit der persönlichen Klage (Mot. II S. 47). Von der dinglichen Wirkung der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs wird der Versicherungsanspruch dagegen im Zweifel nicht berührt

Digitized by Google

(BGB. § 926). Der § 1127 Abs. 1 BGB. enthält demnach eine positive Ausnahmevorschrift zugunsten des Hypothekengläubigers. Er steht im wesentlichen im Einklange mit § 30 PEigG. und mit den rheinischen Gesetzen v. 12. April 1888 (§ 14 Abs. 2) und v. 17. Mai 1884 und findet vom 1. Januar 1900 ab auf alle an und nach diesem Tage eintretenden Schadensfälle, gleichviel ob die Hypothek vor oder nach dem 1. Januar 1900 eingetragen ist (vgl. RG. JMBl. 1882 S. 369, Gruch. 26 S. 822, Dernburg Preuß. HypR. S. 161, Turnau I S. 736 Anm. VIII 1), auch in denjenigen deutschen Rechtsgebieten Anwendung, wo der Grundsatz bisher nicht anerkannt war. Den besonderen Bestimmungen der §§ 1127—1130 BGB gegenüber kommen abweichende landesgesetzliche Vorschriften, die dem Versicherungsrecht angehören, nicht in Betracht (EG. z. BGB. Art. 75). Vgl. jedoch Anm. 5 S. 55.

2. Während nach § 30 PEigG. (und nach § 1067 Nr. 5 des Entw. I) nur der Anspruch des *Eigentümers* (und des Besitzers) auf die Versicherungssumme für die Hypothek haftete, unterwirft das BGB. § 1127 Abs. 1 auch in allen den Fällen, in denen ein *Dritter* (z. B. der Nießbraucher, § 1045 BGB.) *für Rechnung des Eigentümers* oder *Eigenbesitzers* die Versicherung genommen hat, den Anspruch auf die Versicherungssumme der hypothekarischen Haftung. Dies hat in den Worten: „Sind Gegenstände für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer unter Versicherung gebracht" seinen zweifellosen Ausdruck gefunden (Prot. VI S. 244).

3. Aus der Surrogatnatur der Forderung folgt von selbst, daß sie mit der Wiederherstellung des beschädigten oder mit der Beschaffung eines Ersatz-Gegenstandes aus der hypothekarischen Haftung wieder ausscheidet (BGB. § 1127 Abs. 2); statt ihrer tritt der wiederhergestellte oder beschaffte Gegenstand in diese Haftung ein.

4. Die Frage, ob und inwieweit der Versicherte durch den dinglichen Anspruch des Hypothekengläubigers gehindert ist, über den Versicherungsanspruch zu verfügen, ist im BGB. zum Teile abweichend vom bisherigen Rechte (insbesondere von §§ 30, 31 PEigG.) geregelt, indem die neue Unterscheidung zwischen der Versicherung von Gebäuden und der anderer Gegenstände gemacht wird.

a. Bei der *Gebäudeversicherung* würde die Erstreckung der Hypothek auf die Forderung den beabsichtigten praktischen Erfolg in zahlreichen Fällen nicht erreichen, wenn der Versicherte über sie, bevor sie zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen ist, mit Rechtswirkung gegen den Hypothekengläubiger frei verfügen könnte. Eine solche Verfügungsmöglichkeit würde aber auch der Surrogatnatur der Versicherungsforderung widersprechen. Denn wie dem Versicherten die rechtliche Möglichkeit, über das Gebäude zum Nachteile des Hypothekengläubigers zu verfügen, genommen ist, so muß ihm auch die Verfügung über das Surrogat des Gebäudes, über die Forderung an den Versicherer genommen werden. Dies kann mit Erfolg nur dann geschehen, wenn der Versicherer gehindert wird, die Verfügungen des Versicherten zu befolgen. Diesen Weg hat das BGB. eingeschlagen, indem es den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bezüglich der eingetragenen Hypotheken auch dem Versicherer gegenüber zur Anwendung bringt. Der Versicherer muß sich vor Auszahlung der Versicherungssumme durch Einsicht des Grundbuchs über die eingetragenen Hypotheken unterrichten und kann sich nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe (BGB. § 1128 Abs. 2 Halbsatz 2). Auf diesen Erwägungen (Mot. III S. 666) beruhen die Vorschriften des § 1128 Abs. 1, daß der Versicherer an den Versicherten mit Wirkung gegen die Hypothekengläubiger nur zahlen kann, wenn er oder der Versicherte dem Hypothekengläubiger den Eintritt des Schadens angezeigt hat und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist, ohne daß der Hypothekengläubiger gegenüber dem Versicherer der Zahlung widersprochen hat (vgl. Prot. III S. 565). Anzeige und Widerspruch sind an keine Form gebunden. Die Anzeige ist auch den nach dem Brande eingetragenen Hypothengläubigern

zu machen. Zahlt der Versicherer die Versicherungssumme unter Verletzung einer der Vorschriften des § 1128, so muß er nochmals, und zwar an den Hypothekengläubiger zahlen.

Da die Hypothek den Anspruch auf die Versicherungssumme direkt ergreift, stellt sich der Anspruch als eine verpfändete Forderung dar. Demnach sind die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften anzuwenden (§ 1128 Abs. 2 Satz 1, § 1279 mit Anm.). Demnach kann die Versicherungsforderung nur mit Zustimmung der Hypothekengläubiger durch Rechtsgeschäft aufgehoben oder zu ihren Ungunsten geändert werden (§ 1276). Eine rechtsgeschäftliche Aufhebung liegt nicht vor, wenn die Forderung nach den Versicherungsbedingungen durch ein Verhalten des Versicherten verwirkt wird. Anderweitige Verfügungen des Versicherten (z. B. Verpfändung, Abtretung) oder gegen ihn (Pfändung) sind den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam. Die Zahlung des Versicherers an den Zessionar, Pfandgläubiger ꝛc. ist ihnen gegenüber aber wirksam, wenn sie nicht binnen der im § 1128 Abs. 1 Satz 1 bestimmten Frist widersprochen haben. Die Versicherungssumme kann, wenn die Hypothekenforderung noch nicht fällig ist, nach § 1281 nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich gezahlt werden. Es würde danach der Zustimmung der Hypothekengläubiger bedürfen, wenn die Auszahlung an den Versicherten allein erfolgen soll. Die ausdrückliche Zustimmung der Hypothekengläubiger ist jedoch, zumal wenn das Grundstück mit vielen Hypotheken belastet ist, schwer zu beschaffen. Das BGB. erachtet es mit Rücksicht hierauf für genügend, wenn den Hypothekengläubigern jene Anzeige gemacht wird und sie durch ihr Schweigen während der reichlich bemessenen Frist von einem Monate zu erkennen gegeben haben, daß sie der Auszahlung an den Versicherten nicht widersprechen wollen (Prot. III S. 566). Nach Ablauf dieser Frist kann der Versicherer, vorausgesetzt daß die Anzeige an alle Hypothekengläubiger erfolgt ist, mit Sicherheit an den Versicherten oder dessen Rechtsnachfolger zahlen. Die Anzeige kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist, wenn z. B. der Aufenthalt des Hypothekengläubigers unbekannt ist. Dann wird der Monat vom Zeitpunkte des Eintritts der Fälligkeit der Versicherungsforderung berechnet (unter Anwendung der §§ 187, 188 BGB.). Nur den aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubigern ist die Anzeige zu machen. Es kann dem Versicherer nicht zugemutet werden, Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Hypotheken durch im Grundbuche nicht vermerkte Zessionen auf andere Gläubiger übergegangen sind (Prot. III S. 566). Widerspricht ein Hypothekengläubiger, was ihm nur bis zum Ablaufe der einmonatigen Frist zusteht, so muß der Versicherer auf Verlangen des Versicherten oder des Hypothekengläubigers die geschuldete Versicherungssumme an beide gemeinschaftlich zahlen oder für beide hinterlegen (BGB. § 1281 Satz 2). Die nicht widersprechenden Gläubiger werden dabei nicht berücksichtigt. Die Hypothekengläubiger, die nicht innerhalb der Frist widersprochen haben, können nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels an die Forderung (durch Pfändung) herankommen. Ein Antrag, zu bestimmen, daß der Versicherte die Auszahlung der Versicherungssumme ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger verlangen dürfe, wenn er für die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung des Gebäudes Sicherheit leistet, wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 566). Der Eigentümer und der Hypothekengläubiger sind einander verpflichtet, zur Einziehung der Forderung mitzuwirken (§ 1285 Abs. 1). Wird sie eingezogen, so sind sie einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag nach den für Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Hypothekengläubiger das Pfandrecht bestellt wird (§ 1288). Damit die Wiederherstellung des Gebäudes nicht unmöglich wird, kann der Eigentümer nach § 1288 Abs. 1 Satz 2 eine solche Art der Anlegung wählen, die eine schnelle Flüssigmachung gestattet. Ist die Hypothekenforderung fällig, so ist der Hypothekengläubiger zur Einziehung der Versicherungsforderung, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, berechtigt und der Versicherer kann nur an ihn zahlen. Insoweit kann der Hypothekengläubiger auch Abtretung an Zahlungs Statt verlangen (§ 1282). Mit der Einziehung gilt er als befriedigt (§ 1288 Abs. 2). Nach § 1290 ist nur der im

Range erste Hypothekengläubiger zur Einziehung berechtigt. Wird die Forderung durch Befriedigung dieses Gläubigers nicht erschöpft, so steht das weitere Einziehungsrecht dem nächsten Hypothekengläubiger zu, nicht etwa dem Eigentümer, dem die erste Hypothek als Eigentümergrundschuld zusteht. Der Hypothekengläubiger kann seine Befriedigung aus der Versicherungsforderung auch im Wege der Zwangsvollstreckung suchen (§§ 1282 Abs. 2, 1277).

Die Gebäudeversicherung umfaßt nicht bloß die Versicherung gegen Feuersgefahr, sondern auch die gegen Explosionsgefahr u. dgl., dagegen nicht die Glas- oder Spiegelscheibenversicherung (Mot. III S. 667).

b. Bei der Versicherung anderer Gegenstände (z. B. des Inventars, der getrennten auf dem Grundstücke vorhandenen Früchte) liegt, wie die Mot. III S. 667 hervorheben, das Verhältnis wesentlich anders, weil diese der freien Verfügung des Eigentümers unterworfen sind. Demgemäß kann auch ihr Surrogat, nämlich der Anspruch auf die Versicherungssumme, seiner Verfügung nicht entzogen, vielmehr muß der Hypothekengläubiger auf den Weg der Beschlagnahme verwiesen werden (Prot. III S. 565). Mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit wird der Anspruch von der hypothekarischen Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt (§ 1129 in Verb. mit § 1123 Abs. 2 Satz 1). Nach Ablauf dieses Jahres kann der Hypothekengläubiger als solcher den Versicherungsanspruch nicht mehr mit Beschlag belegen lassen. Verfügungen, die vor der Beschlagnahme und vor Ablauf des Jahres getroffen werden, sind dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam; die Forderung scheidet mit ihrer Übertragung an einen Dritten aus der hypothekarischen Haftung aus; erlangt ein Dritter ein Recht an ihr (z. B. ein Pfändungsrecht), so geht dieses der Hypothek im Range vor (BGB. § 1129 in Verb. mit § 1124 Abs. 1). Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird, weil auch in diesem Falle die Lösung der Verbindung mit dem Grundstück eintritt (§ 1129, 1124 Abs. 3).

5. Eine abweichende Behandlung tritt nach § 1130 BGB. ein, wenn der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet ist, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen. Dann ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Ob die Versicherungsbestimmungen durch Vertrag, Statut oder Landesgesetz getroffen sind, ist dabei gleichgültig. Insoweit bleiben die Landesgesetze unberührt, da das BGB. nichts Abweichendes vorschreibt (EG. z. BGB. Art. 75, 110). Die Vorschrift des § 1130 BGB. weicht vom § 30 Abs. 8 des PEigG. insoweit ab, als sie sich nicht nur auf die Forderung auf die Versicherungssumme für Gebäude, sondern auch auf die für andere Gegenstände bezieht und als sie nicht direkt ausspricht, daß die Forderung den Hypothekengläubigern überhaupt nicht haftet. Ob mit § 1130 der Ausschluß der hypothekarischen Haftung beabsichtigt ist, kann zweifelhaft sein.

Zahlungen, die an den Versicherten zur Wiederherstellung geleistet werden, sind den Hypothekengläubigern gegenüber auch dann wirksam, wenn das Geleistete tatsächlich nicht zu diesem Zwecke verwendet wird (Mot. III S. 665). Ein Antrag, zu bestimmen, daß die Auszahlung der Versicherungsgelder nur dann mit Wirksamkeit den Hypothekengläubigern gegenüber geschehen könne, wenn die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung der versicherten Sache sichergestellt sei, wurde von der 2. Komm. abgelehnt, weil die Durchführung einer solchen Vorschrift nicht möglich sei (Prot. III S. 563). Eine Beschlagnahme der Forderung seitens der Hypothekengläubiger steht der Zahlung an den Eigentümer in der Regel nicht entgegen (vgl. jedoch Anm. 6), weil der Versicherer eben nur zur Wiederherstellung zu zahlen hat (so auch Gierke SR. S. 867). Dennoch scheint die Forderung dem Rechte der Hypothekengläubiger nicht völlig entzogen sein zu sollen, da ihnen gegenüber nur eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten wirksam ist. Die Zahlung an einen Zessionar wird der Regel nach jenem Zweck nicht entsprechen

und vor allem kann sie nicht als eine Zahlung an den Versicherten bezeichnet werden. Nicht ersichtlich ist, wie bei einer den Versicherungsbestimmungen nicht entsprechenden Zahlung an den Versicherten der Hypothekengläubiger nochmalige Zahlung, die wiederum an den Versicherten erfolgen müßte und die dieser wiederum beliebig verwenden könnte, sollte erzwingen können und wie dies, wenn es möglich sein sollte, dem Hypothekengläubiger zum Nutzen gereichen könnte. Letzterer hat kein Mittel, die bestimmungsmäßige Verwendung zu erzwingen, und die gezahlten Geldstücke unterliegen nach den §§ 1127 ff. seinem Hypothekenrechte nicht. Trotzdem würde die Nichtausschließung der hypothekarischen Haftung mindestens für den Fall der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nicht ohne Bedeutung sein, was sich aus den Bemerkungen in Anm. 6 ergeben dürfte.

6. Nach §§ 20 Abs. 2, 21 Abs. 1 ZVG. umfaßt die Zwangsversteigerungsbeschlagnahme diejenigen Gegenstände, auf die sich bei einem Grundstücke die Hypothek erstreckt, also auch die Forderung aus einer Versicherung, soweit sich die Versicherung nicht auf solche landwirtschaftlichen Erzeugnisse bezieht, die nicht mehr mit dem Boden verbunden und nicht Zubehör des Grundstücks sind (BGB. § 98 Nr. 2). Die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ergreift nach § 148 ZVG. auch die Forderung aus der Versicherung solcher Erzeugnisse. Die Beschlagnahme wird dem Versicherten gegenüber mit dem Zeitpunkt, in dem das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerks beim Grundbuchamt eingeht, spätestens aber mit dem Zeitpunkte der Zustellung des Beschlusses, durch den die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung angeordnet ist, wirksam; dem Versicherer gegenüber dagegen erst mit dem Zeitpunkt, in dem sie ihm bekannt oder ihm das (auf Antrag des Gläubigers an ihn zu erlassende) Zahlungsverbot zugestellt wird (ZVG. § 22, 146 Abs. 1). Auf die Zustellung finden die §§ 829, 845, 928, 930, 936 ZPO. Anwendung (ZVG. § 22 Abs. 2 Satz 3, D. dazu S. 64). Zahlungen des Versicherers an den Versicherten sind dem Hypothekengläubiger gegenüber also nur dann unwirksam, wenn der Versicherer von der Beschlagnahme durch Zustellung des Verbots oder sonst Kenntnis hatte; verschuldete Unkenntnis reicht nicht aus, weil § 22 ZVG. nicht guten Glauben, der nach § 932 Abs. 2 BGB. Kenntnis und grob fahrlässig verschuldete Unkenntnis umfaßt, fordert. Die Bestimmung des § 23 Abs. 2 Satz 2 ZVG., wonach die Beschlagnahme in Ansehung der mithaftenden beweglichen Sachen als bekannt gilt, sobald der Versteigerungvermerk eingetragen ist, gilt für die Forderung aus der Versicherung nicht. Sachen sind nach der Sprache des BGB. nur körperliche Gegenstände (BGB. § 90); soll eine Vorschrift Sachen und Rechte umfassen, so wird vom Gesetzgeber (wie z. B. im § 20 ZVG.) der Ausdruck „Gegenstände" gebraucht (Mot. III S. 33). — Dagegen steht nach § 23 Abs. 2 Satz 1 ZVG. die Kenntnis des Versteigerungsantrags einer Kenntnis der Beschlagnahme gleich; ebenso die Kenntnis des Zwangsverwaltungsantrags (§ 146 Abs. 1). Im Falle der Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ist das Zahlungsverbot auch auf Antrag des Verwalters zu erlassen (§ 151 Abs. 3 ZVG.) Die Pfändung der Versicherungsforderung ist absolut (nicht etwa bloß dem betreibenden Gläubiger gegenüber) ausgeschlossen (ZPO. § 865 Abs. 2), sobald die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme des Grundstücks stattgefunden hat. Diese wird Dritten gegenüber schon mit dem Zeitpunkte wirksam, wo das Ersuchen um Eintragung des Zwangsverwaltungsvermerks dem Grundbuchamte zugeht, sofern demnächst die Eintragung bewirkt wird. Eine Fahrnispfändung, die in der Zwischenzeit zugestellt wird, ist selbst dann unwirksam, wenn eine Vorpfändung (ZPO. § 845 Abs. 2) vor jenem Zeitpunkte zugestellt war (RG. E. 26 S. 425, Bd 42 S. 366, JW. 1904 S. 575 Nr. 10).

Im Falle des § 1128 BGB. (Gebäudeversicherung) sind (vorausgesetzt, daß die Zahlung noch nicht erfolgt ist) die Beschlagnahme und das Zahlungsverbot, die auf Grund der Zwangsvollstreckung in das Grundstück angeordnet sind, dem Versicherer gegenüber auch dann wirksam, wenn der Hypothekengläubiger nach der Anzeige vom Eintritte des Schadens innerhalb der gesetzlichen einmonatigen Frist der Zahlung nicht widersprochen hat. Der bloße Widerspruch hindert dann freilich die Zahlung mit befreiender Wirkung

dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht mehr; aber der Beschlagnahme ist für den gedachten Fall ihre gesetzliche Wirkung nicht entzogen. Ist der Anspruch aber nach Ablauf jener Frist abgetreten, verpfändet oder gepfändet, so sind diese Verfügungen dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Die Beschlagnahme ist, wenn die Forderung abgetreten ist, unwirksam; die an der Forderung begründeten Pfand- oder sonstigen Rechte bleiben von der Beschlagnahme unberührt.

Im Falle des § 1129 (*Versicherung anderer Gegenstände*) erstreckt sich die Beschlagnahme, die infolge der Einleitung der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung eintritt, nicht auf den Anspruch aus der Versicherung, der mehr als ein Jahr vor der Beschlagnahme fällig geworden ist. Dieser Anspruch ist völlig aus der hypothekarischen Haftung ausgeschieden, so daß ein auf Grund des § 22 Abs. 2 ZVG. erlassenes Zahlungsverbot rechtsunwirksam ist. Der Anspruch aus der Versicherung landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die nicht Zubehöreigenschaft haben (BGB § 98 Nr. 2), wird nur von der Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ergriffen (ZVG. §§ 21, 148 Abs. 1).

Im Falle des § 1130 BGB. wird (wenn anders diese Vorschrift in Anm. 5 richtig verstanden ist) der Anspruch auf die nach den Versicherungsbestimmungen nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlende Versicherungssumme von der Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ergriffen. Die Zahlung, die nach einer solchen Beschlagnahme an den Versicherten erfolgt, kann nicht als *zur Wiederherstellung* geleistet angesehen werden, da im Falle der Zwangsversteigerung der Versicherte (mindestens der Regel nach) nicht mehr in die Lage kommt, wiederherzustellen, und im Falle der Zwangsverwaltung zu tatsächlichen Verfügungen auf dem Grundstücke nicht befugt ist (ZVG. § 148 Abs. 2). Im Falle der Zwangsverwaltung hat der Verwalter die Forderung einzuziehen (§ 152 Abs. 1 das.) und sie den Versicherungsbestimmungen gemäß zu verwenden (Mot. z. ZVG. S. 324 u. D. dazu S. 105); im Falle der Zwangsversteigerung ist die Versicherungssumme mit einem die bestimmungsmäßige Verwendung betreffenden Vorbehalt entweder an den Vollstreckungsrichter (oder an die Hinterlegungsstelle) oder an den Ersteher zu zahlen. Im ersten Falle ist sie wegen jenes Vorbehalts nicht unter die Hypothekengläubiger mit dem Kaufgelde zu verteilen, sondern ebenso, wie die noch ausstehende Forderung dem Ersteher des Grundstücks unter Angabe der Zweckbestimmung zuzuschlagen (vgl. Anm. 8. S. 58). Auch in die *Konkursmasse* des Eigentümers fällt der Anspruch auf die Versicherungssumme mit der sich aus § 1130 ergebenden Beschränkung. Es finden die für die Zwangs-Versteigerung und Verwaltung aufgestellten Grundsätze entsprechende Anwendung (Jaeger KO. Anm. 26 zu § 1).

7. Zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen kann die Forderung aus der Versicherung im Falle des § 1130 BGB. trotz § 865 ZPO. nicht gemacht werden. Eine auf Grund einer solchen Zwangsvollstreckung geleistete Zahlung würde den Hypothekengläubigern gegenüber nur dann wirksam sein, wenn sie zur Wiederherstellung verwendet und damit ihre hypothekarische Haftung ohnehin erloschen wäre (BGB. § 1127 Abs. 2). Ist die Verwendung zur Wiederherstellung nicht erfolgt, so würde dem Versicherer von den Hypothekengläubigern mit Grund entgegengehalten werden können, daß die Zahlung den Versicherungsbedingungen nicht entspreche. Der rein persönliche Gläubiger hat kein Interesse an der Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes, sondern nur daran, daß die Versicherungssumme in seine Tasche fließe und darin bleibe, und der Hypothekengläubiger ist, wenigstens der Regel nach, nicht in der Lage, ohne Einwilligung des Eigentümers auf dem fremden Grundstücke zu bauen ꝛc.

In den Fällen der §§ 1128, 1129 BGB. unterliegt der Anspruch aus der Versicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, solange nicht die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Erfolgt diese, so ist jede, auch die von einem Hypothekengläubiger veranlaßte, Pfändung unzulässig. Die schwebende Mobilarzwangsvollstreckung muß eingestellt werden; eine vor der Beschlagnahme

verfügte Überweisung zur Einziehung, die, solange die Einziehung noch nicht erfolgt ist, die Zwangsvollstreckung nicht beendet (RG. JW. 1896 S. 57 Nr. 5), wird durch die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unwirksam; im Falle des § 1129 bleibt jedoch das durch die Pfändung erlangte Vorrecht vor der Hypothek bestehen (§ 1124 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2). Durch eine vor jenem Zeitpunkte verfügte Überweisung an Zahlungs Statt scheidet dagegen die Forderung aus dem Vermögen des Versicherten aus. Erfolgt eine Überweisung an Zahlung Statt erst nach jener Beschlagnahme, so ist sie unwirksam. Sind Überweisungen entgegen dem Verbot im § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO. erfolgt und haben sie zur Zahlung geführt, so kann der Hypothekengläubiger, falls die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 ZVG. vorliegen, vom Versicherer nochmalige Zahlung, andernfalls vom pfändenden Gläubiger Erstattung des Empfangenen nach den Grundsätzen der §§ 812 ff BGB. verlangen (vgl. RG. JW. 1898 S. 91 Nr. 84, E. 40 S. 288). Vgl. Anm. 6. S. 56.

Hat eine Beschlagnahme für den Hypothekengläubiger nicht stattgefunden, so wird dieser ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Versicherungssumme auch auf dem im § 805 ZPO. vorgeschriebenen Wege im Falle des § 1129 BGB. nicht geltend machen können, weil nach § 1129 in Verb. mit § 1124 Abs. 1 Satz 2 das Pfändungspfandrecht der Hypothek im Range vorgeht.

Nach § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO. können die der Hypothek unterliegenden Gegenstände, soweit sie Zubehör des Grundstücks sind (z. B. auch landwirtschaftliche Erzeugnisse im Falle des § 98 Nr. 2 BGB.), nicht gepfändet werden. Eine Vorschrift, durch die auch die Forderung aus der Versicherung von Zubehörstücken der Pfändung entzogen wäre, enthalten die neuen Gesetze nicht. Sie werden ihr aber entzogen durch die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme (ZVG. 148).

8. Da nach § 20 Abs. 2 ZVG. die Beschlagnahme des Grundstücks diejenigen Gegenstände umfaßt, auf die sich die Hypothek erstreckt, und nach § 55 Abs. 2 daf. die Versteigerung des Grundstücks alle Gegenstände ergreift, deren Beschlagnahme noch wirksam ist, geht der Anspruch aus der Versicherung, soweit er von der Grundstücksbeschlagnahme ergriffen wird, auch ohne ausdrückliche Erwähnung in dem Zuschlagsbeschlusse mit dem Zuschlage auf den Ersteher über (Abweichung vom bisher preuß. Rechte, vgl. Turnau I S. 738 Anm. 5). Mit dem Zuschlage scheidet die Forderung aus der Haftung für die Hypotheken aus (RG. Gruch. 48 S. 1024). Im Falle der freiwilligen Veräußerung des Grundstücks gehen zwar nach der in Geltung bleibenden (EG. z. BGB. Art. 75) Bestimmung des PALR. II 8 § 2163 die Rechte und Pflichten aus der Versicherung auf den Erwerber über (RG. JW. 1898 S. 17 Nr. 44), aber nur soweit, als die Versicherung zur Zeit des Eigentumsüberganges noch läuft (RG. E. 5 S. 317). Der durch den Eintritt des Schadens bereits erwachsene Anspruch auf die Versicherungssumme geht selbst im Falle des § 1130 BGB. auf den Erwerber des Grundstücks ohne Abtretung nicht über (BGB. §§ 314, 926). Ob eine Zahlung an den früheren Eigentümer, falls dieser der Versicherte war, als zur Wiederherstellung (im Sinne des § 1130) geleistet angesehen werden kann, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden.

9. Die im § 31 PEigG. und in anderen Landesgesetzen enthaltene Bestimmung, daß die Abtretung und Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme, soweit sie zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit sei, auch wenn keine Beschlagnahme für die Hypothekengläubiger stattgefunden hat (Turnau I S. 741 Anm. 2, RG. JW. 1898 S. 189 Nr. 93, E. 41 S. 203), ist in das BGB. nicht übernommen. Demnach ist nach BGB. nur eine nach erfolgter Beschlagnahme vorgenommene Abtretung oder Verpfändung unwirksam.

Im Falle der Gebäudeversicherung (BGB. § 1128) kann der Versicherer an den Zessionar des Versicherten jedenfalls erst nach Ablauf der einmonatigen Frist mit Wirksamkeit gegen die Hypothekengläubiger zahlen. Die Anzeige vom Eintritte des Schadens

und diese Frist geben dem Hypothekengläubiger genügende Gelegenheit, sein Recht durch Erhebung des Widerspruchs oder durch Herbeiführung der Beschlagnahme zu wahren. In den Fällen des § 1129 BGB. aber sind die Hypothekengläubiger jetzt schlechter gestellt.

10. Der im EG. z. BGB. Art. 120 Abs. 2 Nr. 3 für die Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt hat für das Gebiet des preuß. Rechtes zur Zeit keine Bedeutung.

11. Der Anspruch des Eigentümers auf die Enteignungsentschädigung haftet den Realgläubigern ebenfalls als Surrogat, und zwar, soweit er sich auf ein Reichsgesetz gründet, nach denselben Grundsätzen, wie der Anspruch aus der Versicherung (vgl. Anm. B IV, V zu § 1120).

E. Lasten.

BGB. § 103. Wer verpflichtet ist, die Lasten einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu tragen, hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die regelmäßig wiederkehrenden Lasten nach dem Verhältnisse der Dauer seiner Verpflichtung, andere Lasten insoweit zu tragen, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind.

1. Diese Vorschrift ist wesentlich für den Fall des Übergangs des Eigentums an einem Grundstücke. Wie die Zubehörstücke, Früchte, Versicherungsansprüche in gewissem Sinne eine Erweiterung der Liegenschaften bilden, so die Lasten eine Verminderung.

2. Im I. Entwurfe (§ 795) wurde keine Unterscheidung danach gemacht, ob die Lasten einmalige oder in unbestimmten Zeiten wiederkehrende, oder ob sie regelmäßig wiederkehrende sind. Es sollte lediglich der Zeitpunkt der Fälligkeit entscheidend sein. Die 2. Komm. erachtete diesen Maßstab jedoch nur für die erste Gruppe von Abgaben und Lasten für zutreffend, weil solche Lasten, wie zufällige Ereignisse, von dem zu tragen seien, dem beim Eintritt ihrer Fälligkeit die Verpflichtung zu ihrer Tragung obliegt, dagegen hielt sie diese Regel bei regelmäßig wiederkehrenden Lasten und Abgaben (z. B. Grundsteuern, Feuerkassengeldern u. dergl.) für unbillig und der natürlichen Auffassung nicht entsprechend (Prot. III S. 25). In das BGB. ist die von der 2. Komm. vorgeschlagene Bestimmung aufgenommen, wonach regelmäßig wiederkehrende Lasten von nacheinander Verpflichteten nach dem Verhältnisse der Dauer ihrer Verpflichtung zu tragen sind. Das wünschenswerte Ergebnis, daß derjenige die Lasten zu tragen habe, dem die Früchte gebühren, hat sich für die Fälle des § 101 Nr. 1 und für die Regelfälle des § 101 Nr. 2 wegen der einer solchen Regelung entgegenstehenden praktischen Schwierigkeiten nicht erreichen lassen (Küntzel in Gruch. 41 S. 150).

3. Wird das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung versteigert, so hat der Ersteher nach § 56 Satz 2 ZVG. vom Zuschlag an die Lasten zu tragen. Eine laufende Rate einer regelmäßig wiederkehrenden Last ist nach Verhältnis der vor und der nach dem Zuschlage liegenden Zeit zu verteilen. Der auf die Zeit vor dem Zuschlag entfallende Teil ist mit dem sich aus § 10 Nr. 3 ZVG. ergebenden Range aus den Kaufgeldern zu berichtigen, den Rest hat der Ersteher zu zahlen. Für einen etwaigen Ausfall haftet der Ersteher nicht. Bei anderen Lasten kommt es lediglich darauf an, ob sie vor oder nach dem Zuschlage fällig werden.

4. Zu den im § 103 gemeinten Lasten gehören Abgaben, Grundsteuern, Renten, Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldzinsen, Kosten der Straßenpflasterung, Wege-, Schul-, Kirchenbaulasten 2c.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Erſter Abſchnitt.

Beſitz.

Überſicht.

Literatur: Strohal, Der Sachbeſitz in Iherings J. 38 S. 1, Bendix, Die Beſitzlehre nach dem BGB. im Recht 1900 S. 45, 69, Kniep, Der Beſitz des BGB., Franck, Beſitzwille, Gierke SR. § 114.

I. a. Der Entw. I § 797 unterſchied zwiſchen Inhabung und Beſitz. Unter Inhabung verſtand er die tatſächliche Gewalt über die Sache, unter Beſitz die Inhabung, verbunden mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die ſeinige zu haben. Der Beſitzſchutz ſollte der Inhabung, jedem tatſächlich beſtehenden Gewaltverhältniſſe gewährt werden (§§ 814—824 daſ.), und zwar ohne Unterſchied, ob die Inhabung auf einem dinglichen oder obligatoriſchen Rechtsverhältniſſe beruht. Im weſentlichen folgte damit der Entwurf dem Zuge der neueren Rechtsentwickelung (vgl. PALR. I. 7 §§ 6, 9, 141, 144—147, 150, ſächſ. BGB. § 208, RG. Fenner u. Mecke I S. 90, Seuff. A. 37 Nr. 290). Das BGB. hat den grundlegenden Gedanken aufgenommen, weichtaber in deſſen Ausgeſtaltung vom Entwurf I. erheblich ab, indem die Unterſcheidung zwiſchen Inhabung und Beſitz fallen gelaſſen iſt, ſo daß jedes Inhaben im natürlichen Sinne grundſätzlich zugleich Beſitz im techniſchen Sinne iſt. Damit iſt ein dem bisherigen Rechte völlig neuer Beſitzbegriff aufgeſtellt. In der Ausgeſtaltung des Beſitzſchutzes und der Beſitzklagen weicht das BGB. jedoch von dem Entw. I. und dem PALR. nicht grundſätzlich ab. Nicht als Beſitzer wird der Beſitzdiener oder Beſitzgehilfe behandelt (BGB. § 855).

b. Der Beſitz iſt Eigenbeſitz, wenn der Beſitzer die Sache als ihm gehörend beſitzt (BGB. § 872). Jeder Beſitz, auch der Eigenbeſitz, kann unmittelbar oder mittelbar ſein (§ 868). Er kann von einer Perſon allein oder von mehreren gemeinſchaftlich ausgeübt werden (§ 866). Auch der Teil einer Sache kann Gegenſtand des (Teil-) Beſitzes ſein.

c. Gegenſtand des Beſitzes können nach BGB. nur Sachen im Sinne des § 90 ſein, während nach PALR. (I 7 §§ 4, 5) und nach code civ. (Art 2228) auch an Rechten Beſitz und Inhabung möglich war; aber das BGB. ſchreibt entſprechende Anwendung der Vorſchriften über den Beſitzſchutz auf die Grunddienſtbarkeiten und auf die beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten in den §§ 1029, 1090 vor. Wo nach den den Landesgeſetzen vorbehaltenen Materien ein Beſitz an Rechten anerkannt iſt, bleibt dieſer beſtehen (Art. 65, 69 EG. z. BGB.). Andere Rechte können nach dem BGB. nicht Gegenſtand des Beſitzes ſein. Iſt die Ausübung eines Rechtes (z. B. des Erbbaurechts) mit dem Beſitz eines Grundſtücks verbunden, ſo wird nur dieſer geſchützt. Beſitz an einem Nießbrauch oder Pfandrecht iſt rechtlich unmöglich (a. M. Dernburg SR. § 11 Nr. 3).

d. Eine Definition des Beſitzbegriffs enthält das BGB. nicht. Aus den zahlreichen Beſtimmungen des BGB., welche vom Beſitze handeln, insbeſondere aus den §§ 854 Abſ. 1, 856 Abſ. 1 ergibt ſich, daß der unmittelbare Beſitz das tatſächliche Verhältnis einer Perſon zu einer Sache iſt, vermöge deſſen jene über dieſe die ſelbſtändige (Gegenſatz zu § 855) tatſächliche Gewalt hat. Nur im Falle des § 857 hat das Wort „Beſitz" eine andere Bedeutung; es wird eine in Wahrheit nicht vorhandene Bedeutung fingiert (vgl.

Anm. 1 zu § 857). Über den Begriff des mittelbaren Beſitzes vgl. Anm. 1 zu § 868. — Gleichgültig iſt für den Beſitzbegriff, auf welchem Grunde die tatſächliche Gewalt beruht und zu welchem Zwecke ſie ausgeübt wird (vgl. jedoch Anm. 2 zu § 872).

e. Als tatſächliches Verhältnis ſteht der Beſitz im Gegenſatze zu den Rechtsverhältniſſen in techniſchem Sinne. Dieſer Gegenſatz hat in den §§ 268, 1414 BGB. Ausdruck gefunden. Zum Unterſchiede von ſonſtigen tatſächlichen Verhältniſſen wird der Beſitz aber vom BGB. rechtlich geſchützt (§§ 859 ff.) und mit ſonſtigen rechtlichen Wirkungen bekleidet. So hat z. B. der (unmittelbare und mittelbare) Beſitzer einer Sache, wenn er Gefahr läuft, durch eine Zwangsvollſtreckung gegen den Eigentümer den Beſitz zu verlieren, das Recht, den Gläubiger zu befriedigen (§ 268 Abſ. 1 Satz 2). Rechtliche Verpflichtungen des Beſitzers ergeben ſich aus den §§ 809 ff., 896, 985 ff., 1007, 1065, 1227; rechtliche Vermutungen ſind an den Beſitz geknüpft in den §§ 851, 920, 1006, 1117 Abſ. 3, 1154 Abſ. 1 Satz 1, 1253 Abſ. 2. Alle dieſe Beſtimmungen rechtfertigen zwar nicht, den Beſitz als ein Rechtsverhältnis (ſo Gierke SR. S. 213) zu bezeichnen, ſie zeigen aber, daß er auch nicht rein tatſächlicher Natur iſt. Es mag daher gerechtfertigt ſein, ihn als Rechtspoſition zu bezeichnen (Prot. V S. 651, Mot. III S. 111). Im Sinne des § 256 ZPO. iſt der Beſitz ein Rechtsverhältnis (Planck 1 S. 28 Nr. 4); ebenſo im Sinne des § 771 ZPO. (RG. E. 14 S. 365, Bd 34 S. 422).

f. Im BGB. wird die tatſächliche Gewalt über eine Sache ſonſt überall mit dem Ausdrucke „Beſitz" bezeichnet, nur in den §§ 793 ff. (Schuldverſchreibung auf den Inhaber) iſt das feſt eingebürgerte Wort „Inhaber" beibehalten; es iſt darunter aber ebenſo der Beſitzer im Sinne des BGB. zu verſtehen, wie unter dem in anderen Geſetzen (z. B. ZPO. §§ 808, 809, 886) vorkommenden Ausdrucke „Gewahrſam" Beſitz im Sinne des BGB. zu verſtehen iſt.

II. Die §§ 854—872 regeln den Beſitz im weſentlichen nur mit Rückſicht auf den Beſitzſchutz. Es handeln §§ 854, 856 vom Beſitz-Erwerb und Verluſt, § 855 vom Beſitzdiener, § 857 von der Vererblichkeit des Beſitzes, § 858 von der verbotenen Eigenmacht und dem fehlerhaften Beſitze, §§ 859, 860 von dem Beſitzſchutze durch Selbſthilfe §§ 861—864 von dem gerichtlichen Schutze des Beſitzes, § 865 von dem Schutze des Teilbeſitzes, § 866 vom Schutze des Mitbeſitzes, § 867 von der Verfolgung des Beſitzes einer auf ein fremdes Grundſtück gelangten Sache, §§ 868—871 von dem mittelbaren Beſitze und § 872 von dem Eigenbeſitze. Über den Beſitz als Mittel eines Rechtserwerbs handeln die §§ 929 ff., 1032, 1205. Für das Liegenſchaftsrecht intereſſieren hauptſächlich die auf den Beſitzſchutz bezüglichen Vorſchriften, da dieſe in den Fällen der §§ 1029, 1090 auf Rechte an Grundſtücken entſprechende Anwendung finden. Die §§ 929 ff., 1032, 1205 beziehen ſich auf bewegliche Sachen.

III. Auch für das Liegenſchaftsrecht iſt die Frage über die rechtliche Behandlung beſtehender Beſitzverhältniſſe wichtig. In dieſer Beziehung beſtimmt Art 180 EG. z. BGB.:

„Auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Geſetzbuchs beſtehendes Beſitzverhältnis finden von dieſer Zeit an, unbeſchadet des Art. 191, die Vorſchriften des BGB. Anwendung."

Die Mot. (S. 264) bemerken hierzu: „Der Beſitz iſt ein tatſächlicher Zuſtand. Der Schutz, der ihm wird, hat ſeinen Grund in einer gegenwärtigen Sachlage, nicht in juriſtiſchen Tatſachen, die der Vergangenheit angehören. Deshalb ſind die Folgen des Beſitzes, die in die Zeit der Geltung des neuen Rechtes fallen, mögen die Zuſtände auch ſchon früher begonnen haben, nach neuem Rechte zu beurteilen. Nicht berührt werden hierdurch die Anſprüche, die in der Zeit der Geltung des alten Rechtes nach dieſem dem Beſitzer erwachſen ſind." Hiernach iſt es zweifellos, daß die Frage, ob ein tatſächlicher Zuſtand, den das neue Recht vorfindet, Beſitz iſt, nach den Vorſchriften des BGB., nicht nach denen des alten Rechtes, zu beantworten iſt. Ein in dem bisherigen Rechte als Beſitz anerkanntes Verhältnis hört mit dem Inkrafttreten des BGB. auf, ein ſolches zu ſein, wenn das BGB. es

nicht als Besitzverhältnis behandelt. So hat mit dem 1. Januar 1900 der Besitz an Reallasten aufgehört (Prot. VI S. 632 XII). Auf der anderen Seite wird die im Gebiete des gemeinen Rechtes nicht unter den Besitzbegriff gebrachte Inhabung, z. B. des Mieters, Pächters, Verwahrers ꝛc., mit dem Inkrafttreten des BGB. Besitz. Der Besitzschutz regelt sich dagegen, je nachdem die verbotene Eigenmacht vor oder nach dem 1. Januar 1900 verübt ist, nach dem älteren oder nach dem neueren Rechte (RG. E. 50 S. 8, JW. 1903 Beil. S. 105). Dauert eine Besitzstörung über den 1. Januar 1900 hinaus fort, so kann der Besitzer Anwendung des neuen Rechtes verlangen, wenn dieses ihm günstiger ist. In keinem Falle kann aber eine nach dem 1. Januar 1901 erhobene Klage auf das ältere Recht gegründet werden, wenn die verbotene Eigenmacht vor dem 1. Januar 1900 verübt ist (BGB. § 864; a. M. Niedner Anm. 2 c u. Planck 6 Anm. 3 zu Art 180 EG. z. BGB.) Die dem Besitzer einer beweglichen Sache nach § 1006 Abs. 1 BGB. zur Seite stehende Eigentumsvermutung gilt auch dann, wenn der Besitz schon vor dem 1. Januar 1900 erworben ist, und zwar gleichviel, ob die Eigentumsklage vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. erhoben ist (RG. JW. 1903 Beil. S. 89).

Wie schon erwähnt, ist nach BGB. Besitz nur an Sachen möglich, der Besitzschutz wird jedoch auch den beiden Arten von Dienstbarkeiten gewährt (BGB. §§ 1029, 1090). Nicht der Besitzbegriff wird erweitert, sondern der Besitzschutz wird auf Verhältnisse erstreckt, die nicht unter den Besitzbegriff fallen. Besondere Bestimmungen über den Schutz im Besitze beider Arten von Dienstbarkeiten für die Zeit vom 1. Januar 1900 bis zu der Zeit, in der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, enthält Art 191 Abs. 1 EG. z. BGB. und über den Schutz in der Ausübung nicht eingetragener Grunddienstbarkeiten in den Fällen der Art. 128, 187 das. für die Zeit von der Geltung des neuen Grundbuchrechts an Art. 191 Abs. 2. Im übrigen vgl. Anm. 11 zu § 1029 u. Anm. 6 zu § 1090 BGB.

IV. Der Besitz wird nicht in das Grundbuch eingetragen.

V. In der folgenden Erläuterung der § 854—872 bleiben die lediglich auf bewegliche Sachen sich beziehenden Vorschriften außer Betracht. Die §§ 854—867 beziehen sich zunächst nur auf den unmittelbaren Besitz. Inwieweit sie auf den mittelbaren Besitz Anwendung finden, wird zu § 868 erörtert werden.

§ 854.

Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

1. Der Besitz ist übertragbar und vererblich. Der unmittelbare Besitz ist entweder ein ursprünglich erworbener oder durch verbotene Eigenmacht erlangter (§ 854 Abs. 1) oder ein übertragener (§ 854 Abs. 2). Durch Übertragung kann der bisherige Besitz entweder ganz aufgehoben (z. B. bei gleichzeitigem Aufgeben des Eigentums des bisherigen Besitzes) oder zu einem mittelbaren Besitz umgestaltet werden (Fälle des § 868). Auch der Eigenbesitz kann dadurch zu einem mittelbaren werden. Der durch Übertragung erlangte unmittelbare Besitz kann weiter übertragen und dadurch zu einem mittelbaren werden. Ebenso kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird (§ 870). Der andere erlangt dadurch mittelbaren Besitz. Mittelbarer Besitz setzt das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzes voraus. Mit dem Wegfallen des Rechtsverhältnisses, auf dem der unmittelbare Besitz beruht, wandelt sich der mittelbare Besitz in einen unmittelbaren um, vorausgesetzt, daß der bisherige unmittelbare (vermittelnde) Besitzer den Besitz aufgibt. Die Worte Besitzerwerb, Besitzerlangung, Besitzverschaffung, Besitzergreifung, Inbesitznahme werden im BGB. gleichbedeutend gebraucht.

2. Gegenſtand des Beſitzes können nach BGB. nur Sachen, aber Sachen jeder Art ſein, auch reale Teile einer Sache (§ 865), auch weſentliche Beſtandteile (weil der Beſitz kein Recht an der Sache iſt), letztere jedoch nur, wenn ein abgeſonderter Beſitz ohne Trennung von der Hauptſache möglich iſt (alſo z. B. kein Sonderbeſitz an einzelnen Ziegeln oder Balken eines Hauſes, ſolange dieſe mit dem Ganzen verbunden ſind, wohl aber an Gebäuden, an abgeſonderten Wohnräumen ꝛc.). Nur an ungetrennten Früchten iſt im Falle des § 810 ZPO. Sonderbeſitz möglich. Die im § 95 BGB. aufgeführten Sachen ſind nicht Beſtandteile eines Grundſtücks, werden daher vom Beſitz an dieſem nicht ergriffen, ſondern ſind ſelbſtändig Gegenſtand des Beſitzes. Zu den Sachen im Sinne des § 854 gehören die ſelbſtändigen Gerechtigkeiten, die nach dem BGB. oder nach Landesrechten den Grundſtücken gleichgeachtet werden (S. 14 f). Ob der Beſitz der Hauptſache ſich auf ihr Zubehör erſtreckt, iſt Tatfrage des Einzelfalles; es iſt zu unterſuchen, ob mit der tatſächlichen Gewalt über die Hauptſache auch die über die Zubehörſtücke erlangt iſt. An ſich und ohne weiteres hat der Beſitz der Hauptſache dieſe Folge nicht. Die Frage, inwieweit Beſitz von Privatperſonen an öffentlichen Sachen möglich und zu ſchützen iſt, beantwortet ſich nach dem von dem BGB. nicht berührten öffentlichen Rechte (RG. Gruch. 32 S. 885).

Wenn an einzelnen zu einer Sachgeſamtheit gehörigen Sachen oder an einem quantitativen Teile der Geſamtheit ein von dem Beſitz an der Geſamtheit verſchiedenes Beſitzverhältnis begründet werden ſoll, ſo müſſen dieſe Sachen nicht bloß der Menge oder Anzahl nach, ſondern auch individuell wenigſtens inſoweit beſtimmt werden, daß der neue Beſitzer unmittelbar, d. h. ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Ausſonderung bedürfte, die tatſächliche Gewalt gerade über ſie ausüben kann (RG. E. 52 S. 389, Bd 53 S. 218).

3. Beſitzen kann jeder Rechtsfähige, alſo jede phyſiſche und juriſtiſche Perſon.

4. Erlangung der tatſächlichen Gewalt genügt zum Beſitzerwerb. „Ob dieſe Gewalt erlangt iſt, beſtimmt ſich nach den Umſtänden des einzelnen Falles“ und nach den Verkehrsanſchauungen (Planck Nr. 2 Abſ. 1 zu § 854). „Einen hierauf gerichteten Willen des Erwerbers verlangt das BGB. nicht (a. M. Franck, Beſitzwille S. 14—51, Gierke SR. S. 228). Denn es ſind auch ſolche Fälle zu berückſichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Perſon unter Umſtänden gelangt iſt, unter denen ein Erwerb nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Beſitzſchutzes beſteht. Insbeſondere trifft dies für willensunfähige Perſonen (Kinder, Geiſteskranke) zu, die andernfalls zum Erwerb eines rechtlich geſchützten Beſitzes ſchlechthin unfähig wären.“ (D. z. BGB. S. 161. Vgl. Prot. III S. 30, RG. E. 50 S. 8.) Damit wird aber nur geleugnet, daß der Beſitzwille ein ſelbſtändiges Erfordernis des Beſitzerwerbs iſt, nicht auch, daß der Beſitzwille von Erheblichkeit ſein könne. Er kann von Bedeutung ſein für die Beantwortung der Frage, ob eine tatſächliche Gewalt über die Sache begründet iſt, z. B. ob eine auf ein fremdes Grundſtück gelangte bewegliche Sache vom Eigentümer des Grundſtücks in Beſitz genommen iſt (BGB. § 867; Strohal S. 67; Biermann SR. S. 6). Da der Beſitzwille kein Erfordernis des Beſitzerwerbs iſt, ſo können nicht nur Perſonen, die in der Geſchäftsfähigkeit beſchränkt ſind, ſondern auch Geſchäftsunfähige (BGB. § 104) Beſitz erwerben, ſoweit ſie die phyſiſche Kraft haben, Sachen in ihre tatſächliche Gewalt zu bringen (Biermann S. 7). Der § 800 Abſ. 1 Entw. I, der das Gegenteil beſagte, iſt von der 2. Komm. geſtrichen (Prot. III S. 33 IV). Nicht erforderlich iſt endlich, daß der Erwerber von ſeinem Beſitze Kenntnis hat (vgl. Strohal S. 71, Biermann S. 8). Alle dieſe Fragen ſind jedoch für den Erwerb des Beſitzes an Grundſtücken von nur geringer praktiſcher Bedeutung, weshalb ein näheres Eingehen auf ſie entbehrlich erſcheint.

Anders liegt die Sache hinſichtlich der Willensfrage im Falle der Übertragung des unmittelbaren Beſitzes (BGB. § 854 Abſ. 2). Hier iſt in erſter Reihe Einigung zwiſchen dem bisherigen Beſitzer und dem Erwerber erforderlich. Die Einigung hat den Übergang des unmittelbaren Beſitzes vom bisherigen Beſitzer auf den Erwerber zum Inhalte. Die

Digitized by Google

Einigung ist ein Vertrag und daher kommen auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Verträge zur Anwendung (anders, aber im praktischen Erfolg übereinstimmend Planck 3 Nr. 3 a zu § 854). Die §§ 145 ff. sind anwendbar (a. M. Biermann S. 9), dagegen ist § 328 nicht anwendbar (Biermann das.). Da dieser Besitzerwerb sich ohne den Besitzwillen des Erwerbers nicht vollziehen kann und geschäftsunfähige Personen eines Willens im Rechtssinne nicht fähig sind, ist hier der Besitzerwerb geschäftsunfähiger Personen ausgeschlossen. Die Einigung für sich allein ist, auch wenn es sich um den Erwerb des Besitzes an einem Grundstücke handelt, an keine Form gebunden. Ist die Einigung untrennbarer Bestandteil eines umfassenderen an eine bestimmte Form gebundenen Vertrags, so teilt sie bei Verabsäumung dieser Form dessen Schicksal, wird also z. B. im Falle des § 313 Satz 2 BGB. von der formheilenden Kraft der Auflassung mitbetroffen (Biermann S. 8 Nr. 6). In der Auflassung liegt im Zweifel die Einigung nach § 854 Abs. 2.

Die Einigung genügt nur dann, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2). Der Unterschied in der Fassung der beiden Absätze ist zu beachten. Abs. 2 ist im wesentlichen erläuternder Natur (Mot. III S. 93, D. S. 161). „Die Frage der Erlangung der tatsächlichen Gewalt unterliegt einer verschiedenen Beurteilung, je nachdem ein erklärter Konsens des Tradenten und des Empfängers vorliegt oder eine Ergreifung des Besitzes ohne Konsens des bisherigen Besitzers stattfindet. Im ersten Falle ist eine Zuschreibung der tatsächlichen Herrschaft an den Empfänger schon dann innerlich begründet, wenn beide Teile zu dem Einverständnisse gelangt sind, daß die tatsächliche Gewalt nunmehr bei dem Empfänger sein solle, sofern der unmittelbaren wirklichen Ausübung dieser Gewalt keinerlei Hindernis im Wege stand. Eine an der Sache selbst vorgenommene Besitzhandlung ist nicht erforderlich ... Die tatsächliche Gewalt erfordert weder bei ihrem Beginne noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache, sondern nur eine solche Gestaltung der Umstände, daß dem Erwerber die tatsächliche Herrschaft zugeschrieben werden kann." (Mot. III S. 93.) Dazu ist erforderlich, daß der Übertragende unmittelbaren Besitz hat. Das trifft nicht zu bei dem Besitzdiener des § 855. Es ist ferner erforderlich, daß der Übertragende den unmittelbaren Besitz tatsächlich aufgibt. Von der Übertragung des mittelbaren Besitzes handelt § 870. Gleichgültig ist, an welchem Orte die Einigung erfolgt. Es ist nicht erforderlich, daß sie in dem Grundstücke, dessen Besitz übertragen werden soll, oder in der Nähe desselben geschlossen wird (KG. Rsp. 4 S. 295). Es ist auch nicht erforderlich, daß der Besitzübertragungswille symbolisch verdeutlicht wird, wenn die Einigung in absentia rei erfolgt; sondern auch hier genügt die bloße Einigung.

Es kann nach Landesgesetz (z. B. im Zusammenlegungsverfahren) die Besitzübertragung durch Besitzüberweisung seitens der Verwaltungsbehörde ersetzt und Selbsthilfe des Vorbesitzers hiergegen ausgeschlossen sein (RG. im Recht 1902 S. 372).

Die brevi manu traditio kommt als Art des Erwerbs des unmittelbaren Besitzes nicht mehr in Betracht, weil der Erwerber bereits unmittelbarer Besitzer ist (BGB. § 929 Satz 2), und das constitutum possessorium kann nur mittelbaren Besitz begründen (§ 930; vgl. Planck Nr. 6 zu § 854).

Zur Erwerbung des Eigenbesitzes ist ein Wille erforderlich (BGB. § 872). Daher können Geschäftsunfähige nicht Eigenbesitzer werden. (Biermann SR. u. Planck zu § 872; a. M. Dernburg SR. § 17 Nr. 4 c). Dasselbe gilt beim mittelbaren Besitze (§ 868).

5. Über die Frage des Besitzerwerbs durch Stellvertreter vgl. Anm. 3 zu § 855.

§ 855.

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

1. Der Besitzdiener übt die tatsächliche Gewalt über eine Sache aus, ist aber trotzdem nicht Besitzer; Besitzer, und zwar unmittelbarer Besitzer ist vielmehr der andere, selbst wenn der Diener den Willen hat, für sich zu besitzen (Prot. III S. 36 Nr. II). Besitzdienerschaft oder unselbständige tatsächliche Gewaltausübung liegt vor, wenn jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen ausübt, zu dem er in einem Abhängigkeitsverhältnisse (gleichviel ob dieses auf einem Rechtsverhältnisse beruht oder nicht) steht, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Über die einzelnen Fälle der unselbständigen Ausübung der tatsächlichen Gewalt vgl. Strohal S. 5, Prot. III S. 31. Die Frage, ob ein Besitzdienerverhältnis vorliegt, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden. Für das Liegenschaftsrecht kommt das Besitzdienerverhältnis kaum in Betracht.

Der Besitzdiener ist zur Ausübung der dem Besitzer zustehenden Selbsthilfe (§ 859 BGB.) befugt, dagegen zu Besitzklagen weder aktiv noch passiv legitimiert (§§ 860, 861). Er kann auch nicht Besitz übertragen (§ 854 Abs. 2), da ihm ein solcher nicht zusteht. Er hat dem Besitzer gegenüber kein Retentionsrecht (Prot. III S. 32).

2. Über den Besitzerwerb durch Besitzdiener bemerken die Prot. III S. 33: „Soweit zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 854 der Wille erforderlich sei, dieselbe zu haben, könne in den Fällen des § 855, in denen die von einer Person ausgeübte tatsächliche Gewalt wegen des Verhältnisses, in dem sie zu einem anderen stehe, diesem angerechnet werde, in Betreff des erforderlichen Willens, die tatsächliche Gewalt zu haben, zugleich eine Vertretung des anderen durch denjenigen stattfinden, der die tatsächliche Gewalt für ihn ausübe. Auf diese Vertretung im Willen würden die Vorschriften über die Vertretung im Willen bei Rechtsgeschäften entsprechende Anwendung zu finden haben." Die innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses seitens des Besitzdieners erlangte tatsächliche Gewalt gibt dem Besitzherrn unmittelbaren Besitz, gleichviel ob der Wille des Dieners auf diesen Erfolg gerichtet war (vgl. Biermann Nr. 4 zu § 855, Regelsberger in Jherings J. 44 S. 425).

3. Die Frage, ob unmittelbarer Besitz auch durch andere Vertreter erworben werden kann, ist im BGB. nicht entschieden. Sie ist zu bejahen für die Fälle des § 854 Abs. 2 (vgl. Biermann a. a. O., Planck Anm. 5 zu § 854); zweifelhaft ist die Entscheidung in den Fällen des § 854 Abs. 1, in denen es auf den Erwerbswillen und auf dessen Richtung nicht ankommt. Bei freier Stellvertretung erwirbt nur der Vertreter unmittelbaren Besitz. Erwirbt er im Namen des Besitzers oder sonst erkennbar für diesen, so wird der Vertretene mittelbarer Besitzer (Regelsberger a. a. O. S. 424). Ebenso erwirbt der gesetzliche Vertreter (z. B. der Vormund, der Konkursverwalter) nach herrschender Meinung unmittelbaren, der Vertretene mittelbaren Besitz (a. M. nur Förtsch in Gruch. 43 S. 545). Das Besitzrecht des Ehemannes aus § 1373 BGB. beschränkt sich auf den unmittelbaren Besitz (Oertmann in Jherings J. 44 S. 207). Bis zur Verwirklichung dieses Rechtes ist die Frau alleinige (unmittelbare) Besitzerin; mit der Verwirklichung wird sie mittelbare Besitzerin.

Der Vorstand einer juristischen Person, der als solcher die dieser gehörigen Sachen verwaltet, ist weder Besitzdiener noch Besitzer, sondern Besitzerin ist die juristische Person (RG. Rsp. 5 S. 148, Gierke SR. S. 217 Anm. 31).

§ 856.

Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.

1. Der unmittelbare Besitz wird aufgehoben durch Untergang der Sache, durch Besitzentsetzung, durch Aufgeben der tatsächlichen Gewalt, durch Übergang des Besitzes auf

einen anderen. In der Erklärung, die tatsächliche Gewalt nicht mehr haben zu wollen, kann nach Lage des Einzelfalls Aufgeben des Besitzes gefunden werden (Prot. III S. 34 XIII), insbesondere, wenn es sich um Grundstücke handelt, kann die Erklärung diese Wirkung haben (Strohal, Iherings J. 38 S. 108). Eine solche Erklärung kann von Geschäftsunfähigen rechtswirksam nicht abgegeben werden (Dernburg SR. § 21 Nr. 2, Planck Nr. 7 zu § 856, a. M. Biermann SR. S. 12). Ein mit der Erklärung des bisherigen Besitzers im Widerspruche stehendes tatsächliches Verhalten (Fortsetzung des Besitzes) nimmt der Erklärung jede rechtliche Bedeutung. Sie ist dann nicht ernstlich gemeint.

Durch Ablauf der Zeit oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder durch den Tod des Besitzers (§ 857) geht die tatsächliche Gewalt und somit der Besitz nicht unter (Biermann SR. S. 13 Nr. 4).

Bei dem Verluste durch Besitzentziehung kommt es auch dann auf die Kenntnis des Besitzers von der Entziehung nicht an, wenn es sich um ein Grundstück handelt (Prot. III S. 35).

2. Der § 813 Abs. 2 Entw. I. bestimmte: „Solange der Inhaber die tatsächliche Gewalt behält, wird durch eine Handlung desselben der Besitz nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder für einen Dritten auszuüben." Die 2. Komm. hat diese Bestimmung gestrichen, weil sie, abgesehen von den hier nicht zu berücksichtigenden Fällen des Eigentumsbesitzes, nur für die Fälle des § 855 (Besitzdienerverhältnis) Bedeutung habe, auf den Willen des Besitzdieners aber nichts ankomme (Prot. III S. 36 II). Demnach geht der Besitz des Herrn durch bloße Willenserklärung des Besitzdieners nicht unter (a. M. Biermann SR. S. 13 Nr. 5). Durch tatsächliches Aufgeben der Gewalt seitens des Besitzdieners geht der Besitz des Besitzherrn nur unter, wenn dadurch die Sache zugleich der tatsächlichen Gewalt des Herrn entzogen wird. Der Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Besitzdieners berührt den Besitz des Herrn nicht.

3. Eine ihrer Natur nach bloß **vorübergehende Verhinderung** in der Ausübung der Gewalt, z. B. Erkrankung, zeitweilige Abwesenheit des Besitzers ꝛc., hat nicht die Beendigung des Besitzes zur Folge. Aber auch dauernde körperliche oder geistige Erkrankung hat nicht diese Folge, da der Besitz durch Vertreter (z. B. durch den Vormund oder Pfleger), oder durch einen Besitzdiener, auch durch Bevollmächtigte, ausgeübt werden kann.

4. Der **mittelbare Besitz** (§ 868) endigt — abgesehen vom Untergange der Sache — durch Aufhebung des zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses, z. B. dadurch, daß der Verpächter dem Pächter das Eigentum am Pachtgrundstück überträgt (§ 929 Satz 2), ferner durch Dereliktion seitens des bisherigen mittelbaren Besitzers. Wird infolge der Aufhebung des Rechts-, z. B. Pachtverhältnisses, der unmittelbare Besitz beendigt, so konsolidiert der bisher unmittelbare Besitz zum unmittelbaren. Dasselbe ist der Fall, wenn der Pächter, Mieter ꝛc. die Sache derelinquiert. Zweifelhaft ist, ob der mittelbare Besitz durch beendigt wird, daß der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber erklärt, er wolle jetzt die Sache im Eigenbesitze haben. Die Frage ist mit Strohal (S. 111), Planck (Nr. 3 b zu § 868) u. Biermann (S. 38 Nr. 7) zu bejahen (vgl. Prot. III S. 227). Im Falle der Entsetzung des unmittelbaren Besitzers hört der Regel nach auch der Besitz des mittelbaren Besitzers auf, es sei denn, daß er selbst den vermittelnden Besitzer entsetzt, wodurch er unmittelbarer Besitzer wird, oder daß der dritte Entsetzende nur an Stelle des entsetzten unmittelbaren Besitzers treten, den mittelbaren Besitz aber unberührt lassen will, z. B. wenn der anziehende Pächter den mit dem Abziehen säumigen Pächter des Pachtbesitzes entsetzt. Überträgt der Pächter seinen Pachtbesitz auf einen anderen, so wird sein Besitz mittelbar, während der andere unmittelbarer Besitzer wird; der mittelbare Besitz des Verpächters wird dadurch nicht berührt. Durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des unmittelbaren Besitzers wird der mittelbare Besitz nicht berührt.

§ 857.

Der Beſitz geht auf den Erben über.

1. Wäre der Beſitz etwas rein Tatſächliches, ſo könnte von ſeiner Vererblichkeit keine Rede ſein. Der Beſitz iſt aber, wenn auch nicht gerade ein Recht, ſo doch eine Rechtsposition (vgl. Anm. I e S. 60). Darauf deutet insbeſondere der ihm in den §§ 859–862, 869 gewährte Schutz hin. Wird gegen den Beſitzer verbotene Eigenmacht (§ 858) ſchuldhaft verübt, ſo hat der Beſitzer gegen den Verletzer nach § 823 Abſ. 2 einen Anſpruch auf Erſatz des ihm zugefügten Schadens. Ebenſo können gegen den, der den Beſitz auf Koſten des bisherigen Beſitzers ohne Rechtsgrund erhält oder behält, Anſprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812) geltend gemacht werden. Mit Rückſicht hierauf ſowie darauf, daß im geltenden Rechte die Unvererblichkeit des Beſitzes nirgends rein durchgeführt, das geltende Recht ſich vielmehr im Anſchluß an die Auffaſſung des deutſchen Rechtes mehr und mehr gegen die Unvererblichkeit gewendet hat (Prot. V S. 650, D. z. BGB. S. 162), hat das BGB. die grundſätzliche Vererblichkeit des Beſitzes anerkannt, während der Entw. I. im § 2052 die Unvererblichkeit als Grundſatz aufſtellte, der dann nach den §§ 2053, 2054 von weitgehenden Ausnahmen durchbrochen werden ſollte. Der Beſitz geht in der Beſchaffenheit, wie ihn der Erblaſſer hatte, über.

Die Regelung des BGB., wonach der Beſitz mit dem Erbfalle ohne Beſitzergreifung auf den Erben übergeht (§§ 857, 1922 BGB.), hat den Vorteil der Entbehrlichkeit von Sonderbeſtimmungen zum Schutze des Nachlaſſes gegen Eingriffe Dritter in der Zeit zwiſchen dem Tode des Beſitzers und der Beſitzergreifung der zu dem Nachlaſſe gehörigen Sachen durch den Erben. Der Erbe wird auch vor Erlangung der tatſächlichen Gewalt als Beſitzer geſchützt. Dieſer Grundſatz findet auch Anwendung auf den Fall, daß das Vermögen eines Vereins oder einer Stiftung dem Fiskus anfällt (§ 46, 88, 1936 BGB.). Durch Hinzutreten der tatſächlichen Gewalt wird der vererbte Beſitz nicht verändert.

Das Wort „Beſitz" im § 857 kann nicht im Sinne von tatſächlicher Gewalt aufgefaßt werden; dieſe erlangt der Erbe erſt durch Beſitzergreifung (§§ 2025 Satz 2, 2027 Abſ. 2). Dieſe iſt nur möglich, wenn noch kein anderer den Beſitz erlangt hat; § 857 iſt aber gerade für die Zeit zwiſchen dem Tode des bisherigen Beſitzers und der Beſitzergreifung durch deſſen Erben von Bedeutung. Danach handelt es ſich im § 857 um eine Fiktion, daß die tatſächliche Gewalt, die der Erblaſſer ausgeübt hat, auf den Erben übergeht (Böthke in Gruch. 46 S. 151; ähnlich Planck Nr. 2 zu 857). Der Schutz dieſes fingierten Beſitzes hat den Zweck, dem Erben die tatſächliche Gewalt zu verſchaffen, nicht zu erhalten oder wieder einzuräumen (Mot. V S. 531, 533).

Vererblich iſt jede Art von Beſitz, der mittelbare jedoch nur unter der Vorausſetzung, daß der Anſpruch auf Herausgabe (BGB. § 870) auf den Erben übergeht. Nicht vererblich iſt dagegen die tatſächliche Gewalt des Beſitzdieners (§ 855 BGB.), da dieſe als Beſitz nicht anerkannt iſt. Auch der Verwaltungsbeſitz (z. B. des Teſtamentsvollſtreckers, Konkursverwalters) iſt vererblich. Hat aber der Verwalter den Beſitz durch Angeſtellte, die Beſitzdiener des Erblaſſers oder Gemeinſchuldners waren, ausgeübt, ſo hat er überhaupt keinen Beſitz erlangt und kann einen ſolchen daher auch nicht vererben (Jaeger KO. S. 614; a. M. Planck Nr. 3, Biermann Nr. 2 zu § 857, Strohal Erbr. S. 332).

Der mittelbare Mitbeſitz des durch Tod ausſcheidenden Geſellſchafters geht, ſei es auf Grund des § 738, ſei es auf Grund der §§ 736, 854 Abſ. 2 auf die übrigen Geſellſchafter über.

2. Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge fällt die Erbſchaft dem Nacherben an (§ 2139), grundſätzlich alſo der auch unmittelbare oder mittelbare Beſitz an den Nachlaßſachen. Dieſe geſetzliche Folge tritt jedoch nur dann ein, wenn der Beſitz des Vorerben oder ſeiner Erben nicht hindernd entgegentritt, wenn alſo der Nacherbe in der Lage iſt, die tatſächliche Gewalt auszuüben (vgl. Strohal Jherings J. 38 S. 104, Biermann Nr. 4

zu § 857). Dazu, den § 857 zugunsten des Nacherben nur dann anzuwenden, wenn der Vorerbe bloß den fiktiven Besitz aus § 857 erlangt hat (Strohal S. 104, Planck Nr. 4 zu § 857), dürfte kein ausreichender Grund vorliegen (Biermann a. a. O., Gierke SR. S. 241 Anm. 59). Mehrere Miterben werden Mitbesitzer.

3. Der Schutz des Besitzes des Erben gegen verbotene Eigenmacht ist verschieden, je nachdem der Erbe bloß nach § 857 oder auf Grund tatsächlicher Besitzergreifung besitzt (§ 2025). Im letzten Falle haftet der Erbschaftsbesitzer, der eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, unbedingt nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen; im ersten Falle nur, wenn er nicht gutgläubig war. Über den gesetzgeberischen Grund dieser von der allgemeinen Regel des § 992 abweichenden Unterscheidung vgl. Prot. V S. 720.

4. Die Frage, ob der Besitz kraft Gesetzes auf den Erben übergegangen sei, ist nach dem Rechte der Zeit des Erbfalles zu beantworten (EG. z. BGB. Art. 213).

§ 858.

Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.

1. *Verbotene Eigenmacht* ist nach der Begriffsbestimmung des § 858 Abs. 1 die Entziehung des Besitzes ohne Willen des unmittelbaren Besitzers oder die Störung im Besitze. „Die Bedeutung dieses Satzes für den Besitzschutz besteht in der Feststellung der Voraussetzung, woran die in den folgenden Paragraphen enthaltenen Rechtsnormen anknüpfen. Die Voraussetzung ist gegeben, wenn gegen den Besitzer eine Handlung der bezeichneten Art widerrechtlich vorgenommen ist. Es wird nicht verlangt, daß schuldhaft, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen." (Mot. III S. 110, RG. E. 55 S. 57). Nur dann ist eine solche Entziehung oder Störung keine Eigenmacht, wenn das Gesetz (z. B. in den Fällen der §§ 229, 561 Abs. 1, 859 Abs. 2, 3, 867, 904, 910, 962 und in den Fällen der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung) oder der unmittelbare Besitzer (im Falle des Mitbesitzes die Gesamtheit der Mitbesitzer) sie gestattet. Die den Regeln über Rechtsgeschäfte unterworfene Einwilligung des Besitzers muß jedoch zur Zeit der Entziehung oder Störung vorliegen; wird sie widerrufen, so liegt in jeder späteren Entziehung oder Störung verbotene Eigenmacht (RG. JW. 1897 S. 477 Nr. 52, 1904 S. 36 Nr. 18). Die Einwilligung kann darin gefunden werden, daß im Kaufvertrag anerkannt ist, die Übergabe sei erfolgt (OTr. Arch. 97 S. 102). Wer verbotene Eigenmacht behauptet, hat zu *beweisen*, daß der Eingriff ohne den Willen des Besitzers erfolgt ist (RG. E. 30 S. 110). Das Recht zum Besitze (z. B. in den Fällen der §§ 1036, 2205) gibt nicht die Befugnis zur Eigenmacht, sondern berechtigt nur zur Klage auf Besitzeinräumung. *Guter Glaube*, daß die Eigenmacht durch das Gesetz oder durch den Besitzer erlaubt sei, ist unerheblich (Rsp. 6 S. 257). *Dem Besitzdiener* kann der Besitzer die Sache wegnehmen oder sonst auf sie einwirken, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen (§ 855).

Verschulden ist nicht für die Frage, ob verbotene Eigenmacht vorliegt, wohl aber für die Entschädigungsfrage erheblich (Mot. III S. 110, Prot. II S. 572). Jede objektive Störung genügt zur Annahme verbotener Eigenmacht (RG. E. 55 S. 55, JW. 1904 S. 361 Nr. 18).

2. Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Beſitz iſt fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit iſt eine relative Eigenſchaft und beſteht dem Verletzten und ſeinen Erben gegenüber (Mot. III S. 122); Dritten gegenüber hat der Eigenmächtige Anſpruch auf vollen Beſitzſchutz (ſo auch nach bisherigem preuß. Rechte. OTr. Arch. 11 S. 89). Der fehlerhafte Beſitz geht mit dieſem Mangel behaftet auf den Erben über, wenn er den Beſitz als ſolcher nach § 857 erlangt oder tatſächlich ergriffen hat. Das Erbeſein genügt nicht, wenn der Beſitz anders erlangt, z. B. die Sache von dem Erblaſſer vor deſſen Tode tradiert iſt (Mot. III S. 123). Hat der Erbe den Beſitz als ſolcher erlangt, ſo muß er die Fehlerhaftigkeit auch dann gegen ſich gelten laſſen, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes des Erblaſſers nicht gekannt hat. Dagegen muß der Sonbernachfolger die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes ſeines Vorgängers *bei* dem Erwerbe gekannt haben. *Später* erlangte Kenntnis (mala fides superveniens) genügt nicht; ebenſowenig, daß die Nichtkenntnis auf grober Fahrläſſigkeit beruht (Prot. III S. 37). Nachfolge iſt hier nicht im Sinne von Rechtsnachfolge, ſonbern rein zeitlich zu verſtehen (Planck Nr. 3 b zu § 858). Nachfolger ſind auch ſolche, die den Beſitz nach dem erſten Nachfolger erlangt haben. Auch ſolche weiteren Nachfolger müſſen die Fehlerhaftigkeit nur bann gegen ſich gelten laſſen, wenn ſie ſie bei *ihrem* Erwerbe gekannt haben. Iſt ein Zwiſchenbeſitzer gutgläubig geweſen, ſo ſchabet ſeinem Nachfolger die Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Beſitzes *früherer* Vorbeſitzer nicht (Prot III S. 38 III). Die Kenntnis hat der des Beſitzes Entſetzte zu *beweiſen*.

3. Abweichenb vom bisherigen Rechte iſt der precario erlangte Beſitz nicht fehlerhaft.

§ 859.

Der Beſitzer darf ſich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Wird eine bewegliche Sache dem Beſitzer mittelſt verbotener Eigenmacht weggenommen, ſo darf er ſie dem auf friſcher Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wiederabnehmen.

Wird dem Beſitzer eines Grundſtücks der Beſitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, ſo darf er ſofort nach der Entziehung ſich des Beſitzes durch Entſetzung des Täters wiederbemächtigen.

Die gleichen Rechte ſtehen dem Beſitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abſ. 2 die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes gegen ſich gelten laſſen muß.

1. „Abſ. 1 ſetzt voraus, baß ber Beſitz in bem Augenblicke bes tatſächlichen Konflikts noch beſteht, und ſpricht dem zeitigen (unmittelbaren) Beſitzer in poſitiver Faſſung (gegenüber der negativen Faſſung des § 227 Abſ. 1, ber nur die Widerrechtlichkeit der Verteibigungshanblung verneint) die Berechtigung ber Verteibigung zu“ (Mot. III S. 112). Er barf ſich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Dieſe *Selbſthilfe* hat ſich in denſelben Schranken zu halten, wie die Notwehr nach § 227 Abſ. 2, wibrigenfalls Schadenerſatzpflicht nach §§ 231, 823 ff. begründet wird, wenn nicht die Vorausſetzungen des § 229 vorliegen.

2. Abſ. 2 und 3 ſetzen voraus, baß der Beſitz bem bisherigen Beſitzer bereits entzogen iſt. Dann kann ſich der Beſitzer nötigenfalls mit Gewalt wieder in Beſitz ſetzen, und zwar auch dann, wenn die Vorausſetzungen des § 229 (Nichterlangbarkeit rechtzeitiger obrigkeitlicher Hilfe und Gefahr der Vereitelung oder weſentlicher Erſchwerung ber Verwirklichung des Anſpruchs) nicht vorliegen (Mot. III S. 112). Dieſes *Selbſthilferecht* ſteht mit dem Grunbgebanken, auf bem ber Beſitzſchutz beruht, im Widerſpruche. Der Beſitzſchutz bezweckt in erſter Linie, den Rechtsfrieden zu bewahren, während bas Selbſthilferecht des § 859 Abſ. 2, 3 in gewiſſem Sinne ein Fauſtrecht geſetzlich ſanktioniert. Ein ſolches Selbſthilferecht kann jedoch nicht entbehrt werden, nur iſt es für notwenbig erachtet, es nur dann zuzulaſſen, wenn es unmittelbar nach ber Beſitzentziehung ausgeübt wirb (Prot. III S. 39). Liegt dieſe Vorausſetzung nicht vor, ſo iſt bie Selbſthilfe unerlaubt unb kann zum Schabenerſatze verpflichten (Biermann Nr. 3 c zu § 859).

Handelt es sich um bewegliche Sachen, z. B. um gemähtes Getreide, abgepflückte Kräuter, Beeren, Pilze (RG. im Recht 1903 S. 297), so darf der Besitzer sie nach Abs. 2, der sich in der Fassung dem 127 StPrO. anschließt, dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter, auch noch in dessen Behausung (Prot. III S. 39), mit Gewalt wiederabnehmen. Der Besitzer eines Grundstücks (Erbbaurechts, Bergwerks) aber darf sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen (§ 859 Abs. 3) und zu diesem Zwecke auch andere Personen hinzuziehen oder sich eines andern als Werkzeugs bedienen. Erhält der Besitzer von der Entziehung erst später Kenntnis, dann darf er das Selbsthilferecht des Abs. 3 nicht ausüben, da die Erstreckung der Ausübungsbefugnis auf eine spätere Zeit, als die sofort nach der Entziehung, nach BGB. ausgeschlossen ist (Prot. III S. 40; vgl. RG. E. in StrS. 34 S. 251). Das Wort „sofort" darf nicht zu eng ausgelegt werden. Die Zeit zur Ergreifung der zur Ausübung der Selbsthilfe erforderlichen Vorbereitungsmaßregeln muß dem Besitzer bleiben. Anderseits darf jenes Wort auch nicht im Sinne von „unverzüglich" (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, vgl. § 121 Abs. 1) verstanden werden, da dann der des Besitzes Entsetzte unter Umständen in der Lage wäre, noch geraume Zeit nach der Besitzentziehung zur Selbsthilfe zu schreiten. Gerade das hat durch den Gebrauch des Wortes „sofort" vermieden werden sollen (Prot. III S. 40). Abs. 3 ist auf Besitzstörungen entsprechend anzuwenden (Biermann Nr. 2 zu § 859).

3. Das Recht der Selbsthilfe aus Abs. 1—3 steht nur dem unmittelbaren Besitzer und Mitbesitzer zu (so auch Planck, Biermann, Kober; a. M. Dernburg SR. § 23 Nr. 7, Gierke SR. S. 250). Unmittelbarer Besitzer kann auch ein Teilbesitzer (§ 865) sein. Wegen des Besitzdieners vgl. Anm. zu § 860. Der mittelbare Besitzer macht sich verbotener Eigenmacht schuldig, wenn er den unmittelbaren Besitzer entsetzt oder stört; dagegen liegt keine verbotene Eigenmacht vor, wenn der unmittelbare Besitzer mit der Sache anders verfährt, als ihm nach dem zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisse zusteht (Strohal, S. 52; a. M. Gierke SR. S. 250 Anm. 15). Auch gegen verbotene Eigenmacht, die von Dritten gegen den unmittelbaren Besitzer verübt wird, stehen dem mittelbaren Besitzer die Befugnisse aus § 859 weder aus eigenem Rechte noch etwa als Vertreter des unmittelbaren Besitzers zu. In allen Fällen darf er die in den §§ 227 ff. einem jeden gestattete Selbsthilfe ausüben.

4. Die Selbsthilfe richtet sich gegen den Verüber der verbotenen Eigenmacht und nach § 859 Abs. 4 gegen diejenigen, die nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des (durch Eigenmacht erlangten) Besitzes gegen sich gelten lassen müssen. Die Vorschrift des § 859 Abs. 4 ist von geringer praktischer Bedeutung. Sie findet z. B. Anwendung auf den seltenen Fall, daß der Eigenmächtige unmittelbar nach der Besitzentziehung plötzlich verstirbt und der Erbe den Besitz fortsetzt.

§ 860.

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.

Dem Besitzdiener stehen selbständige Befugnisse aus § 859 nicht zu; er ist nur zur Ausübung der dem Besitzer zustehenden Rechte befugt, soweit er die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn ausübt. Zu dieser Ausübung bedarf er keiner besonderen Ermächtigung, sondern das Gesetz erteilt ihm diese Befugnis. Die Befugnis fällt fort, wenn der Besitzer ihm die Ausübung untersagt, oder wenn die Entziehung oder Störung vom Besitzherrn gestattet ist. Da der Besitzdiener nur die Rechte des Besitzers ausübt, kann diese Ausübung sich nicht gegen den Besitzer selbst richten.

§ 861.

Wird der Beſitz durch verbotene Eigenmacht dem Beſitzer entzogen, ſo kann dieſer die Wiedereinräumung des Beſitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft beſitzt.

Der Anſpruch iſt ausgeſchloſſen, wenn der entzogene Beſitz dem gegenwärtigen Beſitzer oder deſſen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden iſt.

I. 1. Die §§ 861—864 handeln von dem gerichtlichen Schutze des unmittelbaren Beſitzes. § 861 regelt die Beſitzentziehungs-, § 862 die Beſitzſtörungsklage. Beide Klagen ſtehen nach § 869 auch dem mittelbaren Beſitzer zu. Beide ſind poſſeſſoriſcher Natur. In neuerer Zeit iſt das Bedürfnis eines rein poſſeſſoriſchen Schutzes geleugnet und dieſe Richtung hat wenigſtens den Erfolg gehabt, daß ein beſonderer Beſitzprozeß in die ZPO. aus dem früheren Rechte nicht übernommen iſt. Abgeſehen hiervon läßt jedoch das geltende Recht Beſitzklagen ausnahmelos zu, und daß damit wichtige Vorteile verbunden ſind, iſt nicht zweifelhaft. „Einmal nämlich wird durch die Regelung auf der Grundlage des Beſitzſtandes feſtgeſtellt, wer von den Parteien in dem Streite um das Recht die Rolle des Klägers zu übernehmen hat. Sodann wird durch das Poſſeſſorium unter Umſtänden das Petitorium erſpart, nämlich dann, wenn ein Recht zum Haben der Sache von keiner Seite bewieſen werden kann. — Das BGB. macht in Anſehung des poſſeſſoriſchen Schutzes keinen Unterſchied zwiſchen Grundſtücken und beweglichen Sachen. Die Vorſchriften über den poſſeſſoriſchen Schutz ſind materiellrechtlicher, nicht prozeſſualer Natur. Demjenigen, gegen den ein Beſitzunrecht begangen iſt, wird ein Recht auf Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes gegeben, das vom Rechte zum Haben der Sache unabhängig iſt, nur daß der wiederhergeſtellte Zuſtand der Anfechtung aus petitoriſchen Rechtsgründen unterliegt. Die Vorſchriften der ZPO. über einſtweilige Verfügungen (§§ 935—942) ſind prozeſſualer Natur; denn ſie gewähren nicht beſondere ſelbſtändige Anſprüche, ſondern beſtimmen nur Sicherheitsmaßregeln behufs der Verwirklichung gerichtlich geltend gemachter petitoriſcher Anſprüche. — Die Vorſchriften des BGB. über die Beſitzklagen ſtehen mit den Vorſchriften über die Verteidigung und Selbſthilfe des Beſitzers in einem engen inneren Zuſammenhange. Die geſetzliche Erlaubnis zur Gewaltanwendung gibt einen ſehr unſicheren Schutz. Man darf an die Verſäumung der Gewaltanwendung keine Nachteile knüpfen; auch iſt der Erfolg der Gewaltanwendung ſehr ungewiß. Es muß deshalb der Beiſtand des Staates hinzutreten. Dies geſchieht im BGB. in der Weiſe, daß, wenn verbotene Eigenmacht geübt und hierdurch eine Veränderung in dem Beſitzſtande hervorgebracht iſt, der auf die Unterlaſſung der verbotenen Eigenmacht gerichtete geſetzliche Befehl von dem anderen geſetzlichen Befehl abgelöſt wird, der dem Eigenmächtigen die Reſtitution des früheren Beſitzſtandes auferlegt und dem Verletzten den entſprechenden Reſtitutionsanſpruch verſchafft. Dieſer Anſpruch iſt als Erſatz und Ergänzung der Verteidigungs- und Selbſthilfebefugnis ebenſo wie dieſe in ſeiner Durchführung unabhängig von der petitoriſchen Rechtsfrage; eine weitere Übereinſtimmung zeigt ſich darin, daß der poſſeſſoriſche Anſpruch ebenſo wie die erlaubte Privatgewalt den Verletzten nur bei ſeiner früheren räumlichen Herrſchaft erhalten will, mithin nur die Wiederherſtellung des früheren Beſitzſtandes, nicht aber eine Wiederherſtellung des früheren Vermögensſtandes bezielt." (Mot. III S. 117.)

2. Die Beſitzklage und die Klage aus dem Rechte zum Beſitze ſind völlig unabhängig voneinander. Sie können nebeneinander herlaufen. Der Entw. I enthielt in § 823 Abſ. 1 die ausdrückliche Beſtimmung: „Durch die Erhebung der Beſitzklage wird die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch eie Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Beſitzklage nicht gehindert." Die 2. Komm. hat dieſe Beſtimmung als ſelbſtverſtändlich geſtrichen (Prot. III S. 45).

3. Beide Besitzklagen haben zur Voraussetzung, daß der durch Verübung verbotener Eigenmacht durch den Beklagten hervorgerufene Zustand zur Zeit der Erhebung der Klage noch besteht (Mot. III S. 123, 125). Beiden Klagen gegenüber kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur mit der Beschränkung des § 863 entgegengesetzt werden. Beide erlöschen nach § 864. Beide Klagen setzen kein Verschulden des Beklagten voraus. Liegt Verschulden vor, so ist überdies Klage auf Schadenersatz nach §§ 823 ff. gegeben. Neben den Klagen aus den §§ 861, 862 BGB. dienen zum Schutze des Besitzes noch die Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) und die an die Stelle der publizianischen Klage getretene Klage aus dem früheren Besitze (§ 1007 BGB.), die jedoch nur in Ansehung beweglicher Sachen zulässig ist (Abweichung vom bisherigen Rechte).

4. Für die Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist. Bei den eine Grunddienstbarkeit betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend (§ 24 ZPO.). Der Wert des Streitgegenstandes wird durch den Wert der Sache bestimmt, wenn deren Besitz Gegenstand des Streites ist (§ 6 das.). Letztes trifft unbedingt nur auf die Besitzentziehungsklage zu. Eine Besitzstörung kann auch in Frage kommen, wenn der Besitz nicht streitig ist. Dann ist der Wert nach § 3 ZPO. zu bestimmen (vgl. RG. E. 3 S. 390).

Der § 232 Abs. 2 ZPO. a. F. bestimmte, daß die Besitzklage und die Klage, durch die das Recht selbst geltend gemacht wird, nicht in einer Klage verbunden werden können. Der an die Stelle jenes Paragraphen getretene § 260 ZPO. enthält diese Bestimmung nicht. Die Begründung zu § 260 sagt zur Rechtfertigung dieser Fortlassung: „Die ZPO. kennt für den Besitzprozeß besondere Verfahrensvorschriften nicht und es fehlt daher an einem durchschlagenden Grunde für dieses Verbot. Auf der anderen Seite gewährt die Verbindung dem Kläger den Vorteil, sich für den Fall, daß die Besitzklage nicht durchdringen sollte, auf das Recht selbst stützen zu können. Unter Umständen liegt es aber auch im Interesse des Beklagten, wenn er der Besitzklage eine Widerklage entgegensetzen darf, durch die seinerseits das Recht selbst geltend gemacht wird. In Betracht kommt hier die Vorschrift des BGB. § 864 Abs. 2, derzufolge der Besitzanspruch erlischt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann." Danach ist fortan die Verbindung der Besitzklage und der Klage aus dem Rechte zum Besitz unzweifelhaft zulässig. Ob der Besitzklage aber eine Widerklage aus dem Rechte zum Besitz entgegengestellt werden kann, bleibt zweifelhaft. Nach § 863 BGB. kann den Besitzansprüchen gegenüber ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der Störung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß keine verbotene Eigenmacht vorliege. Das RG. (E. 23 S. 396, Gruch. 38 S. 1174, JW. 1897 S. 228 Nr. 3) hat auf Grund der Vorarbeiten zur ZPO. (§ 33) angenommen, daß Ansprüche im Wege der Widerklage dann nicht erhoben werden können, wenn ihre Geltendmachung im Wege der Einrede durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen sei. Das oberste LG. für Bayern (Seuff. A. Bd 48 S. 92) hat dagegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 33 ZPO. sich für das Gegenteil entschieden. Durch die erwähnte Änderung des § 232, jetzt 260 ZPO. und durch die oben mitgeteilte Bemerkung in der Begründung wird die Streitfrage, die auch in der Rechtslehre besteht, nicht aus der Welt geschafft. Die Gründe für die Nichtzulassung einer solchen Widerklage dürften überwiegen (Planck Nr. 4 zu § 863). Gegen die Besitzstörungsklage kann Widerklage auf Besitzeinräumung (§ 862 Abs. 2) erhoben werden (Gierke SR. S. 257 Anm. 44).

Die Verbindung der Besitzklagen mit anderen Klagen war schon nach der früheren Fassung der ZPO. nicht ausgeschlossen. Bezüglich der Zulässigkeit der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen in Verbindung mit der Besitzklage herrschte im älteren Rechte

Rechtsverſchiedenheit. Im allgemeinen war eine ſolche Verbindung zuläſſig; nur die PAGO. I. 31 § 17 verwies den Anſpruch auf Erſatz eines aus der Entſetzung oder Störung dem Beſitzer entſtandenen Schadens zur beſonderen Verhandlung. Die Mot. III. S. 119 gehen davon aus, daß dieſe Verbindung unzuläſſig ſei. In den §§ 861, 862 BGB. hat dies jedoch keinen Ausdruck gefunden. Daß die Klage aus dem Rechte zum Beſitze mit der Klage auf Entſchädigung verbunden werden kann, iſt zweifellos. Ebenſo unzweifelhaft iſt, daß nach Streichung des § 232 Abſ. 2 ZPO. a. F. alle drei Klagen verbunden werden können. Es iſt kein Grund vorhanden, aus dem die Verbindng der Beſitz- mit der Entſchädigungsklage ohne gleichzeitige Verbindung mit der Klage aus dem Rechte zum Beſitz unzuläſſig erſchiene. An und für ſich gehen die Beſitzklagen freilich nur auf Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes. Dieſer Umſtand hat aber mit der prozeſſualen Frage der Zuläſſigkeit der Klagenverbindung nichts zu ſchaffen. Die Beſitzklagen haben, ſoweit die verbotene Eigenmacht *ſchuldhaft* verübt iſt, offenbar auch die Tendenz, der Entſchädigungsklage die Wege zu bereiten. Es wäre gegen alle Grundſätze der Prozeßökonomie, wenn dieſer Zweck erſt durch Anſtellung eines zweiten Prozeſſes erreicht werden könnte (ſo auch Biermann Nr. 3 zu § 861).

II. Was die *Beſitzentziehungsklage* im beſonderen anlangt, ſo iſt

1. *zur Klage befugt* nur der Beſitzer (auch der mittelbare § 869), nicht auch der Beſitzdiener, der *nur* die dem Beſitzer nach § 859 zuſtehenden Rechte ausüben darf (§ 860). Dem mittelbaren Beſitzer ſteht die Beſitzentziehungsklage gegen den ſeinen Beſitz vermittelnden unmittelbaren Beſitzer (§ 868) nicht zu (§ 869 Satz 2; a. M. Gierke SR. S. 255). Über das Klagenrecht des Mitbeſitzers vgl. § 866. Die *Vererblichkeit* der Klage ergibt ſich aus § 1922 Abſ. 2. Der Anſpruch iſt auch *abtretbar*.

2. Die Klage iſt gegen den gegenwärtigen Beſitzer, d. h. gegen den, der zur Zeit der Erhebung der Klage im Beſitz iſt, zu richten. Verliert der Beklagte den Beſitz *während des Prozeſſes*, ſo wird er von der Beſitzklage, bis auf ſeine Haftung für die Koſten des Verfahrens (Mot. III S. 124), frei, dagegen nicht von der verbundenen Schadenerſatzklage (Planck Nr. 2 c; a. M. Biermann Nr. 2 b zu § 861). Entzieht der mittelbare Beſitzer dem ſeinen Beſitz vermittelnden unmittelbaren Beſitzer den Beſitz mittels verbotener Eigenmacht, ſo iſt die Beſitzentziehungsklage gegen ihn zuläſſig. Dagegen iſt die Klage gegen den Beſitzdiener an ſich nicht gegeben; anders jedoch, wenn der Beſitzdiener ſeine Gewaltausübung in Beſitz umwandelt. Dann iſt er aber eben nicht mehr Beſitzdiener, ſondern Beſitzer.

3. Der gegenwärtige Beſitz des Beklagten *muß* dem Kläger gegenüber *fehlerhaft* ſein. Darüber, wann dies der Fall iſt, vgl. Anm. 1, 2 S. 67. Der Beſitz des Pächters (vermittelnden Beſitzers), der nach Ablauf der Pachtzeit die Rückgabe des Pachtguts an den Verpächter (mittelbaren Beſitzer) verweigert, iſt nicht fehlerhaft, weil der Pächter den Beſitz nicht durch verbotene Eigenmacht *erlangt* hat (§ 858 Abſ. 2; Strohal S. 122, RG. E. in StrS. 36 S. 323). Dasſelbe trifft auf den zu, dem der vermittelnde Beſitzer den Beſitz übertragen hat (vgl. Anm. 1 zu § 869). Hatte der mittelbare Beſitzer den Beſitz durch verbotene Eigenmacht erlangt, ſo kann der Verletzte auch ihn mit der Beſitzentziehungsklage belangen (vgl. § 986; Strohal S. 126). Endlich iſt (abweichend vom bisherigen Rechte) die Beſitzentziehungsklage auch nicht gegen den *Prekariſten* gegeben, da dieſer den Beſitz nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt (Mot. III S. 118). Gegen den *Zwangsverwalter*, der ein Grundſtück im Auftrage des Gerichts zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beſitz nimmt, iſt die Beſitzentziehungsklage nicht begründet; gegen einen *Beauftragten* nur dann, wenn dieſer ſelbſt Beſitz erlangt hat. Gegen die im *Zwangsvollſtreckungsweg* erfolgte Beſitzentſetzung iſt dem Entſetzten auch gegen den Vollſtreckungsgläubiger die Beſitzklage nicht gegeben; er iſt auf den Rechtsbehelf aus § 766 Abſ. 1 ZPO. beſchränkt, falls nicht eine unerlaubte Handlung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt oder die Vorausſetzungen einer Klage aus § 767 Abſ. 1 ZPO. gegeben ſind (RG. Rhein. A. 98 Abt. 2. S. 211).

4. Die Besitzentziehungsklage geht auf Wiedereinräumung des Besitzes. Hat der Kläger rechtskräftig obgesiegt, so hat, wenn es sich um eine unbewegliche Sache (ein Grundstück) handelt, der Gerichtsvollzieher den Beklagten aus dem Besitze zu setzen und den Kläger in den Besitz einzuweisen (ZPO. § 885 Abs. 1). Die Voraussetzungen des Anspruchs muß der Kläger beweisen, also daß er bis zur Entziehung im Besitze gewesen ist, daß ohne seinen Willen eine Entziehung stattgefunden hat, daß der Beklagte gegenwärtiger Besitzer ist und entweder selbst der Entziehende gewesen oder Nachfolger des Eigenmächtigen ist und die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers nach § 858 Abs. 2 Satz 2 BGB. gegen sich gelten lassen muß (im Falle der Sondernachfolge insbesondere die Kenntnis des Beklagten von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers). Leugnet der Beklagte die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes, so hat der Kläger auch diese zu beweisen. Dem Beklagten bleibt der Gegenbeweis offen, daß die Entziehung gesetzlich statthaft gewesen sei. Ihm liegt auch der Beweis für seine Behauptung ob, daß der Kläger nur Besitzdiener sei.

5. Die Behauptung des Beklagten, daß er nur Besitzdiener sei, enthält gegenüber der aus § 854 BGB. zu entnehmenden Regel, daß tatsächliche Gewalt über eine Sache Besitz ist, einen vom Beklagten zu beweisenden Einwand (Biermann Nr. 4 zu § 861). Andere Einwendungen ergeben sich aus § 864 Abs. 1, 2. Ganz besonders hervorgehoben ist im § 861 Abs. 2 der Einwand fehlerhaften Besitzes des Klägers. Dem Beklagten ist gestattet, sich der Besitzentziehungsklage gegenüber einwandweise auf eine gegen ihn oder seinen Rechtsvorgänger (Erblasser oder sonstige Vorgänger im Besitze, Planck Nr. 4 a zu § 861; a. M. Biermann Nr. 5. zu § 861) verübte Besitzentziehung zu berufen, die länger als ein Jahr seit der Geltendmachung zurückliegt, wenn nur diese Besitzentziehung innerhalb des letzten Jahres vor derjenigen Entziehung erfolgt ist, auf die der Kläger seine Besitzklage stützt. Der Entw. I. § 824 Satz 1 wollte den Einwand nur bezüglich solcher verboten-eigenmächtigen Handlungen zulassen, seit deren Vornahme zur Zeit der Geltendmachung nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Die 2. Komm. hielt die Änderung für geboten, weil sonst der zuletzt Entsetzte es in seiner Hand haben würde, seine Besitzklage bis zum Ablauf eines Jahres seit der von ihm begangenen Besitzentziehung hinauszuziehen und auf diese Weise dem Beklagten den Einwand des fehlerhaften Besitzes abzuschneiden. Bei dieser Gelegenheit wurde ohne Widerspruch bemerkt, daß, wie der Klage der Einwand der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers entgegengesetzt werden könne, so unter den entsprechenden Voraussetzungen dieser Einwand durch die Replik der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten beseitigt werden könne, und der Replik wieder eine entsprechende Duplik entgegenstehe ꝛc. Maßgebend sei der allgemeine Grundsatz, daß niemand sich auf die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Gegners berufen könne, der selbst innerhalb eines Jahres vor der fehlerhaften Besitzerlangung des Gegners diesem gegenüber den Besitz fehlerhaft erlangt hat (Prot. III S. 43 VII). Die einjährige Frist ist eine Ausschlußfrist; sie läuft in allen Fällen von der ersten Besitzentziehung (Strohal S. 132, Biermann Nr. 5 zu § 861); sie darf noch nicht abgelaufen sein zur Zeit der Besitzentziehung, auf die sich die Klage gründet (D. z. BGB. S. 165). Ist das Jahr verstrichen, so ist der Anspruch ausgeschlossen. Der Richter muß dann die Klage abweisen, wenn auch der an sich beweispflichtige Beklagte den Verlauf der Frist nicht eingewendet hat. (Strohal u. Biermann a. a. O.)

Die aus dem kanonischen Rechte stammende Spolieneinrede hat das BGB. nicht übernommen (Mot. III S. 125).

§ 862.

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.

Der Anſpruch iſt ausgeſchloſſen, wenn der Beſitzer dem Störer oder deſſen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft beſitzt und der Beſitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden iſt.

I. Vgl. die allgemeinen Bemerkungen in Anm. I zu § 861.

II. Der § 862 handelt von der Beſitzſtörungsklage, die für das Liegenſchaftsrecht, auch für die Dienſtbarkeiten, von beſonderem Intereſſe iſt. Sie ſetzt:

1. „dem auf Wiederherſtellung des früheren Beſitzſtandes gerichteten Zwecke der Beſitzklagen entſprechend voraus, daß durch verbotene Eigenmacht ein tatſächlicher Zuſtand geſchaffen iſt, der fortwirkend den Beſitz beeinträchtigt. Die lediglich in der Vergangenheit liegende Handlung verbotener Eigenmacht iſt als ſolche, wenn ſie nicht auf einem Verſchulden beruht, rechtlich überhaupt bedeutungslos". (D. z. BGB. S. 165.) Die Handlung muß eine Beſitzſtörung enthalten. Den Begriff der Störung definiert das BGB. nicht. Die Beſitzſtörung kann darin beſtehen, daß direkt in den Beſitzſtand des Beſitzers eingegriffen wird, oder daß Beſitzhandlungen desſelben verhindert werden (OTr. Arch. 1 S. 346, Bd 9 S. 217, E. 44 S. 51). Ein direkter Eingriff liegt z. B. darin, daß auf dem Grundſtücke des Beſitzers Schutt abgeladen, ein Gebäude oder eine ſonſtige Anlage errichtet wird; daß von einem Militärſchießplatze Geſchoſſe auf das Grundſtück hinüberfliegen (RG. JW. 1896 S. 14 Nr. 55, E. 55 S. 55), daß der Eigentümer eines Grundſtücks, unter dem ſich ein Bergwerk befindet, Bohrverſuche anſtellt (OTr. Arch. 32 S. 62). Ein Wegerecht wird dadurch geſtört, daß der Weg durch einen Graben oder Zaun geſperrt wird (OTr. Arch. 18 S. 164), dagegen nicht ſchon dadurch, daß das Grundſtück zum Bebauen verkauft wird. Erſt im Bebauen würde die Störung liegen (RG. JW. 1900 S. 594 Nr. 16). Die Errichtung eines Schlagbaums oder Torwegs enthält eine Störung des Wegerechts nur dann, wenn dem Berechtigten nicht die Möglichkeit zum Öffnen dieſer Verkehrshinderniſſe (z. B. durch Übergeben des Schlüſſels) gewährt wird (OTr. Arch. 51 S. 131, anders daſ. Bd 23 S. 271). Auch in der Zuführung von Geräuſchen kann eine Beſitzſtörung liegen (RG. Rſp. 9 S. 265). Die Frage, ob eine Beſitzſtörung auch durch Worte, nämlich durch Verbieten, Berühmen, Drohen ꝛc. verübt werden kann, iſt der Entſcheidung durch die Rechtslehre und Rechtſprechung vorbehalten (Mot. III S. 126). Der Regel nach wird die Frage zu verneinen ſein (OTr. E. 10 S. 101, Arch. 98 S. 204, Bd 100 S. 270); doch kann eine Drohung, deren Verwirklichung mit Grund zu erwarten ſteht, den Charakter einer Beſitzſtörung haben (OTr. E. 32 S. 33, Braunſchweig in Seuff. A. 57 S. 221). Iſt eine einmalige Störung, die ihrer vorübergehenden Natur wegen nicht zur Beſitzſtörungsklage berechtigen würde, verübt, ſo kann die bloße wörtliche Ankündigung der Wiederholung die Beſorgnis der weiteren Störung begründen (§ 862 Abſ. 2 Satz 2 BGB.). Ob abgeſehen von dieſem Falle weitere Störungen zu beſorgen ſind, iſt nach Lage des Einzelfalls zu entſcheiden. Allgemeine Regeln laſſen ſich in dieſer Beziehung nicht aufſtellen (Biermann Nr. 2 zu § 862).

Daß die Störung ſchuldhaft oder abſichtlich verübt ſei, iſt nicht erforderlich RG. E. 55 S. 57).

2. Die Klage ſteht dem gegenwärtigen Beſitzer, auch dem mittelbaren (§ 869), zu, dagegen nicht dem Beſitzdiener (§ 855). Vgl. Anm. II 1 S. 73. Sie iſt vererblich (§ 1967 Abſ. 1); abtretbar aber nur zugleich mit dem Beſitze (Biermann Nr. 3). Verliert der Kläger den Beſitz nach Eintritt der Rechtshängigkeit, ſo verliert er damit die Aktivlegitimation (a. M. Biermann a. a. O.).

3. Sie iſt gegen den Beſitzſtörer oder ſeine Erben (§ 1967 Abſ. 1) zu richten. Haben ſich mehrere an der Störung beteiligt, ſo können ſie ſämtlich belangt werden. Zweifelhaft iſt, gegen wen die Klage gerichtet werden kann, wenn jemand im Auftrag eines anderen die Beſitzſtörung verübt hat. Darüber, daß der Auftraggeber unter allen Umſtänden belangt werden kann, beſteht wohl kaum ein Streit, dagegen war es im bisherigen preuß. Rechte ſtreitig, ob der Beauftragte belangt werden könne. Das OTr. (E. 18 S. 11, Bd 35 S. 384, Bd 78 S. 313, Arch. 21 S. 50, Bd 77 S. 133, 169, Bd 81 S. 280, Bd 83 S. 116, Bd 96 S. 306, Bd 100 S. 234) hat die Streitfrage im verneinenden

Sinne entschieden, weil die störende Handlung die eigene des Beklagten (sei es im eigenen Interesse oder in der eigenen Absicht, zu stören, vorgenommen) sein müsse und weil nur gegen den geklagt werden könne, der in der Lage ist, den früheren Zustand wiederherzustellen und wegen künftiger Störung Sicherung zu gewähren. Die Streitfrage ist infolge der Änderung der Voraussetzungen der Klage durch das BGB. in eine veränderte Lage gekommen. Der erste Grund des OTrib. entfällt, weil das BGB. die Besitzstörungsklage der deliktischen Natur und des Willensmoments völlig entkleidet hat. Der zweite Grund ist nicht recht stichhaltig. Das Erfordernis, daß die Störung von Dauer sein müsse, darf bei Entscheidung der Streitfrage nicht in Betracht gezogen werden, denn, wenn es sich um eine einmalige vorübergehende Störung handelt, ist die Klage weder gegen den Machtgeber noch gegen den Beauftragten gegeben. Es kann aber wohl nicht mit Grund bezweifelt werden, daß auch der Beauftragte dauernde Störungen vornehmen und daß auch er zu der Besorgnis weiterer Störungen Anlaß geben kann. Ebenso wird er der Regel nach in der Lage sein, den von ihm gestörten Zustand wiederherzustellen. Der Knecht, der im Auftrage seines Herrn wiederholt Schutt auf einem fremden Grundstücke abgeladen hat, kann sowohl zur Wiederbeseitigung als auch zur Unterlassung verurteilt werden. Daß das Urteil nicht gegen den Auftraggeber wirkt, steht der Zulassung der Verurteilung des Beauftragten nicht entgegen. Freilich wird der Besitzer gut tun, wenn er den Auftraggeber oder beide verklagt, weil nur so der Zweck der Besitzstörungsklage vollständig erreicht werden kann (vgl. aber auch Anm. 6 zu § 868). Der Auftraggeber kann nur belangt werden, wenn sein Auftrag auf Vornahme der Störung ging. Die Generalvollmacht und die Vollmacht zur Verwaltung eines Gutes enthalten an sich eine solche Beauftragung nicht (OTrib. E. 78 S. 313). Eine Gemeinde ist nur dann als intellektuelle Urheberin der Besitzstörung anzusehen, wenn die Handlung durch ihr verfassungsmäßiges Organ in gesetzlicher Weise beschlossen und wenn der Beschluß durch den ausgeführt wird, der zur Ausführung der Beschlüsse befugt ist (OTrib. Arch. 100 S. 234). Gegen Beamte, die polizeiliche Verfügungen ausführen, ist in Preußen die Besitzstörungsklage nicht gegeben (RG. Gruch. 24 S. 93) und gegen die Polizeibehörde der Rechtsweg unzulässig.

Wird der Besitz durch eine Anlage gestört, so ist der gegenwärtige Besitzer der Anlage passiv legitimiert, auch wenn er sie nicht hergestellt hat; denn nur er kann die Störung beseitigen, und er setzt die von seinem Vorgänger begonnene Störung fort (Biermann Nr. 3 zu § 862). Dabei ist es gleichgültig, ob die Anlage auf eigenem oder auf fremdem Grund und Boden gehalten wird (a. M. Planck Nr. 3 zu § 862).

Gegen Störungen des Besitzdieners steht dem Besitzherrn die Besitzstörungsklage unzweifelhaft zu; dagegen ist eine Klage des mittelbaren Besitzers (des Auchbesitzers § 868) gegen den unmittelbaren Besitzer (den vermittelnden Besitzer) wegen Störung nicht denkbar (Strohal S. 134). Gegen einen Dritten, der den unmittelbaren Besitzer mit dessen Genehmigung im Besitze stört, steht dem mittelbaren Besitzer die Klage nicht zu. Dagegen ist die Besitzstörungsklage unzweifelhaft dem unmittelbaren Besitzer gegen den mittelbaren gegeben.

4. Zweck und Ziel der Klage ist Beseitigung der Störung und, wenn weitere Störungen zu besorgen sind, Unterlassung weiterer Störungen. Im ersten Falle muß der frühere Zustand von dem Störer auf seine Kosten wiederhergestellt werden. Das Urteil geht auf Vornahme einer Handlung, die der Regel nach auch von einem Dritten vorgenommen werden kann. Erfüllt der Beklagte seine urteilsmäßige Verpflichtung nicht, so ist nach § 887 ZPO. zu verfahren. Ist die Klage auf die Besorgnis weiterer Störungen gegründet, so geht das Urteil auf Unterlassung. Handelt der Beklagte dem Urteile zuwider, so findet § 890 ZPO. Anwendung. Ist der ursprünglich gegebene Anlaß zur Befürchtung weiterer Störungen infolge einer inzwischen eingetretenen Änderung der Verhältnisse vor Fällung des Urteils gänzlich beseitigt (z. B. der Beklagte ist im Laufe des Prozesses nach Amerika ausgewandert), so kann nach der Fassung des Gesetzes („sind weitere Störungen zu besorgen") eine Verurteilung des Störers in der Hauptsache nicht mehr erlangt werden.

ſondern nur wegen der Prozeßkoſten (Mot. III S. 126). Gründet ſich die Klage darauf, daß der Beklagte den Kläger an der Vornahme von Beſitzhandlungen hindere, ſo geht die Verurteilung auf Unterlaſſung. Es trifft dann das eben Geſagte zu. Die Klage iſt nicht doppelſeitig. Behauptet der Beklagte, daß nicht der Kläger, ſondern er Beſitzer ſei, erhebt aber keine Widerklage, ſo kann der Kläger, auch wenn er ſeinen Beſitz nicht erwieſen hat, nicht verurteilt werden, den Beſitz des Beklagten anzuerkennen (Biermann Nr. 7 zu § 862).

Beſitzſtörungs- und Beſitzentziehungsklage können konkurrieren und in einem Verfahren erledigt werden. So in dem von Strohal und Biermann beſprochenen Falle, wenn ein Unbefugter in einem fremden Walde Bäume fällt und mit ſich nimmt. Bei den vielen Berührungspunkten beider Klagen wird die Praxis hoffentlich dahin gelangen, in dem Übergange von einer zur anderen keine Klageänderung zu erblicken.

5. Die Klage geht an ſich nicht auf Schadenerſatz, doch kann eine Entſchädigungsklage (die Verſchulden des Beklagten zur Vorausſetzung hat), wie jede andere Klage, mit ihr verbunden werden (vgl. Anm. I 4 S. 72). Der Kläger hat ſeinen Beſitz und deſſen Störung durch den Beklagten, gegebenenfalls auch das Vorhandenſein der Beſorgnis weiterer Störungen, zu beweiſen. Der Beklagte hat ſeine Behauptung, daß ihm die als Störung gerügte Handlung vom Kläger oder deſſen Erblaſſer erlaubt ſei zu beweiſen.

6. Über § 862 Abſ. 2 vgl. Anm. II 5 S. 74.

§ 863.

Gegenüber den in den §§ 861, 862 beſtimmten Anſprüchen kann ein Recht zum Beſitz oder zur Vornahme der ſtörenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Beſitzes nicht verbotene Eigenmacht ſei.

1. Iſt lediglich eine Beſitzklage erhoben, ſo kann ihr nicht mit der Behauptung des Rechtes zum Beſitz entgegengetreten werden. Denn da die Beſitzklage lediglich auf dem Grunde der Veränderung des Beſitzſtandes durch verbotene Eigenmacht beruht, ohne daß der Kläger ein Recht zu behaupten braucht, dem die begehrte Wiederherſtellung entſpricht, ſo würde die Behauptung eines Rechtes zum Haben der Sache den Grund der Klage nicht treffen (Mot. III S. 129); verbotene Eigenmacht kann auch von jemand verübt werden, der ein Recht zum Beſitze hat. „Mit der Zulaſſung petitoriſcher Einwendungen würde auch der Klagegrund petitoriſch werden und die Anomalie eintreten, daß der Kläger den eigentlichen Grund ſeines Anſpruchs nicht, wie § 253 ZPO. verlangt, aufzudecken braucht, alſo vorläufig dahingeſtellt ſein laſſen kann, ob er als Mieter, als Nießbraucher oder als Eigentümer die Reſtitution fordert. Das BGB. lehnt eine ſolche Anomalie ab. . . . Es befindet ſich dabei in Übereinſtimmung mit der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis und mit den meiſten Geſetzgebungen.“ (Mot. daſ.)

Der Grundſatz bedarf jedoch einer Einſchränkung. Ausgeſchloſſen iſt die einwandweiſe Behauptung des Rechtes zum Beſitz oder zur Vornahme der ſtörenden Handlung nur inſoweit, als durch ſie dargetan werden ſoll, daß der durch formelles Unrecht geſchaffene Zuſtand dem materiellen Rechte entſpreche: zuläſſig iſt ſie dagegen inſoweit, als ſie ſich gegen das Vorliegen verbotener Eigenmacht richtet. Dieſe liegt nicht vor, wenn das Geſetz oder der Beſitzer das Entziehen oder die Störung geſtattet (vgl. Anm. I S. 68). Das Vorliegen ſolcher Ausnahmefälle hat der Beklage zu beweiſen. Hat ein Beauftragter die in der Klage als Beſitzſtörung bezeichnete Handlung vorgenommen, ſo kann er ſich darauf berufen, daß ſein Auftraggeber zur Vornahme durch Geſetz oder durch den Willen des Beſitzers berechtigt geweſen ſei. Der Vermieter, der nach Ablauf der Mietzeit den Mieter eigenmächtig aus der Wohnung vertrieben hat, kann ſich auf § 863 nicht berufen, falls nicht etwa die Vorausſetzungen des § 229 oder des § 864 Abſ. 2 vorliegen.

2. Darüber, ob die Widerklage aus dem Rechte zum Beſitze zuläſſig iſt, vgl. Anm. I 4 S. 72.

§ 864.

Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird.

Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

I. „Das praktische Bedürfnis fordert, daß der Geltendmachung der Besitzansprüche enge zeitliche Schranken gesetzt werden. Die Frage, auf wessen Seite in den Fällen einer Entziehung oder Störung des Besitzes die Eigenmacht war, unterliegt leicht der Verdunkelung; in der Regel wird, wenn der angeblich Verletzte nicht binnen kurzer Frist gerichtlichen Beistand sucht, dem anderen Teile durch die Verzögerung der Gegenbeweis erschwert." (D. z. BGB. S. 166.) Mit Rücksicht hierauf bestimmt § 864 Abs. 1 eine Ausschluß- (nicht Verjährungs-)Frist (RG. JW. 1903 Beil. S. 105) von einem Jahre. Die nach §§ 187, 188 BGB. zu berechnende Frist beginnt mit der Verübung der verbotenen Eigenmacht, bei mehrfachen Störungen mit der letzten Störung, nicht etwa erst mit dem Zeitpunkte, wo der Besitzer von der Entziehung oder Störung Kenntnis erlangt. In den Fällen, in denen Besitzstörung durch Bedrohung möglich ist, tritt die Störung erst ein, wenn der Besitzer von dieser Bedrohung Kenntnis erlangt. Das ist offensichtlich keine Ausnahme von der eben aufgestellten Regel (so auch Biermann Nr. 2 zu § 864). Ist die Klage nicht innerhalb des Jahres erhoben (§ 253 ZPO.) und liegen nicht die Voraussetzungen des § 207 ZPO. vor, so sind die nach §§ 861, 862 BGB. begründeten Ansprüche erloschen. Die nach Ablauf der Frist angestellte Klage muß von Amts wegen zurückgewiesen werden, d. h. auch wenn der Beklagte das Erloschensein nicht geltend macht. Geltendmachung im Wege der Einrede hindert das Erlöschen nicht, ebensowenig die Erhebung einer anderen Klage, als der auf die §§ 861, 862 BGB. gegründeten, z. B. einer Feststellungsklage aus § 256 ZPO. Der Beklagte hat den Beweis zu führen, daß die Frist nicht eingehalten ist, insbesondere den Zeitpunkt der Entziehung oder Störung nachzuweisen (Strohal, S. 119).

Nur die Klagen aus den §§ 861, 862 BGB. erlöschen, nicht andere aus der Verübung der verbotenen Eigenmacht hergeleitete Ansprüche, z. B. nicht Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche.

II. 1. „Ist im Petitorium durch rechtskräftiges Urteil festgestellt, daß der durch verbotene Eigenmacht geschaffene Besitzstand, dessen Wiederaufhebung mit der Besitzklage verlangt werden könnte, dem materiellen Rechte des anderen Teiles entspricht, so kann die Besitzklage nicht weiter erhoben werden. In dieser Beschränkung war der Satz auch in der Praxis des preuß. Rechtes anerkannt (OTrib. Arch. 29 S. 290). Er findet seine Rechtfertigung darin, daß eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Rechte entsprechenden Restitution ein unnötiger Umweg sein würde." (Mot. III S. 131.)

Durch die bloße Erhebung der Klage aus dem Rechte zum Besitze wird die Anstellung der Besitzklagen nicht gehindert (vgl. Anm. I 2 S. 71); dagegen erlischt der Anspruch aus §§ 861, 862 und die Besitzklagen sind nicht mehr gegeben, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt (nicht im Sinne von Feststellungsurteil aufzufassen) wird, daß dem Täter oder seinem Besitznachfolger ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Ein vorläufig vollstreckbares Urteil oder eine einstweilige Verfügung hat diese Wirkung nicht.

Zweifelhaft ist, was unter dem Rechte an der Sache, das das Urteil feststellen muß, zu verstehen ist. Das BGB. versteht unter einem Rechte an einem Grundstücke (z. B. in

§§ 95, 873 ff.) nur eines der im Gesetzbuche selbst anerkannten dinglichen Rechte. Der Regel nach hält es diesen Sprachgebrauch auch fest, wenn es sich um bewegliche Sachen handelt (z. B. im § 945), aber es spricht in den §§ 772, 773 auch vom Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen, obwohl das Zurückbehaltungsrecht nicht zu den im BGB. anerkannten dinglichen Rechten gehört. Daraus ergibt sich, daß die Terminologie keine ganz feste ist. Ausgeschlossen ist selbstverständlich, im Falle des § 864 Abs. 2 zu unterscheiden, je nachdem es sich um Grundstücke oder um bewegliche Sachen handelt; aber die Unsicherheit der Terminologie gestattet, die Bedeutung jener Sprachwendung in Paragraphen, die nicht in den Abschnitten des BGB. stehen, welche die dinglichen Rechte (in ihrer geschlossenen Zahl) behandeln, zu erforschen. Im vorliegenden Falle führen überwiegende Gründe dahin, unter dem Rechte an der Sache auch die obligatorischen Rechte auf Übergabe (§ 433) oder auf Überlassung (§ 536) ꝛc. zu verstehen. Der Entw. I. § 823 Abs. 2 verlangte nur, daß durch das Urteil über das Recht rechtskräftig entschieden sein müsse. Unter dem Rechte wurde das Recht auf Inhabung oder zur Vornahme der als Störung gerügten Handlung verstanden (§ 822 das.). Die im Eingange dieser Anm. mitgeteilte Stelle aus den Mot. trifft auch den obligatorischen Anspruch auf Übertragung oder Überlassung des Besitzes. Die 2. Komm. hat eine materielle Änderung des § 823 Abs. 2 des Entw. I. nicht beabsichtigt (Prot. III S. 45). Die Tendenz des § 864 Abs. 2 BGB., nämlich die Vermeidung unnützer Prozesse, trifft auch zu, wenn der Beklagte auf Grund eines gegen den Kläger erlassenen Urteils auf Übergabe oder Überlassung eines Grundstücks die Entsetzung des Klägers und seine Einweisung in den Besitz im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO. erreichen kann (so auch Gierke SR. S. 254, Strohal S. 120, Biermann Nr. 3 b. zu § 864, Dernburg SR. § 27 Nr. 4; a. M. Planck Nr. 2a zu § 864).

Nur ein nach Verübung der verbotenen Eigenmacht erwirktes Urteil hat die Wirkung, die Besitzansprüche zum Erlöschen zu bringen, weil ein Anspruch vor seiner Entstehung nicht erlöschen kann (a. M. Bierman a. a. O.). Ein vorher erwirktes Urteil kann nur im Sinne des § 863 BGB. verwertet werden. Gleichgültig ist dagegen, ob das im Urteil anerkannte Recht dem Beklagten des Besitzprozesses schon zur Zeit der Verübung der verbotenen Eigenmacht zustand. Hat der Käufer sich vor der im Vertrage festgesetzten Zeit in den Besitz des Grundstücks durch verbotene Eigenmacht gesetzt, so ist der Anspruch des Verkäufers erloschen, wenn die Zeit der Übergabe inzwischen herangekommen und das Recht des Beklagten auf Übergabe rechtskräftig festgestellt ist.

2. Wenn das vom Besitzbeklagten in einem besonderen Prozeß erwirkte Urteil über das Recht zur Zeit der Fällung des Urteils im Besitzprozesse noch nicht rechtskräftig ist, so ist § 864 Abs. 2 nicht anwendbar. Der Besitzbeklagte ist dann auf den Weg des § 767 ZPO. angewiesen. Erquicklich ist dieser Zustand nicht. Man hätte den Mut haben sollen, mit veralteten Grundsätzen zu brechen und den Einwand des Rechtes zum Besitz unbeschränkt zuzulassen, nachdem einmal das besondere, beschleunigte Besitzprozeßverfahren fallen gelassen war.

3. Der Entw. I. § 823 enthielt die Bestimmung, daß, wenn in dem Prozeß über das Recht früher rechtskräftig zugunsten des dortigen Klägers entschieden ist, die Besitzklage in der Hauptsache, vorbehaltlich der über den Kostenpunkt zu treffenden Entscheidung, als erledigt anzusehen sei. Das BGB. hat diese Bestimmung nicht übernommen. Die Besitzklage ist unter den Voraussetzungen des § 864 Abs. 2 BGB. abzuweisen, auch wenn das Urteil über das Recht erst im Laufe des Besitzprozesses rechtskräftig geworden ist. Die Kosten des Besitzprozesses treffen dann den Besitzkläger nach § 91 ZPO. (so auch Biermann Nr. 3 b und Planck Nr. 2 b zu § 864; a. M. Dernburg SR. § 27 Nr. 5).

4. Die Bestimmung des § 864 Abs. 2 steht demjenigen nicht zu, welcher ein Besitzunrecht vor dem 1. Januar 1900 begangen hat (RG. E. 50 S. 8, JW. 1903 Beil. S. 105).

§ 865.

Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt.

Der Besitz an einem realen Teile einer Sache wird ebenso geschützt, wie der Besitz an einer ganzen Sache. Auch wesentliche Bestandteile eines Grundstücks können Gegenstand des Besitzes sein, sofern die tatsächliche Gewalt über sie erworben und ausgeübt werden kann, was nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen ist (RG. E. 34 S. 177). Durch bloße Zeichen, z. B. durch Anschlag von Bäumen mit dem Forsthammer, wird eine solche Gewalt nicht erlangt (anders nach bisher. preuß. Rechte, RG. Gruch. 38 S. 946). An ganzen Bauwerken, abgesonderten Wohnräumen ꝛc. ist ein von dem Besitze des Grundstücks gesonderter Besitz möglich. Besonderer Eigenbesitz ist an wesentlichen Bestandteilen ebenso unmöglich, wie Eigentum (vgl. Anm. 3 S. 18, a. M. Biermann und Planck zu § 865). Besitz an den Außenflächen eines Gebäudes durch Anbringen von Reklamen, Schildern und dgl. ist möglich. Der Schutz ist sowohl gegenüber den anderen Teilbesitzern als auch gegenüber Dritten gegeben.

§ 866.

Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

Literatur. v. Seeler, Das Miteigentum nach BGB. 1899, Wolff in Jherings J. 44 S. 143, v. Seeler das. S. 363.

1. Gemeinschaftlicher Besitz oder Mitbesitz liegt vor, wenn mehrere eine Sache entweder als unmittelbare oder als mittelbare Besitzer besitzen. Nicht im Verhältnisse von Mitbesitzern zueinander stehen der unmittelbare und der mittelbare Besitzer. Zur Unterscheidung zwischen gemeinschaftlichem und Mit-Besitz bieten weder die §§ 1081, 1206 noch sonstige Bestimmungen des BGB. einen Anhalt (a. M. Planck Nr. 1 zu § 866). Mitbesitz ist nur ein solcher Besitz, der sich auf die ganze Sache erstreckt. Besteht ein Besitz mehrerer an einzelnen Teilen einer Sache (z. B. eines Grundstücks) derart, daß jedem der Besitz nur an einem realen Teile zusteht, so liegt nicht Mitbesitz, sondern mehrfacher Teilbesitz vor. Selbstverständlich können aber mehrere auch an einem realen Teile Mitbesitz haben. Die Mitbesitzer können sämtlich Eigenbesitzer oder sämtlich Fremdbesitzer sein; es kann aber auch der eine Eigen-, der andere Fremdbesitz haben (Wolff S. 148). Der Mitbesitz kann auf einer zwischen den Mitbesitzern nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand bestehenden Rechtsgemeinschaft beruhen; die Natur des Mitbesitzes wird dadurch nicht berührt. Daher darf man nicht von einem nach Quoten geteilten und von einem zur gesamten Hand bestehenden Mitbesitze sprechen. Der Mitbesitz ist ein tatsächliches Verhältnis, der das Bestehen eines Rechtsverhältnisses nicht zur notwendigen Voraussetzung hat. Auch wenn eine Gemeinschaft zur gesamten Hand zugrunde liegt, kann der einzelne Mitbesitzer seinen Besitz auf einen anderen übertragen, da darin eine Verfügung im Sinne des § 719 BGB. nicht liegt.

2. Der Mitbesitz wird dadurch erworben, daß mehrere zusammen die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangen, oder daß der bisherige Alleinbesitzer einem anderen den Mitbesitz einräumt, oder daß der andere sich den Mitbesitz eigenmächtig verschafft. Er wird beendigt durch Aufgeben oder dauernden Verlust der tatsächlichen Gewalt. Er verwandelt sich in Alleinbesitz, wenn der eine Mitbesitzer dem anderen seinen Mitbesitz überträgt, oder der andere ihn aus dem Mitbesitze vertreibt.

3. Gegenüber Fremden stehen dem einzelnen Mitbesitzer die gleichen Besitzschutzrechte zu (§§ 859—864), wie dem Alleinbesitzer. Ist verbotene Eigenmacht nur

gegen den einen Mitbeſitzer verübt, ſo beſchränkt ſich der Schutz auf ſeinen Mitbeſitz. Ergreift der Eingriff ſämtliche Mitbeſitzer, ſo können dieſe gemeinſam den Beſitzſchutz geltend machen; aber auch der einzelne kann den Schutz ſeines Mitbeſitzes verlangen. Dieſer Schutz des einzelnen kann im Einzelfalle zugleich zugunſten der übrigen Mitbeſitzer ausſchlagen (z. B. wenn ein Mitbeſitzer den Täter, der allen Mitbeſitzern des Grundſtücks den Beſitz des Grundſtücks durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, nach § 859 Abſ. 3 entſetzt); an ſich aber iſt der einzelne Mitbeſitzer nur zum Schutze ſeines Mitbeſitzes befugt, (a. M. Gierke SR. S. 255).

4. *Im Verhältniſſe der Mitbeſitzer zueinander findet ein Beſitzſchutz nur in beſchränktem Maße ſtatt.* Schutz wird auch in dieſem Verhältniſſe gewährt gegen die *Entziehung* des Mitbeſitzes. Dagegen findet ein Beſitzſchutz nicht ſtatt, inſoweit es ſich um die Grenzen des den einzelnen zuſtehenden Gebrauchs handelt. *Gebrauch* iſt hier nicht in dem engeren Sinne der §§ 100, 743 Abſ. 2 zu verſtehen, ſondern umfaßt auch die Nutzung und Verwaltung (Biermann Anm. 2, Planck Anm. 2 b zu § 866). Der Gebrauch ſteht dem einzelnen nach Maßgabe der §§ 743 Abſ. 2, 745 Abſ. 1 zu; der nur *tatſächlich* geübte Gebrauch wird nicht geſchützt (D. z. BGB. S. 167). Um die *Grenzen* des Gebrauchs handelt es ſich, wenn ein Mitbeſitzer im Gebrauch eingeſchränkt wird, wenn er alſo in ſeinem Gebrauche geſtört wird. Demnach iſt *gegen Beſitzſtörungen kein Beſitzſchutz gegeben*; die Beteiligten ſind auf die Mittel verwieſen, die ihnen vermöge des Rechtes zum Gebrauche zuſtehen. Ob die Grenzen des Gebrauchs ſtreitig ſind oder nicht, iſt dabei gleichgültig (Biermann u. Planck gegen Dernburg u. Wolff).

§ 867.

Iſt eine Sache aus der Gewalt des Beſitzers auf ein im Beſitz eines anderen befindliches Grundſtück gelangt, ſo hat ihm der Beſitzer des Grundſtücks die Aufſuchung und die Wegſchaffung zu geſtatten, ſofern nicht die Sache inzwiſchen in Beſitz genommen worden iſt. Der Beſitzer des Grundſtücks kann Erſatz des durch die Aufſuchung und die Wegſchaffung entſtehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entſtehung eines Schadens zu beſorgen iſt, die Geſtattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleiſtet wird; die Verweigerung iſt unzuläſſig, wenn mit dem Aufſchube Gefahr verbunden iſt.

1. Niemand darf unbefugt fremde Grundſtücke betreten, widrigenfalls er rechtswidrig, in verbotener Eigenmacht, handelt. Die Befugnis kann durch Geſetz oder durch Erlaubnis des Eigentümers oder Beſitzers erteilt werden. Gibt das Geſetz die Betretungsbefugnis wie im Falle des § 962 BGB. dem Eigentümer eines ausgezogenen Bienenſchwarmes, ſo bedarf es nicht noch der freiwilligen oder durch richterlichen Befehl zu ergänzenden Genehmigung des Eigentümers oder Beſitzers des Grundſtücks (anders, aber unrichtig Prot. III S. 255 V). Dasſelbe gilt im Falle des § 904. Dagegen kann in Fällen, wo die Befugnis von der Geſtattung des Eigentümers oder Beſitzers abhängt, dieſem die Pflicht zur Geſtattung obliegen, ſo in den Fällen des § 1005 und namentlich des § 867. Hier muß die Erlaubnis nachgeſucht und, wenn ſie verweigert wird, auf deren Erteilung geklagt werden.

2. *Iſt eine bewegliche Sache durch Zufall oder infolge der Handlung des Beſitzers oder auf irgend eine andere Art auf ein fremdes Grundſtück ohne Zutun des Beſitzers des Grundſtücks gelangt und dort noch von niemand in Beſitz genommen*, ſo iſt der Beſitzer der beweglichen Sache, ſelbſt wenn ihm das Eigentum, der Nießbrauch oder ein Pfandrecht an der Sache zuſteht, von dem Eigentümer oder Beſitzer des Grundſtücks die Herausgabe der Sache zu verlangen nicht befugt, weil die §§ 985, 1007, 1065, 1227 vorausſetzen, daß die Sache ſich im Beſitz eines anderen befindet. Um in einem ſolchen Falle die Wiedererlangung der Sache zu ermöglichen, muß dem Eigentümer oder Beſitzer des

Grundstücks die Verpflichtung auferlegt werden, dem Besitzer der beweglichen Sache das Aufsuchen und Fortnehmen zu gestatten. Der Entw. I § 867 Abs. 1 legte die Pflicht dem *Eigentümer* des Grundstücks auf. In den Mot. III S. 298 ist jedoch hervorgehoben, daß durch die Bezeichnung des Eigentümers als des Duldungspflichtigen per argumentum a potiori jeder Besitzer bezeichnet werde. Die wirksame Versagung oder Erteilung der Zutrittserlaubnis stehe bei dem Besitzer und nicht bei dem Eigentümer, wenn er nicht zugleich Besitzer sei. Auf Beschluß der 2. Komm. hat jedoch § 867 BGB. die jetzige Fassung erhalten. Erwogen wurde dabei (Prot. III S. 165), daß es am einfachsten und natürlichsten erscheine, denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen *unmittelbarem* Machtkreise die Sache sich befinde. Der nicht besitzende Eigentümer, z. B. der Verpächter, sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, werde hieran in der Regel auch kein Interesse haben. *Der Anspruch kann daher nur gegen den unmittelbaren Besitzer gerichtet werden* (so auch Biermann u. Planck; a. M. Gierke SR. S. 254 Anm. 37). Übt ein *Besitzdiener* (§ 855) die tatsächliche Gewalt über das Grundstück aus, so kann der Anspruch auf Gestattung nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Besitzherrn gerichtet werden, weil der Besitzdiener nicht Besitzer ist.

3. *Der Anspruch steht dem unmittelbaren* (vermittelnden) *Besitzer* und, wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, auch dem mittelbaren Besitzer zu (§ 869 Satz 3), dagegen nicht dem Besitzdiener, denn Besitz ist jedenfalls Voraussetzung des Anspruchs (a. M. Kuhlenbeck Nr. 1 u. Biermann Nr. 2 zu § 867, die anscheinend übersehen, daß der Besitzer die Sache durch einen Beauftragten, also auch durch den Besitzdiener abholen lassen kann).

4. Die bewegliche Sache muß *aus der Gewalt* des Besitzenden auf das fremde Grundstück gelangt sein. Aus der Gewalt ist die Sache gekommen, wenn der Besitzer sie, ohne das Grundstück zu betreten, nicht wiedererlangen kann (a. M. Biermann Nr. 1 b zu § 867, der wohl mit Unrecht annimmt, daß § 867 Besitzverlust voraussetze). Fällt sie auf einen offenen Weg, so wird die Genehmigung des Grundstücksbesitzers vorauszusetzen und damit die Befugnis zum Betreten des Grundstücks gegeben sein (a. M. Planck u. Biermann; wie hier Gierke SR. S. 254 Anm. 37).

5. *Die Gestattungspflicht fällt fort, wenn die Sache inzwischen vom Grundstücksbesitzer oder von einem Dritten in Besitz genommen ist.* Ist eine Inbesitznahme (Besitzerwerb) erfolgt, so liegen die Voraussetzungen der rei vindicatio (Prot. III S. 166) oder der §§ 1007, 1065, 1227 vor; die des Selbstschutzes (§ 859) oder der Besitzklage (§§ 861, 862) nur dann, wenn der Grundstücksbesitzer den Besitz der beweglichen Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt hat (vgl. Denkschr. z. BGB. S. 168). Den Besitz erlangt der Eigentümer in der Regel schon dadurch, daß die Sache auf das Grundstück gelangt. Das reicht aber zur Ausschließung des Anspruchs auf Gestattung nicht aus, vielmehr ist dazu die Inbesitznahme, also eine Handlung erforderlich (so auch Biermann Nr. 1 c; a. M. Planck Nr. 2 b zu § 867). Ist die bewegliche Sache zwar aus der Gewalt des Besitzers auf das fremde Grundstück gelangt, dadurch aber der Besitz nicht verloren, so würde in der ohne den Willen des Sachbesitzers seitens des Grundstücksbesitzers oder eines Dritten erfolgten Besitzergreifung verbotene Eigenmacht liegen und der Schutz des § 861 gegeben sein. So in dem von Strohal (S. 54) gegebenen Beispiele, wenn die in einem Hofraum aufgehängte Wäsche durch einen Windstoß auf ein Nachbargrundstück getragen wird, auf welchen Fall § 856 Abs. 2 Anwendung findet. Bevor aber eine solche Besitzergreifung erfolgt ist, steht auch in derartigen Fällen dem Besitzer der beweglichen Sache nur das Recht aus § 867 zu. Nimmt ein Dritter die Sache in Besitz, so stehen dem *Grundstücksbesitzer*, falls er den Besitz durch das bloße Gelangen der Sache auf sein Grundstück erlangt hat, die Rechtsbehelfe aus den §§ 859, 861, 862 zu Gebote, weil *ihm* durch die Inbesitznahme der Besitz ohne seinen Willen entzogen wird. Der belangte

Grundſtücksbeſitzer hat zu beweiſen, daß eine Beſitzergreifung ſtattgefunden habe. (Die beiden letzten Sätze hat Biermann mißverſtanden.)

6. Der Anſpruch geht darauf, daß der Beſitzer die Aufſuchung und Wegſchaffung geſtatte. Wird die Geſtattung ohne geſetzlichen Grund verweigert, ſo darf der (bisherige) Beſitzer der beweglichen Sache das Grundſtück nicht eigenmächtig, ſondern nur auf Grund richterlicher Ermächtigung (einſtweiliger Verfügung, Urteil) betreten, falls nicht etwa die Vorausſetzungen der §§ 229, 904 vorliegen. Verweigert der Grundſtückseigentümer den Zutritt ohne geſetzlichen Grund, ſo haftet er für den dadurch entſtehenden Schaden.

7. Der Beſitzer des Grundſtücks kann Erſatz des durch die Aufſuchung und Wegſchaffung entſtehenden Schadens nach §§ 249 ff. BGB. verlangen, da ihm die Geſtattungspflicht lediglich im Intereſſe des Beſitzers der beweglichen Sache auferlegt iſt. Der Schadenerſatzanſpruch iſt nicht von dem Nachweis eines Verſchuldens abhängig. Für den Schaden, der durch die auf das Grundſtück gelangte fremde Sache ſelbſt (z. B. durch verlaufene Tiere) angerichtet iſt, haftet ihr Beſitzer nach den allgemeinen Beſtimmungen der §§ 823 ff., insbeſondere der §§ 833—835 (vgl. Mot. III S. 298).

8. Der Beſitzer des Grundſtücks kann, wenn die Entſtehung eines Schadens zu beſorgen iſt (was er im Streitfalle zu beweiſen hat, Prot. III S. 167 IV), die Geſtattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleiſtet wird. Für die Leiſtung der Sicherheit ſind die §§ 232 ff. maßgebend. Der Beweis, daß ausreichende Sicherheit geleiſtet ſei, liegt dem Beſitzer der beweglichen Sache ob. Gegen die Gefahr, in ſchikanöſer Weiſe zur Sicherheitsbeſtellung angehalten zu werden, iſt der Beſitzer der auf das Grundſtück gelangten Sachen einigermaßen dadurch geſchützt, daß der Grundſtücksbeſitzer, falls er ohne Grund Sicherheit verlangt, für den Schaden haftet, der dem Beſitzer durch das Vorenthalten oder durch den Verderb der Sache entſteht. Die Geſtattung darf von Sicherheitsleiſtung nicht abhängig gemacht werden, wenn mit dem Aufſchube des Aufſuchens und Wegſchaffens Gefahr verbunden iſt (Prot. VI S. 220 VII).

9. Zweifellos kann der Grundſtücksbeſitzer den Anſpruch aus § 867 dadurch beſeitigen, daß er ſelbſt die Sache aufſucht und ſie ihrem Beſitzer an die Grenze ſeines Grundſtücks bringt.

10. Nach § 1005 ſteht der im § 867 beſtimmte Anſpruch auch dem nicht beſitzenden Eigentümer der beweglichen Sache zu. Die Vorſchrift hat auch neben § 869 Satz 3 ſelbſtändige Bedeutung. Sie trifft z. B. den Fall, wenn die bewegliche Sache, bevor ſie auf das fremde Grundſtück gelangte, dem Beſitze ihres Eigentümers durch verbotene Eigenmacht entzogen war.

11. Einen Ausnahmefall behandelt § 911.

§ 868.

Beſitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältniſſe, vermöge deſſen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Beſitze berechtigt oder verpflichtet iſt, ſo iſt auch der andere Beſitzer (mittelbarer Beſitz).

I. Der Beſitzdiener übt die tatſächliche Gewalt für den Beſitzherrn aus. Deshalb und weil er den Weiſungen des Beſitzherrn Folge zu leiſten hat (§ 855), bleibt der Beſitz dem Herrn; der Diener hat keinen Beſitz. Anders liegt die Sache, wenn der bisherige Beſitzer auf Grund eines Rechtsgeſchäfts nicht nur die Ausübung, ſondern den Beſitz ſelbſt einem anderen auf Zeit (auf beſtimmte oder unbeſtimmte) überläßt. In ſolchem Falle übt dieſer andere eigenen Beſitz aus. Der bisherige Beſitzer gibt die tatſächliche Gewalt über die Sache auf und damit würde nach § 856 ſein Beſitz beendigt ſein. Aber er bleibt infolge des Rechtsverhältniſſes, auf Grund deſſen er den Beſitz überlaſſen hat, doch noch in einer gewiſſen Beziehung zu der Sache, da er Anſpruch auf deren Rückkehr in ſeinen Beſitz hat. Dies iſt beſonders der Fall, wenn der Beſitz eines Grundſtücks jemand als Nießbraucher,

Pächter oder Mieter überlassen ist. Von solchen Fällen handelt § 868. Er bestimmt, daß auch der Überlassende Besitzer bleibt, und nennt seinen Besitz mittelbaren Besitz. Zweifelhaft ist, ob der mittelbare Besitz wirklich Besitz ist. In der 2. Komm. entschied sich die Mehrheit nach langem Schwanken zunächst für die Verneinung. Es wurde ausgeführt, man habe allerdings beschlossen, den mittelbaren Besitzer in einigen Beziehungen wie einen wirklichen Besitzer zu behandeln; aber die Vorschriften seien rein positive und es könne aus ihnen ein zwingender Schluß auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden (Prot. III S. 225, 332). Die 2. Komm. hat aber ihre Ansicht später geändert. Damals sollte nach ihren Beschlüssen allerdings der mittelbare Besitz in wichtigen Beziehungen nicht als wirklicher Besitz behandelt werden; insbesondere sollte die Besitzherausgabeklage des Eigentümers (rei vindicatio, § 985 BGB.) nur gegen den unmittelbaren Besitzer angestellt werden können (Prot. III S. 328, IV S. 585 I). Aber schließlich siegte die frühere Minorität; die Herausgabeklage wurde auch gegen den mittelbaren Besitzer gestattet (wie im § 929 Satz 2 Entw. I) und dabei erwogen, daß es auffallend erscheinen würde, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer und nur in Ansehung der Passivlegitimation bei der rei vindicatio nicht als Besitzer behandelt werde (Prot. VI S. 237 XIII). Mit Rücksicht hierauf und auf den Wortlaut des § 868 BGB. muß angenommen werden, daß auch der mittelbare Besitzer Besitzer ist (Gierke SR. S. 220). Freilich ist sein Besitz anderer Art, nicht tatsächliche Gewalt, aber doch eine durch die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers vermittelte tatsächliche Beziehung zu der Sache.

2. Der mittelbare Besitz hat zur notwendigen Voraussetzung, daß ein unmittelbarer Besitz (Allein-, Mit-, Teilbesitz, Eigen- und Fremdbesitz) neben ihm besteht. Dieser vermittelt jenen. Mittelbarer Besitz ist ferner nur vorhanden, wenn der unmittelbare Besitz von dem bisherigen Besitzer einem anderen auf Grund eines Rechtsgeschäfts auf Zeit überlassen ist (wie in den namentlich angeführten Fällen des § 868) oder der andere den Besitz auf Grund gesetzlicher Ermächtigung für die Dauer des Bestehens eines gewissen Rechtsverhältnisses ergriffen hat (wie in den Fällen der §§ 1036, 1052, 1373, 1627 ff., 1684 ff., 2205; RG. E. 49 S. 173). Dem mittelbaren Besitzer muß ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zustehen.

Darauf, ob der, von dem der unmittelbare Besitzer seinen Besitz herleitet, zum Besitze berechtigt ist, kommt es nicht an. Auch wenn ein Besitzer, der nicht Eigentümer ist, einen Nießbrauch bestellt, wird der Nießbraucher unmittelbarer und der Besteller (nicht der Eigentümer) mittelbarer Besitzer (Planck Nr. 2 a zu § 868). Es kommt nicht darauf an, ob das Rechtsverhältnis rechtsgültig ist. „Nur der vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Rechtsverhältnisses ist erforderlich; die Besitzfrage hängt nicht von der Rechtsfrage ab, ob gültig verpfändet oder vermietet ist" (Mot. III S. 99; vgl. Prot. III S. 198, IV S. 608).

Ein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 ist nur vorhanden, wenn der unmittelbare Besitzer sein zeitliches Recht oder seine zeitliche Pflicht zum Besitze von einem anderen ableitet. Es ist erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge der Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet ist (RG. Entschl. 49 S. 173). Ist ein Erbbaurecht auf Zeit bestellt, so ist der Grundstückseigentümer mittelbarer Besitzer des Bauwerks (Planck Nr. 2 β und Biermann Nr. 2 zu § 868), jedoch nur dann, wenn er auch Eigentümer des Bauwerks ist. Der Beauftragte, der von einem Fremden den Besitz in eigenem Namen erworben hat, der Verkäufer, der die Sache noch nicht übergeben hat, leiten ihr Recht oder ihre Verpflichtung nicht vom Auftraggeber oder vom Käufer ab, wohl aber der Beauftragte, der den Besitz vom Auftraggeber erhalten hat. Am Erfordernisse der zeitlichen Begrenzung fehlt es, wenn der Verkäufer sich das

Eigentum der verkauften Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreiſes vorbehalten hat. (Planck a. a. O.). Ein ähnliches Verhältnis liegt auch vor, wenn eine Sache zur Sicherheit veräußert und dem Veräußerer geliehen iſt (RG. E. 57 S. 178). Unmittelbare Beſitzer ſind z. B. der Vormund, der Ehemann (S. 65 Nr. 3), der Konkursverwalter, der Teſtamentsvollſtrecker.

Erlangt jemand ohne Rechtsgrund den unmittelbaren Beſitz (wie z. B. der Dieb), dann geht der bisherige Beſitz völlig unter und wird nicht etwa zum mittelbaren Beſitz. Ebenſowenig iſt der Finder Beſitzvermittler (Strohal S. 22; a. a. M. nur Dernburg SR. § 20). Dem unmittelbaren Beſitzer kann eine Reihenfolge von mittelbaren Beſitzern gegenüberſtehen; ſo z. B. wenn der Pächter das Gut weiter verpachtet. Dann ſtehen dem Unterpächter als unmittelbarem Beſitzer der Verpächter und der Unterverpächter als mittelbare Beſitzer gegenüber. Nicht erforderlich iſt, daß der mittelbare Beſitzer Eigentümer iſt (Strohal S. 28 IV).

Darüber, ob geſetzliche Vertreter als Beſitzvermittler angeſehen werden können, vgl. S. 65 Nr. 3.

3. Mittelbarer Beſitz wird *erworben* durch *Erbfolge* (§ 857) unter der Vorausſetzung, daß der Anſpruch auf Herausgabe (§ 870) auf den Erben übergeht, durch *Nacherbfolge* (§ 2139), durch *constitutum possessorium* (§ 930, aber nur an beweglichen Sachen) und durch *beauftragte Stellvertretung*, ſofern der Vertreter den unmittelbaren Beſitz für ſich ſelbſt und den mittelbaren erkennbar für den Vertretenen erwirkt (Biermann Nr. 6, Planck Nr. 2 zu § 868). Der Vertreter leitet dann ſeinen Beſitz vom Vertretenen her. Erwirbt der Vertreter den Beſitz im *eigenen* Namen, ſo iſt nur *er* Beſitzer; der Vertretene wird ſolchenfalls nur dann mittelbarer Beſitzer, wenn ein const. possessorium vereinbart wird. Dieſes Weges bedarf es in allen Fällen des Erwerbs eines *unbeauftragten Geſchäftsführers*, da dieſer ſein Recht nicht vom Geſchäftsherrn herleitet (Biermannn a. a. O.; a. M. Planck a. a. O.). *Übertragen* kann der mittelbare Beſitz nach § 870 werden. Über ſeine Endigung vgl. Anm. 4. S. 66.

4. Der mittelbare Beſitzer wird trotz der Bemerkung in Prot. VI S. 237 nicht in allen Beziehungen dem Beſitzer gleich behandelt. Gerade im weſentlichſten Punkte, nämlich in Anſehung des Beſitzſchutzes wird er anders behandelt. Dem vermittelnden Beſitzer gegenüber wird er im Beſitze nicht geſchützt, ſondern iſt auf Geltendmachung des Anſpruchs aus dem zwiſchen ihm und jenem beſtehenden Rechtsverhältniſſe beſchränkt (D. z. BGB. S. 169, Prot. III S. 226). Dritten gegenüber ſteht ihm der Schutz aus § 859 gar nicht und der Schutz aus §§ 861, 862, 867 nur in beſchränktem Maße zu (vgl. Anm. 1. 2 zu § 869 S. 86 f.).

5. Beſondere Vorſchriften über den mittelbaren Beſitz an *beweglichen* Sachen enthalten die §§ 930, 934, 941, 1006 Abſ. 3, 1205. Wie ſchon in Anm. 3 bemerkt, kann der Eigentümer die Herausgabe einer Sache (auch eines Grundſtücks) auch vom mittelbaren Beſitzer verlangen (wie nach bisher preuß. Rechte, Prot. VI S. 237 XIII). Andere auf den mittelbaren Beſitz bezügliche Vorſchriften enthalten die §§ 986, 991.

6. Im Falle des § 868 BGB. kann als Beſitzer der Sache ſowohl der unmittelbare, als auch der mittelbare Beſitzer verklagt, die Klage kann aber auch gegen beide gerichtet werden. Für den Fall, daß der unmittelbare Beſitzer verklagt iſt, beſtimmt § 76 ZPO.:

„Wer als Beſitzer einer Sache verklagt iſt, die er auf Grund eines Rechtsverhältniſſes der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu beſitzen behauptet, kann, wenn er dem mittelbaren Beſitzer vor der Verhandlung zur Hauptſache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieſer Erklärung oder bis zum Schluſſe des Termins, in welchem ſich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptſache verweigern.

Beſtreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er ſich nicht, ſo iſt der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im Abs. 1 bezeichneten Art besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar."

Diese Vorschrift bezieht sich auf die Fälle, in denen wegen Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes Klage erhoben wird (also auf die Klagen aus den §§ 861, 985 BGB.). Handelt es sich um andere Beeinträchtigungen des Eigentums (§ 1004) oder um Beeinträchtigung eines sonstigen dinglichen Rechtes, insbesondere einer Dienstbarkeit (1027), so finden nach § 77 ZPO., sofern der Beklagte die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet, die Vorschriften des § 76 ZPO. entsprechende Anwendung. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den Fall des § 868 BGB. unterliegt keinem Bedenken; sie ist aber auch zweifellos in dem in Anm. II 3 S. 75 behandelten Falle, wenn der Beauftragte behauptet, die Besitzstörung in Ausübung eines seinem Auftraggeber zustehenden Rechtes vorgenommen zu haben.

Nach § 325 Abs. 1 ZPO. wirkt das rechtskräftige Urteil auch gegen diejenigen Personen, die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit (§ 263 das.) den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Nach § 727 ZPO. kann gegen einen solchen Besitzer eine vollstreckbare Urteilsausfertigung erteilt werden, sofern das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Ist das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

§ 869.

Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird.

1. Der vermittelnde Besitzer besitzt für sich; aber der Besitz ist ihm vom mittelbaren Besitzer oder durch gesetzliche Vorschrift *nur auf Zeit* anvertraut. Der mittelbare Besitzer kann vermöge des zwischen ihm und dem vermittelnden Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses nach Ablauf der Zeit Wiedereinräumung des Besitzes verlangen. Insoweit kann man sagen, daß der vermittelnde Besitzer sowohl im eigenen Namen als auch in Vertretung des mittelbaren Besitzers besitzt (vgl. Mot. III S. 127). Dieser hat das wesentlichste Interesse daran, daß jenem der ungestörte Fortbestand des Besitzes und damit ihm selbst die Wiedererlangung des Besitzes gesichert bleibt. „Dieses Interesse ist ohne Rücksicht auf das dem mittelbarem Besitzer etwa zustehende Recht an der Sache lediglich als Folge des mittelbaren Besitzes zu schützen, und zwar unabhängig davon, ob der Besitzer, der in erster Linie zur Verteidigung seines Besitzes berufen ist, diese zu führen verhindert oder nicht gewillt ist" (D. z. BGB. S. 169). *Das Besitzunrecht* der verbotenen Eigenmacht *richtet sich* naturgemäß *gegen den unmittelbaren Besitzer*. Aus seiner Person entscheidet sich die Frage, ob ohne

den Willen des Beſitzers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt und ſomit der Tatbeſtand der verbotenen Eigenmacht gegeben iſt (Mot. III S. 127). „Anſprüche wegen verbotener Eigenmacht ſind demnach auch für den mittelbaren Beſitzer nur begründet, wenn ohne den Willen des (vermittelnden) Beſitzers dieſer aus dem Beſitze verdrängt oder im Beſitze geſtört worden iſt“ (D. z. BGB. S. 169; Strohal, S. 121). Davon abgeſehen ſteht dem mittelbaren Beſitzer aber auch der dem unmittelbaren Beſitzer gewährte Schutz nicht im vollen Umfange zu, ſondern § 869 gibt ihm nur die in den §§ 861, 862, 867 beſtimmten Anſprüche. Er hat nicht das Recht der Abwehr und des Selbſtſchutzes nach § 859. Von der 2. Komm. wurde ausdrücklich abgelehnt, ihm auch dieſes Recht zu verleihen, dagegen herrſchte Einverſtändnis darüber, daß ihm die allgemeinen Selbſthilferechte der §§ 227 ff. zu Gebote ſtehen (Prot. III S. 226; vgl. Anm. 3 S. 70).

2. Nach § 869 Satz 1 ſtehen, wenn gegen den unmittelbaren Beſitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, die in den §§ 861, 862 beſtimmten Anſprüche auch dem mittelbaren Beſitzer zu. Aus der Faſſung dieſer Beſtimmung ergibt ſich klar, daß der mittelbare Beſitzer gegen verbotene Eigenmacht, die ſich gegen ſeinen Beſitz richtet, einen Beſitzſchutz nicht genießt, wenn, was richtiger zu verneinen ſein möchte, gegen mittelbaren Beſitz überhaupt verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 ſollte verübt werden können. Es ergibt ſich ferner nicht weniger klar, daß dem mittelbaren Beſitzer gegen den unmittelbaren Anſprüche aus den §§ 861, 862 nicht zuſtehen können (vgl. Anm. II 3 S. 75). Es ergibt ſich endlich, daß Handlungen, die von Dritten mit dem Willen des unmittelbaren Beſitzers (§ 858 Abſ. 1) vorgenommen werden, dem mittelbaren Beſitzer gegenüber nicht Handlungen verbotener Eigenmacht ſind. Der mittelbare Beſitzer hat auch dann kein Klagerecht, wenn er ſelbſt die gegen den unmittelbaren Beſitzer verübte Eigenmacht genehmigt hat. Alle dieſe Sätze entſprechen der herrſchenden Meinung (a. M. jedoch Becker in Iherings J. 34 S. 69, Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Beſitzverluſt S. 154, Gierke, Fahrnisbeſitz S. 7). Kann in einer Bedrohung ſeitens eines Dritten die Störung des mittelbaren Beſitzes gefunden werden, ſo ſteht dem mittelbaren Beſitzer nur die Feſtſtellungsklage, wenn er Eigentümer iſt, auch die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) zu Gebote. Gibt der unmittelbare Beſitzer die Sache nach Beendigung des zwiſchen ihm und dem mittelbaren Beſitzer beſtehenden Rechtsverhältniſſes nicht heraus oder wirkt er auf die Sache in einer nach dem Rechtsverhältniſſe nicht erlaubten Weiſe ein, ſo ſtehen ihm nur die Klagen aus dem Rechte, wenn er Eigentümer iſt, auch die Eigentumsklage (§§ 985, 1004) zur Verfügung. Ebenſo wenn ein Dritter mit Einwilligung des unmittelbaren Beſitzers den Beſitz der Sache entzieht oder in der gedachten Weiſe auf die Sache einwirkt. Im Falle der Beſitzſtörung hat der Anſpruch des mittelbaren Beſitzers den gleichen Inhalt wie der des unmittelbaren Beſitzers. Die Beſitzentziehungsklage geht grundſätzlich nur auf Wiedereinräumung des Beſitzes an den unmittelbaren Beſitzer; denn dadurch wird der Regel nach der frühere Zuſtand wiederhergeſtellt. Nur wenn (was er zu beweiſen hat) dieſer den Beſitz nicht wiederübernehmen kann oder will, kann der mittelbare Beſitzer verlangen, daß ihm ſelbſt der Beſitz eingeräumt wird. Bis feſtſteht, daß der unmittelbare Beſitzer die Sache nicht wiederübernehmen kann oder will, iſt ſeine (oder ſeiner Erben) „Übergehung bei der Reſtitution der Sache unſtatthaft, ſelbſt wenn in ſeiner Perſon eine vorübergehende Behinderung in der Wiederübernahme der Sache ſtattfindet, weil die Übergehung unter Umſtänden ſeine Rechte verletzen kann, z. B. wenn ihm ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zuſteht“ (Mot. III S. 127). Liegen dieſe Vorausſetzungen nicht vor, ſo muß die Klage, durch die der beweispflichtige mittelbare Beſitzer verlangt, daß ihm ſelbſt der Beſitz eingeräumt werde, abgewieſen werden.

In der D. z. BGB. S. 170 findet ſich noch folgende ſelbſtverſtändliche Bemerkung: „Die vorgeſehenen Beſchränkungen beziehen ſich übrigens nur auf den dem mittelbaren Beſitzer als ſolchem gewährten Beſitzſchutz. Hat z. B. der Vermieter eines Grundſtücks ſich die Mitbenutzung beſtimmter Teile des Grundſtücks vorbehalten, ſo verſteht es ſich von

selbst, daß er, falls die Eigenmacht sich gegen diese Teile des Grundstücks richtet, die Besitzschutzrechte (auch aus § 859) unbeschränkt genießt, da er insoweit eine unmittelbare Gewalt über das Grundstück ausübt und als unmittelbarer Besitzer anzusehen ist."

3. Der unmittelbare Besitzer ist in erster Reihe zu den Besitzklagen berufen. Neben ihm stehen die in seiner Person begründeten Besitzklagen aber auch dem mittelbaren Besitzer zu. Nach den Prot. III S. 226 hat man konkurrierende Besitzklagen des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzers nicht zulassen wollen. Das ist insofern Wahrheit geworden, als *materielle* Klagenkonkurrenz in Frage steht, denn es handelt sich nicht um *mehrere* Klagerechte, sondern um nur *ein* Klagerecht, das, in der Person eines begründet, auch von einem anderen ausgeübt werden kann. Wohl aber kann eine *formelle* Konkurrenz vorkommen, wenn beide klagen, und Schwierigkeiten werden insbesondere dann entstehen, wenn jeder von ihnen eine besondere Klage anstellt. Der Fall wird vermutlich nicht oft eintreten. Die beiden in Betracht kommenden Personen werden sich ins Einvernehmen darüber setzen, ob sie zusammen klagen wollen oder wer von ihnen die Klage erheben soll. Versäumen sie das, so wird der Regel nach Klagenverbindung nach § 147 ZPO. eintreten, zumal beide Klagen, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, bei demselben Gericht angestellt werden *müssen* (§ 24 ZPO.) — Der Regelfall, von dem auch die Mot. III S. 128 ausgehen, wird wohl der sein, daß der mittelbare Besitzer nur klagt, wenn der vermittelnde Besitzer verhindert ist oder — vielleicht aus Schikane gegen den mittelbaren Besitzer — nicht klagen will; aber nach dem Wortlaute des Gesetzes ist die Klagebefugnis des mittelbaren Besitzers hiervon nicht abhängig (D. z. BGB. S. 169), nicht subsidiär. Daher kann der Beklagte z. B. nicht mit Erfolg einwenden, daß der vermittelnde Besitzer sich selbst entschlossen habe, zu klagen. So können, wenn eine Verbindung unterbleibt, zwei selbständige Prozesse wegen derselben verbotenen Eigenmacht nebeneinander herlaufen und zu abweichenden Urteilen führen. Beide Urteile können aber auch zur Verurteilung des Beklagten führen, so daß dieser die Kosten zweier Prozesse zu tragen hat. Der Beklagte kann allen diesen unangenehmen Konsequenzen dadurch entgehen, daß er sein Besitzunrecht wiedergutmacht (vgl. Mot. III S. 128, wo auf die ähnlichen Fälle der §§ 432, 1011, 335 BGB. hingewiesen wird). Ist auf die Klage des vermittelnden Besitzers bereits ein den Beklagten verurteilendes Urteil ergangen und rechtskräftig geworden, so kann die demnächst erhobene Klage des mittelbaren Besitzers deshalb nicht abgewiesen werden; denn das Urteil wirkt Rechtskraft nur unter den Parteien, der mittelbare Besitzer muß aber in die Lage versetzt werden, unabhängig von dem vermittelnden Besitzer die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu erzwingen. Das Klagerecht des mittelbaren Besitzers ist *selbständig*. *Mit der Veränderung des Besitzstandes durch verbotene Eigenmacht ist der adjektizische Klageanspruch auf Wiederherstellung (auch dem mittelbaren Besitzer) fest erwachsen.* Der unmittelbare Besitzer, gegen den das Unrecht verübt ist, kann nicht mehr die eigenmächtige Handlung und den durch sie geschaffenen Zustand genehmigen, insbesondere nicht in das Verbleiben der entzogenen Sache in den Händen des Entziehenden mit der Wirkung willigen, daß der Besitzanspruch des mittelbaren Besitzers aufgehoben wird." (Mot. III S. 128.) Ebensowenig aber steht die dem mittelbaren Besitzer gegenüber erfolgte Verurteilung des Beklagten einer späteren Klage des vermittelnden Besitzers entgegen, da auch dieser bezüglich der Erzwingung der Wiederherstellung nicht von dem Betieben des mittelbaren Besitzers abhängig gemacht werden darf. Endlich steht auch die rechtskräftige Abweisung der Klage des unmittelbaren Besitzers der Klage des mittelbaren Besitzers nicht entgegen. Der Beklagte kann *jeder* Klage gegenüber einwenden, daß er den früheren Zustand bereits wiederhergestellt habe.

4. *Der Einwand des fehlerhaften Besitzes* kann dem mittelbaren Besitzer nur entgegengesetzt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Einwandes dem unmittelbaren Besitzer gegenüber vorliegen (Biermann Nr. 4; a. M. Planck Nr. 1 zu § 869).

5. Im Falle des § 869 Satz 3 kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß *ihm*

die Aufſuchung und Wegſchaffung der Sache geſtattet wird, aber nur, wenn er nachweiſt, daß der unmittelbare Beſitzer den Beſitz nicht wiederübernehmen kann oder will.

6. Iſt der urſprüngliche unmittelbare Beſitz weiter begeben worden, z. B. durch Unterverpachtung (vgl. Anm. 2 S. 85), dann erweitert ſich der Kreis der klageberechtigten Perſonen. „Bei einer ſolchen mehrfachen Weiterbegebung ſetzt das Recht eines Klageberechtigten, die Wiedereinräumung des Beſitzes an ſich ſelbſt zu fordern, voraus, daß nicht nur der (vermittelnde) Beſitzer, ſondern auch die zwiſchen dieſem und dem Klageberechtigten ſtehenden Perſonen die Annahme der Sache abgelehnt haben, weil der Beſitz der Sache zur Wahrung der Rechte der Beteiligten denſelben Weg bis in die Hände des (erſten) Beſitzers zurückzunehmen hat" (Mot. III S. 128; vgl. auch Prot. III S. 225).

§ 870.

Der mittelbare Beſitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß dieſem der Anſpruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

1. Die Übertragung des mittelbaren Beſitzes kann durch Abtretung des Anſpruchs auf Herausgabe der Sache erfolgen. Da es ſich nur um Übertragung des Beſitzes, nicht des Eigentums, handelt, iſt hier unter dem Anſpruch auf Herausgabe der obligatoriſche Anſpruch, der dem mittelbaren Beſitzer auf Grund des zwiſchen ihm und dem vermittelnden Beſitzer beſtehenden Rechtsverhältniſſes zuſteht, zu verſtehen. Dies iſt um ſo unzweifelhafter, als der mittelbare Beſitzer grundſätzlich nicht Eigentümer oder Eigenbeſitzer zu ſein braucht (Anm. 2 a. E. S. 85). Auch wenn zwiſchen dem mittelbaren und unmittelbaren Beſitzer kein giltiges, ſondern nur ein Putativ-Verhältnis beſteht, kann durch Abtretung des vermeintlichen Herausgabeanſpruchs der mittelbare Beſitz übertragen werden (Planck Nr. 2 zu § 868, Biermann Nr. 1 zu § 870). Der Herausgabeanſpruch kann auch bedingt oder befriſtet ſein. Der Eigentümer als mittelbarer Beſitzer kann den obligatoriſchen Anſpruch abtreten, den dinglichen Anſpruch auf Herausgabe aber behalten. Dies geſchieht in allen Fällen, in denen der mittelbare Beſitzer das Eigentum an der Sache behält; ſo z. B. wenn er nach Ablauf der Pachtzeit das Grundſtück weiter verpachtet und dem neuen Pächter den Anſpruch auf Herausgabe gegen den alten Pächter abtritt. Daß der Anſpruch aus § 985 überhaupt abtretbar iſt, kann nicht bezweifelt werden (Mot. III S. 399; OTr. Arch. 8 S. 80). Iſt aber das Eigentum übertragen, ſo bedarf es nicht noch der Abtretung jenes Anſpruchs (RG. E. 52 S. 276). Iſt die Sache verkauft, aber das Eigentum auf den Käufer noch nicht übergegangen (z. B. das Grundſtück noch nicht aufgelaſſen und der Eigentumswechſel noch nicht eingetragen), ſo hat die Abtretung des Anſpruchs aus § 985 nur dann einen vernünftigen Zweck, wenn der Käufer ſchon vor der Erlangung des Eigentums den Beſitz erhalten ſoll. Dann aber iſt dem Bedürfniſſe durch die Vorſchrift des § 870 Genüge getan, wenn die Sache ſich in der Hand eines vermittelnden Beſitzers befindet. Daß in dieſem Falle auch die Abtretung des dinglichen Anſpruchs auf Herausgabe zur Übertragung des mittelbaren Beſitzes führt, dürfte mit Rückſicht auf die Faſſung des § 870 („kann dadurch . . . übertragen werden") anzunehmen ſein. Der Erwerber eines vermieteten oder verpachteten Grundſtücks erlangt den mittelbaren Beſitz auch ohne Abtretung des obligatoriſchen Herausgabeanſpruchs (BGB. § 571; Planck Nr. 2 zu § 870).

Einer Mitwirkung des unmittelbaren Beſitzers oder auch nur ſeiner Kenntnis von der Übertragung bedarf es nicht (RG. E. 52 S. 277); ſeine Rechtslage wird durch die Übertragung nicht berührt (§ 986 Abſ. 2, §§ 407 ff.; vgl. D. z. BGB. S. 170). Die Übertragung ſteht unter den Vorſchriften der §§ 398—413. Sie bedarf keiner beſtimmten Form.

2. „Die Vorſchrift des § 870 geht in ihrer Tragweite über den Beſitzſchutz hinaus und iſt namentlich für den Erwerb dinglicher Rechte an beweglichen Sachen (vgl. §§ 931, 934, 1032, 1205 Abſ. 2) von Bedeutung" (D. z. BGB. S. 170). Mit anderen Worten: Im Falle des mittelbaren Beſitzes wird (Einigung über den Eigentumsübergang voraus-

gesetzt) durch die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe nicht nur mittelbarer Besitz, sondern nach § 931 auch Eigentum übertragen, sofern es sich um bewegliche Sachen handelt. Der Anwendungskreis des § 931 ist weiter als der des § 870; denn einmal begreift § 931 auch die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs (vgl. Prot. III S. 203, 209) seitens des mittelbar besitzenden Eigentümers (oder Eigenbesitzers) und dann auch den (nur) dinglichen Anspruch des nicht (auch nicht mittelbar) besitzenden Eigentümers gegen den Eigenbesitzer (z. B. den Dieb) auf Herausgabe der Sache (Prot. III S. 203). Auf der anderen Seite setzt § 931 Eigentum, § 870 dagegen nur mittelbaren Besitz voraus, gleichviel ob der Besitz auf Eigentum beruht. Für Liegenschaften kommt § 931 nicht in Frage, da für den Erwerb des Eigentums an diesen die Übertragung des Besitzes nicht erheblich ist.

§ 871.

Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

Vgl. Anm. 6 S. 88.

§ 872.

Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.

1. „Die den Eigenbesitz betreffende Schlußbestimmung des ganzen Abschnitts (§ 872) steht mit den Vorschriften über den Besitzschutz in keinem inneren Zusammenhange; für die als Eigenbesitz bezeichnete Unterart des Besitzes gelten hinsichtlich des Besitzschutzes Besonderheiten nicht. Das wesentliche Merkmal jener Unterart liegt in dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen . . . Da nach dem Sprachgebrauche des BGB. (vgl. insbesondere § 868) unter Besitz im allgemeinen nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist, so umfaßt der Ausdruck Eigenbesitz gleichfalls sowohl den unmittelbaren als den mittelbaren Besitz." (D. z. BGB. S. 170.) Der Gemeinschuldner bleibt z. B., auch nachdem der Konkursverwalter das Grundstück in Besitz genommen hat, mittelbarer Eigenbesitzer. Der durch diesen Eigenbesitz vermittelte Eigentumserwerb (BGB. §§ 900, 927) fließt zur Konkursmasse (Jaeger KO. Nr. 5 γ zu § 117). Bei dieser und nur bei dieser Besitzart kommt es auf den Zweck des Besitzes an.

2. Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend, d. h. mit dem Willen Eigentümer zu sein, besitzt. Dieser Wille kann auf dem guten Glauben, Eigentümer zu sein, beruhen; aber Eigenbesitz ist auch dann vorhanden, wenn der Besitzer bösgläubig ist, wenn er weiß, daß ein anderer Eigentümer ist (§ 937 Abs. 2, § 955 Abs. 1 Satz 2). So ist z. B. der Dieb Eigenbesitzer. Wer willensunfähig ist, kann keinen Eigenbesitz erwerben (Anm. 4 S. 64).

Guter Glaube des Eigenbesitzers ist nur für die Ersitzung beweglicher Sachen (§ 937 Abs. 2) und für den Fruchterwerb (§ 955 Abs. 1) von Erheblichkeit.

3. Nur der Eigenbesitzer kann Eigentum an beweglichen Sachen durch Ersitzung und durch Aneignung erwerben (§ 937, 958). Nur der Eigenbesitzer erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache (auch eines Grundstücks) gehörenden Bestandteilen mit der Trennung (§ 955 Abs. 1 Satz 1). Nur der Eigenbesitzer kann das Eigentum an einem Grundstücke durch Tabularersitzung (§ 900) und durch Ausschlußurteil (in Verbindung mit seiner Eintragung als Eigentümer) erwerben (§ 927). Weitere nur auf den Eigenbesitz bezügliche Vorschriften enthalten die §§ 836, 988, 1120, 1127 BGB. und §§ 147, 164 ZVG.

4. Der Eigenbesitz wird durch Aufgeben oder Verlust des (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitzes beendigt. Er verwandelt sich in gewöhnlichen Besitz, wenn nur der Wille, als Eigentümer zu besitzen, nicht auch der Besitz aufgegeben wird. Die Erklärung des Aufgebens dieses Willens steht unter den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte. Dadurch, daß der Eigenbesitzer willensunfähig wird, erfährt der Eigenbesitz keine Wandlung (Prot. V S. 651).

Zweiter Abſchnitt.

Allgemeine Vorſchriften über Rechte an Grundſtücken.

Vorbemerkungen.

1. Einen eigenen Abſchnitt über Rechte an Grundſtücken hatten die bisherigen Geſetze in Preußen nicht. In dem BGB. mußten gemeinſame Normen für das Eigentum und die begrenzten Rechte an Grundſtücken ſchon deshalb aufgeſtellt werden, weil es die beiden Hauptprinzipien des Grundbuchrechts, das Öffentlichkeitsprinzip im materiellen Sinne (Grundſatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs) und das Eintragungsprinzip vollſtändig durchführt. Hinzu tritt, daß mit dem Eintragungsprinzip ein anderer Grundſatz zuſammenhängt, der gleichfalls für alle dinglichen Rechte ſich bewährt, der Grundſatz nämlich, daß bei der Erwerbung durch Rechtsgeſchäfte der abſtrakte Konſens der Beteiligten in Verbindung mit der Eintragung den Rechtsübergang vermittelt (materielles Konſensprinzip oder Prinzip des dinglichen Vertrags). Bei der hohen Wichtigkeit des Eintragungs- und des Konſensprinzips und bei der Unklarheit, die bezüglich beider Grundſätze in der bisherigen Geſetzgebung und Wiſſenſchaft bemerkbar iſt, erſchien es dringend geboten, durch allgemeine Vorſchriften den Standpunkt des BGB. klarzuſtellen. Die einzelnen Vorſchriften, die der gegenwärtige Abſchnitt enthält, laſſen ſich faſt ſämtlich auf das eine oder andere der drei Hauptprinzipien zurückführen. (Vgl. die Überſicht unter Nr. VI S. 9.)

2. Die Ausgeſtaltung des Publizitäts- und des Konſensprinzips iſt weſentlich davon abhängig, wie das Eintragungsprinzip aufgefaßt und verwertet wird. Es ſtehen ſich hauptſächlich zwei Auffaſſungen gegenüber.

Nach dem Immobiliarrecht einzelner deutſcher Staaten hatte das Eintragungsprinzip für das Eigentum und die dieſem Prinzip unterworfenen begrenzten Rechte die Bedeutung, daß die Eintragung nicht ein bloß formales Erfordernis der Erwerbung des Rechtes war, ſondern unabhängig von ihrer geſetzlichen Vorausſetzung die Rechtsänderung bewirkte. Wo es am ſchärfſten hervortrat, wie in Hamburg, Lübeck und Mecklenburg, hatte die Eintragung die Wirkung formaler Rechtskraft und der bezügliche Inhalt des Buches wurde in Streitfällen mit Ausſchluß des Gegenbeweiſes als bewieſen angeſehen. Wer durch die Eintragung in ſeinem Rechte verletzt wurde, war zwar gegen den Eingetragenen nicht ſchutzlos, aber das durch die Rechtsverletzung begründete Rechtsverhältnis war nur obligatoriſch. Der Verletzte hatte keinen Anſpruch auf Bewilligung einer die Verletzung hebenden neuen Einſchreibung gegen den Dritten, zu deſſen Gunſten der Verpflichtete über das für ihn eingetragene Recht oder auf Grund desſelben verfügt hatte. Der Dritte haftete nur, wenn er aus einer von ihm begangenen unerlaubten Handlung beſonders verpflichtet war. In Sachſen war die Tragweite des Prinzips inſofern abgeſchwächt, als in allen Fällen, wo die Eintragung auf einem nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrunde beruhte, der Anſpruch des Verletzten auch gegen den Dritten ſtattfand, falls dieſer bei ſeiner Erwerbung die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit gekannt hatte.

Nach dem PEigG. v. 1872 hatte die Eintragung keine formale Rechtskraft. Die Auflaſſung vollendete den Eigentumsübergang. Bei Eigentumsbeſchränkungen und gewiſſen dinglichen Rechten hing von ihr die Wirkſamkeit der Beſchränkung und des Rechtes gegen Dritte ab. Die Hypothek und die Grundſchuld konnten nur durch Eintragung begründet und nur durch Löſchung aufgehoben werden. Die Einſchreibung war immer nur ein Erfordernis der Rechtsänderung oder ihrer vollen Wirkſamkeit; fehlte ein ſonſtiges Erfordernis, ſo war ſie wirkungslos und der Verletzte hatte gegen den, für den ſie erfolgt war, einen dinglichen Anſpruch auf Berichtigung des Grundbuchs. Gegen einen Dritten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Buches das Grundſtück oder ein Recht an ihm

erworben hatte, konnte freilich dieser Anspruch nicht geltend gemacht werden. Aber dies war die Folge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, nicht einer formalen Rechtskraft der Eintragungen. (EigG. §§ 1 ff., 9 ff., 18, 19, 38, 49, 57.)

Das BGB. geht davon aus, daß die Verfügung über ein Recht oder auf Grund eines solchen dem Berechtigten zusteht und daß der, zu dessen Gunsten verfügt wird, hieraus nicht ohne seinen Willen berechtigt werden kann. Dies führt aber dahin, daß bei Übertragung des Eigentums sowie bei Begründung, Übertragung und Belastung der übrigen Rechte, abgesehen von dem Erbfall und den besonderen Fällen der Zwangsvollstreckung, der Enteignung 2c., der geeinte Wille der Beteiligten über die Rechtsänderung (der sog. dingliche Vertrag) unerläßliches Erfordernis ist. Wird dann noch vorgeschrieben, daß die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen werden muß, so heißt das an sich nichts anderes, als daß der dingliche Vertrag in seiner Gültigkeit oder doch in seiner vollen Wirksamkeit von der Erfüllung auch des Erfordernisses der Eintragung abhängig sein soll. (BGB. § 873.) Hiermit ist das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung abgelehnt. Das Eintragungsprinzip wird nur in dem Sinne verwertet, daß die vertragsmäßige Rechtsänderung nicht eintritt, wenn sie in das Grundbuch nicht eingetragen wird. Die Eintragung ist nur ein formales Moment, das seinen Inhalt aus der Einigung der Beteiligten empfängt und folglich wirkungslos ist, wenn ihr eine gültige Einigung nicht zugrunde liegt. Nur zugunsten des Dritten, der im Vertrauen auf ihre Richtigkeit erwirbt, hat sie rechtsbegründende Kraft (§ 892). Das Eintragungsprinzip in diesem Sinne kann sich auch für solche Fälle bewähren, in denen die Rechtsänderung von dem Erfordernisse der Einigung der Beteiligten nicht abhängig gemacht ist.

Dieser der natürlichen Anschauung und den allgemeinen Grundsätzen über die Form der Rechtsgeschäfte entsprechenden Auffassung stehen praktische Rücksichten von besonderem Gewichte nicht entgegen.

Wenn gelehrt wird, die formale Rechtskraft der Eintragungen folge aus dem Publizitätsprinzipe, so wird diesem Grundsatz eine Tragweit ebeigelegt, die einen ihr entsprechenden Inhalt als von vornherein gegeben voraussetzt. Das Publizitätsprinzip ist indessen ebenso positiver Natur wie die Grundbucheinrichtung, auf der es beruht. Sein Hauptzweck ist, die Erwerbung von Rechten an Grundstücken von dem, welchen das Buch als Berechtigten ausweist, zu ermöglichen, ohne daß der Erwerber der Gefahr einer Anfechtung aus Gründen ausgesetzt wird, die in nicht ersichtlichen Mängeln des eingetragenen Rechtes des Veräußerers liegen. Dieser Zweck wird erreicht, wenn der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des mit der wirklichen Sachlage unbekannten Erwerbers als richtig fingiert wird. Dagegen ist es weder mit der Gerechtigkeit vereinbar noch durch das praktische Bedürfnis geboten, den Schutz des Publizitätsprinzips auf die eigene Eintragung des Erwerbers zu übertragen und demgemäß dem in der Einigung der Beteiligten enthaltenen dinglichen Vertrage, der allein dieser Eintragung den materiellen Inhalt zu geben vermag, jede Bedeutung für die eingetragene Rechtsänderung abzusprechen.

Einen Vorzug hat allerdings das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragungen, nämlich den, daß es jeden Widerstreit zwischen dem im Grundbuche dargestellten und dem wirklichen Rechte ausschließt und auf diese Weise eine ungemein einfache Gestaltung des Immobiliarrechts ermöglicht. Das Gewicht dieses Vorzugs aber verringert sich erheblich, wenn man beachtet, daß er nur durch eine völlige Zurückdrängung des materiellen Rechtes zu erlangen ist. Ein praktisches Bedürfnis, daß auch der, der infolge eines Irrtums oder einer Fälschung oder auf Grund einer wegen Verfügungsunfähigkeit des anderen Teiles nichtigen Einigung eingetragen wird, durch die Eintragung das ihm zugeschriebene Recht erwerbe, läßt sich nicht nachweisen. Die Rücksicht auf den Verkehr erheischt nur den Schutz des Dritten, der in Unkenntnis der wirklichen Sachlage von dem zu Unrecht Eingetragenen erwirbt. Gewiß liegt auch hierin eine Anerkennung des formellen Rechtes auf Kosten des materiellen. Aber sie ist doch immer nur eine Ausnahme von der Regel, daß nicht die

Eintragung für sich, sondern nur die Einigung der Beteiligten die eingetragene Rechtsänderung zu bewirken imstande ist, während das Prinzip der formalen Rechtskraft die Ausnahme zur Regel erhebt. Die Verallgemeinerung des Eintragungsprinzips im BGB. berechtigt ohnehin zu der Erwartung, daß Fälle, wo der Inhalt des Grundbuchs von der wirklichen Rechtslage abweicht, nicht gerade häufig vorkommen werden.

Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen ist auch keineswegs nur ein theoretischer. Seine praktische Bedeutung zeigt sich darin, daß, wenn rechtswidrig eingetragen worden, der Anspruch des Verletzten auf eine die Verletzung beseitigende neue Eintragung nach dem Grundsatze der formalen Rechtskraft nur ein obligatorischer, nach dem in das BGB. aufgenommenen Eintragungsprinzipe des preuß. Rechtes dagegen ein dinglicher ist. Der obligatorische Anspruch aber versagt gegen dritte Personen und schwächt sich, wenn der Verpflichtete in Konkurs verfällt, zu einem einfachen Konkursanspruch auf Entschädigung ab, während der dingliche Anspruch nur der aus dem Publizitätsprinzipe sich ergebenden Beschränkung unterliegt, im Konkurse sich mithin voll betätigt.

(Nach den Mot. III S. 136, die bei der 2. Lesung gebilligt sind, Prot. III S. 48.)

3. Die Übergangszeit.

Da das Immobiliarrecht im BGB. nach dem Grundbuchsysteme geregelt ist, so macht das Fehlen des Grundbuchs dessen sofortige vollständige Einführung unmöglich. Den sich hieraus für die Zwischenzeit vor dem Inkrafttreten des BGB. bis zur Vollendung der Anlegung des Grundbuchs ergebenden Rechtszustand regelt der Art. 189 EG. z. BGB. im wesentlichen im Anschluß an das Verfahren, das in Preußen bei Einführung der Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872 in die Landesteile, auf die diese Gesetze sich zunächst nicht erstrecken, befolgt ist.

Art. 189. Der Erwerb und Verlust des Eigentums sowie die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte erfolgen auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das Gleiche gilt von der Änderung des Inhalts und des Ranges der Rechte. Ein nach den Vorschriften des BGB. unzulässiges Recht kann nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr begründet werden.

Ist zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, der Besitzer als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen, so finden auf eine zu dieser Zeit noch nicht vollendete, nach § 900 des BGB. zulässige Ersitzung die Vorschriften des Artikel 169 entsprechende Anwendung.

Die Aufhebung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt auch nach dieser Zeit nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird.

Nach Abs. 1 sind bis zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt gilt, diejenigen Normen des BGB., für deren Anwendbarkeit das Vorhandensein eines Grundbuchs im Sinne des BGB. eine wesentliche Voraussetzung ist, von dem sofortigen Geltungsbeginn ausgeschlossen. Für diese Normen hat demnach die allgemeine Bestimmung des Art. 1 EG., wonach das BGB. am 1. Januar 1900 in Kraft tritt, nur die Bedeutung, daß sie nicht vor diesem Zeitpunkt in Kraft treten können. Ob sie mit dem 1. Januar 1900 oder erst in einem späteren Zeitpunkt Geltung erlangen, bestimmt sich danach, ob das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Bis dahin gilt das bisherige Recht in Ansehung der Änderungen im dinglichen Rechtsbestande durch Rechtsgeschäft oder Gesetz. Nach den bisherigen Gesetzen bestimmt sich nicht minder, ob und in welchem Umfang auf Grund der Eintragung in die landesgesetzlich bestimmten Bücher eine Garantie des Erwerbes stattfindet (BGB. §§ 891, 892, 893). Das alte Recht kommt aber nur zur Anwendung in Ansehung der die Rechtsänderung unmittelbar bezweckenden Rechtsgeschäfte (Eintragungs-

bewilligung, Auflassung ꝛc.), nicht in Ansehung der ihnen zugrunde liegenden obligatorischen causa (Kauf, Tausch, Schenkung, Darlehn ꝛc.). Der im Abs. 1 Satz 1 und 2 festgestellte Grundsatz erleidet durch die Vorschrift im Satz 3 insofern eine Abschwächung, als von dem Inkrafttreten des BGB. an ein nach seinen Vorschriften unzulässiges Recht nicht mehr soll begründet werden können. Diese Beschränkung rechtfertigt sich dadurch, daß die für die Zulässigkeit der Begründung eines Rechtes im BGB. gesteckten Grenzen mit der Grundbucheinrichtung nicht im Zusammenhange stehen. Obligatorische Rechte, z. B. Miet- und Pachtrechte, können nach dem 1. Januar 1900 als dingliche Rechte auch durch Übergabe und Eintragung nicht mehr begründet werden. Unzulässigkeit der Begründung nach den Vorschriften des BGB. ist übrigens nicht in solchen Fällen anzunehmen, in denen ein im BGB. zugelassenes Recht begründet werden soll, das bisherige Recht aber wegen obwaltender Mängel nicht dieses Recht, sondern eine dem BGB. nicht bekannte Rechtsposition, z. B. publizianisches Recht, eintreten läßt. (Nach den Mot. zu Art. 110 EG. S. 271.) Vgl. RG. E. 48 S. 61.

Der Abs. 3 des Art. 189 enthält eine Übergangsbestimmung, die für die Zeit nach Fertigstellung des Grundbuchs berechnet ist und sich auf die Aufhebung vorher entstandener, aber noch nicht eingetragener Rechte bezieht. Zu der rechtsgeschäftlichen Aufhebung eines solchen Rechtes würde nach Art. 189 Abs. 1 in Anwendung der Vorschriften des BGB. (§ 875) die Löschung im Grundbuch erforderlich sein, das Recht also zunächst eingetragen werden müssen, um sodann alsbald wieder gelöscht zu werden. Diese unnötige Erschwerung des Aufhebungsakts wird dadurch vermieden, daß bis zur Eintragung des Rechtes die bisherigen Gesetze hinsichtlich seiner Aufhebung in Geltung gelassen werden. Hiermit ist zugleich der Vorteil verbunden, daß auch das Erlöschen durch Nichtgebrauch und durch Ersitzung der Freiheit des Eigentums, welche Erlöschungsarten dem BGB. unbekannt sind, fortdauern. (Nach den Mot. S. 272.) Ist das Recht einmal eingetragen, so erfolgt seine Aufhebung nach §§ 875, 876 BGB., und es macht keinen Unterschied, daß das Recht etwa zu den nach dem BGB. nicht zulässigen Rechten gehört oder daß es bei Fertigstellung des Grundbuchs bereits erloschen war (vgl. Mot. a. a. O., Prot. VI S. 522 VI 1 c).

Die Bestimmung des Abs. 2 ist mit Rücksicht darauf für erforderlich erachtet, daß bei der 2. Lesung die Tabularersitzung (BGB. § 900) aufgenommen ist. Ist zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eine Ersitzung im Gange gewesen, für die also bis dahin alle Erfordernisse des früheren Rechtes vorgelegen haben müssen, so soll sie sich, sofern die Voraussetzungen des neuen Rechtes (BGB. § 900) gegeben sind, als Tabularersitzung fortsetzen und unter Anrechnung der bereits verstrichenen Ersitzungszeit in dreißig Jahren vollenden. Notwendig ist danach, daß der Besitzer seine Eintragung als Eigentümer sofort nach der Anlegung des Grundbuchs verlangt, da andernfalls von einer Fortsetzung der bisherigen Ersitzung in der Gestalt der Tabularersitzung nicht die Rede sein kann. Vgl. Anm. 6. zu § 900 BGB.

Da nicht darauf gerechnet werden konnte, daß im Zeitpunkte des Inkrafttretens des BGB. bereits in allen Rechtsgebieten den Anforderungen der Vorschriften des BGB. entsprechende Grundbücher sich vorfinden werden, und da die zur Herstellung solcher Grundbücher erforderlichen Vorarbeiten (vgl. GBO. § 2 Abs. 2) sowie die Herstellung selbst notwendig einen erheblichen Zeitraum erfordern, da ferner die in einzelnen Bundesstaaten bestehenden Grundbuchrechte nicht nur unter sich, sondern durchgängig auch von dem Grundbuchrechte des BGB. in mannigfachen und wichtigen Beziehungen abweichen und die nach Maßgabe der einzelnen Landesgesetze bisher geführten öffentlichen Bücher verschieden sind, so konnten die Anordnungen über die Anlegung der Grundbücher, abgesehen von einzelnen allgemeinen in der GBO. gegebenen Vorschriften, und die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht reichsgesetzlich getroffen, sondern mußten den Einzelstaaten überlassen werden. Dies ist im Art. 186 EG. z. BGB. geschehen. Für Preußen sind die erforderlichen Anordnungen durch die Königl. V. v. 13. November

1899 (GS. S. 519) getroffen. Für das Gebiet des vormaligen Herzogtums Nassau und für die Insel Helgoland sind besondere Verordnungen unter dem 11. Dezember 1899 (GS. S. 595) und dem 10. April 1900 (GS. S. 111) erlassen. Die nähere Darstellung wird im Bd II zu den §§ 82 und 91 GBO. gegeben.

§ 873.

Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

I. Bisheriges Recht.

In Preußen fehlte eine Bestimmung, wodurch die Übertragung des Eigentums und die Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft einheitlich geregelt war. Durch das EigG. v. 1872 war die landrechtliche Lehre vom titulus und modus acquirendi für die Fälle der freiwilligen Veräußerung eines Grundstücks sowie der Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld aufgegeben. Danach wurde im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigentum an einem Grundstück, einer selbständigen Gerechtigkeit und einem Bergwerke durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erworben (§§ 1, 68, 69). Die Auflassung erfolgte durch die mündlich und gleichzeitig vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen des eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage (§ 2). Die rechtskräftige Verurteilung zur Auflassung ersetzte die Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers (§ 3). Allen Erfordernissen der Rechtsgültigkeit von Verträgen mußte auch bei der Auflassung entsprochen werden. Bei Hypotheken und Grundschulden entstand das dingliche Recht durch die auf Grund der einseitigen Bewilligung des eingetragenen Eigentümers erfolgende Eintragung im Grundbuche (§§ 18, 19). Der Erwerb des Grundeigentums außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung (§ 5), die Begründung, Übertragung und Belastung der dinglichen Rechte der II. Abteilung erfolgten außerhalb des Grundbuchs nach dem bisherigen, d. h. dem neben den Grundbuchgesetzen geltenden Rechte. Auch die Wirksamkeit der Abtretung und Verpfändung einer Hypothek oder Grundschuld hing nicht von der Eintragung ab (§ 54). Der Eintragung bedurften die auf privatrechtlichen Titeln beruhenden dinglichen Rechte der II. Abteilung mit Ausnahme der Grundgerechtigkeiten und einiger anderen Rechte, nicht zu ihrer Begründung, sondern nur zur Erlangung ihrer Wirksamkeit gegen Dritte (§ 12). Die Eintragung von Beschränkungen des Eigentumsrechts an dem Grundstück und des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld diente nur dazu, die Beschränkungen gegen gutgläubige Dritte wirksam zu machen (§§ 11, 49). Der Satz, daß ein Erkenntnis, wodurch der Verpflichtete zur Bewilligung einer Eintragung oder Löschung rechtskräftig verurteilt ist, die Bewilligung der Eintragung oder Löschung ersetzt, ist in den Grundbuchgesetzen von 1872 nur vereinzelt zutage getreten und erst durch § 779 ZPO. v. 1877 allgemein für alle Fälle ausgesprochen, in denen eine Willenserklärung des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden soll.

Über die Bedeutung des obligatorischen Rechtsgeschäfts für eine in seiner Veranlassung erfolgte Eintragung und über die Berücksichtigung dieses Rechtsgeschäfts durch das Grundbuchamt verhielten sich der § 10 EigG. und die §§ 46, 48 Abs. 2 GBO.

II. Entstehungsgeschichte des § 873 BGB.

Der Entw. I. ging davon aus, daß die sachenrechtlichen Geschäfte, deren Gegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen ist, auf der Grundlage des Konsensprinzips und des Eintragungsprinzips (vgl. Vordemerk. Nr. IV, V 3 S. 5, 7 u. Nr. 2 S. 91) geordnet

werden müßten. Das Konsensprinzip habe eine zweifache Bedeutung: die formelle, daß die Bewilligung des leidenden Teiles zu einer Eintragung im Grundbuch erforderlich und ausreichend sei; die materielle, daß der auf die Eintragung gerichtete Wille beider Teile in der Form des dinglichen Vertrags erklärt sein müsse, damit der gewollte Rechtsvorgang (die Rechtsänderung) sich vollziehe. Das BGB. habe es nur mit dem materiellen Rechtsprinzipe (dem Prinzipe des dingtichen Vertrags) zu tun. Die Verwertung des formellen Konsensprinzips sei Aufgabe der GBO., der dingtiche Vertrag aber bewirke die von den Vertragschließenden gewollte Rechtsänderung nicht schon durch die Erklärungen, aus denen er sich zusammensetze, sondern nur unter Hinzutritt der Eintragung. Deshalb könne er nur in Verbindung mit dem Eintragungsprinzipe sachgemäß geregelt werden. Von diesem Standpunkt ist die Regetung in den §§ 828–833 des Entw. I. gegeben. (Mot. III S. 158.)

Nach dem Systeme des Entw. I. sollte die Eigentumsübertragung eines Grundstücks durch Rechtsgeschäft in der Weise geschehen, daß der eingetragene Eigentümer und der Erwerber einen abstrakten Eigentumsübertragungsvertrag schlössen und daß die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen werde; in gleicher Weise sollte sich die Begründung, Übertragung und Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke vollziehen. Dies beruhte auf dem Gedanken, daß zwar bei der Eigentumsübertragung ein materieller Grund für die Übertragung vorhanden, daß aber richtiger die Eigentumsübertragung selbst formell von jenem Grunde loszulösen und als selbständiger Rechtsakt hinzustellen sei. Das Kausalgeschäft und das Leistungsgeschäft müßten voneinander getrennt werden und letzteres müsse einen abstrakten Charakter annehmen. Für die von den Parteien gewollte Rechtsänderung bedürfe es nicht der Klarlegung des kausalen Verhältnisses. Der Grundbuchrichter nehme die Eintragung vor, und der Eigentumsübergang vollziehe sich lediglich auf Grund des abstrakten, als dinglicher Vertrag anzusehenden Leistungsgeschäfts.

Diese Art der Gestaltung fand sachlich die Zustimmung der 2. Komm. Die Anregung, es sei eine Umgestattung des Entwurfs in der Richtung anzustreben, daß eine sachliche Prüfung nach dem Inhalte des Kausalgeschäfts bei der Eintragung einzutreten habe, fand keinen Anklang. Dagegen wurden die Bestimmungen des Entwurfs in anderen Punkten für abänderungsbedürftig erachtet. (Prot. III S. 52.)

1. Der § 828 des Entw. I. lautete in seinem ersten Absatze:

> „Zur Übertragung des Eigentums, sowie zur Begründung, Übertragung oder Betastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt."

a. Wenn auch im § 873 Abs. 1 BGB. die Worte „durch Rechtsgeschäft" weggelassen sind, so gilt die darin enthaltene Regel doch nur für die auf Rechtsgeschäft, nicht aber für die auf anderen Gründen (z. B. Erbfolge, Zwangsvollstreckung, Enteignung) beruhenden Rechtsänderungen (Denkschr. S. 172).

b. Der Entw. I. forderte im Abs. 1 des § 828 zur Rechtsänderung einen Vertrag und in den Motiven (III S. 159) wird bemerkt: Das Erfordernis des Vertrags für die Erwerbung dinglicher Rechte mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden ist nach gemeinem Rechte als zweifellos anzusehen; das französische Gesetzbuch läßt den Vertrag genügen; in Preußen hat die Auflassung des EigG. v. 1872 alle Kennzeichen eines Vertrags ꝛc.

Bei der 2. Lesung ergab sich Meinungsverschiedenheit darüber, wie das Erfordernis der abstrakten zum Zwecke der Rechtsänderung abgegebenen Erklärungen der Parteien im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen sei. Die Mehrheit erachtete die gegen die Aufnahme des Wortes „Vertrag" geltend gemachten Bedenken für überwiegend, und es wurde an Stelle von „Vertrag" gesetzt „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung". Die Bedenken gingen dahin: Der dingtiche Vertrag sei ein juristischer Kunstbegriff, dem regelmäßig kein äußerlich abgegrenzter Vorgang entspreche. Es genüge, wenn das Gesetz klar und deutlich sage, was erfordert werde: nämtich die übereinstimmende Erklärung der Parteien; die Konstruktion müsse der Wissenschaft überlassen werden. Der dingliche Vertrag stelle in Wirklichkeit auch nicht einen selbständigen Rechtsakt dar, sondern bilde nur einen Bestandteil des auf die Rechtsänderung gerichteten Rechtsgeschäfts, das nicht nur die Erklärung des Willens der Parteien, sondern auch die Eintragung umfasse. Solcher Bestandteil könne richtig nicht als Vertrag bezeichnet werden. Überdies entspreche der Ausdruck „Vertrag" für die in Rede stehende Rechtshandlung nicht dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes und sei geeignet, zu Mißverständnissen, namentlich zur Verwechslung des dinglichen Vertrags mit dem obligatorischen Kaufvertrage, zu führen. Wenn klar und deutlich angegeben werde,

worauf es ankomme, nämlich auf die übereinstimmende Erklärung des Berechtigten, daß er in die Rechtsänderung willige, und die Annahme dieser Bewilligung seitens des Erwerbers, dann lasse sich unschwer erkennen, daß er sich um ein vertragsmäßiges Verhältnis handle, sowie daß und inwieweit auf jene Erklärungen die Grundsätze des Vertrags Anwendung finden, auch wenn das Wort „Vertrag" nicht im Gesetze gebraucht sei. (Prot. III. S. 50—59; Gruch. 42 S. 94.)

c. Im Abs. 1 des § 828 Entw. I. ist für das materielle Recht die Regel aufgestellt, daß der dingliche Vertrag von dem *eingetragenen* Berechtigen zu schließen sei, weil der Berechtigte in der Lage sein müsse, dem, zu dessen Gunsten er verfüge, die der Rechtsänderung entsprechende Stellung zu verschaffen, also dessen Eintragung zu ermöglichen (Mot. III. S. 160). Dementsprechend war für das formelle Recht im § 21 GBO. Entw. I. zur Eintragung einer Rechtsänderung auf Grund dinglichen Vertrags die Eintragungsbewilligung des *eingetragenen* Berechtigten gefordert. — Bei der 2. Lesung wurde das Wort „eingetragener" gestrichen und damit als Erfordernis nur beibehalten, daß der wirklich Berechtigte, nicht daß der *eingetragene* Berechtigte den dinglichen Vertrag geschlossen habe. „Das genüge auch dann, wenn der Berechtigte, was nur ausnahmsweise vorkommen werde, z. B. im Falle der Unrichtigkeit des Grundbuchs oder wenn der eingetragene Eigentümer gestorben, nicht eingetragen sei. Regelmäßig könne zwar in solchem Falle auf Grund der Bewilligung des nicht eingetragenen Berechtigten die Eintragung der Rechtsänderung nicht erfolgen, und nur für den Erben sei in dieser Beziehung eine Ausnahme zugelassen. Aber wenn der wirklich Berechtigte später eingetragen werde, so könne auf Grund des von ihm früher geschlossenen dinglichen Vertrags die Eintragung der Rechtsänderung erfolgen und selbst dann, wenn die Eintragung vorschriftsmäßig erfolge, ehe der Berechtigte, der den dinglichen Vertrag abgeschlossen, eingetragen gewesen, sei die Eigentumsübertragung nicht nichtig." (Prot. III S. 54.) Dem entspricht es, daß das Eingetragensein des Berechtigten in der GBO. nicht als Erfordernis der *Gültigkeit* der Eintragungsbewilligung aufgestellt ist. Nach § 19 erfolgt die Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Wohl aber wird durch die Ordnungsvorschrift des § 40 Abs. 1 die Eintragung in der Regel (Ausnahmen im § 40 Abs. 2 und im § 41) davon abhängig gemacht, daß der, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Vgl. Gruch. 42 S. 96 Nr. 2 und RG. E. 54 S. 362.

2. Der § 828 des Entw. I. bestimmte im Abs. 2, welchen *Inhalt* der Vertrag haben müsse, um unter Hinzutritt der Eintragung die dingliche Rechtsänderung hervorzubringen, wie folgt:

> „Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung vonseiten des anderen Teiles."

In den Motiven (III S. 172) wird ausgeführt, daß der Vertrag, welchen der § 828 erfordere, nicht der obligatorische, sondern der dingliche sei, der seinen Inhalt aus dem Zwecke des Geschäfts erhalten müsse. Der Berechtigte müsse seinen auf die Rechtsänderung gerichteten Vertragswillen ausdrücklich erklären, so daß jeder Zweifel ausgeschlossen sei. Hiermit sei die Berücksichtigung stillschweigender Willenserklärungen unvereinbar. Durch die Erklärung, daß der Berechtigte die Eintragung der Rechtsänderung bewillige, werde dem Konsensprinzip und dem Eintragungsprinzip am besten Rechnung getragen, der Abschluß des dinglichen Vertrags sehr vereinfacht und sein Inhalt gegen irrtümliche Auslegung geschützt. Bezüglich der Erklärung des anderen Teiles, für den die Eintragung bewilligt werde, bedürfe es einer Formalisierung nicht. Es genüge, wenn seine Erklärung die Annahme der Bewilligung ergebe; daß der Erwerber den *Antrag* auf Eintragung stelle, sei nicht erforderlich.

Bei der 2. Lesung wurde der Abs. 2 des § 828 des Entw. I. gestrichen, aber nicht etwa, weil der darin angegebene Inhalt der Einigung bemängelt wurde, sondern weil es bei der materiellen Vorschrift für das zwischen den Parteien bestehende Verhältnis nicht auf den Wortlaut der Erklärungen, sondern nur darauf ankomme, daß sie sachlich dem Inhalte des § 828 Abs. 2 entsprächen. Ferner wurde gerügt, daß nach dem Wortlaute des Entwurfs für den Fall keine ausdrückliche Fürsorge getroffen sei, daß zunächst die Eintragung und alsdann erst die Einigung der Parteien erfolgt, da der Ausdruck: „daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundstück bewillige", wohl nicht auf den Fall bezogen werden könne, wenn die Eintragung zuerst erfolgt und dann durch die Vereinbarung der Parteien sanktioniert wird. Dadurch, daß an die Stelle des Abs. 2 des § 828 des Entw. I. im Abs. 1 des § 873 BGB. „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung" gesetzt ist, wird der Inhalt, welchen die Einigung haben muß, außer Zweifel gestellt und zugleich zum Ausdrucke gebracht, daß

die Einigung unbeschadet der Wirksamkeit des Leistungsgeschäfts der Eintragung auch nachfolgen kann. (Prot. III S. 54; Gruch. 42 S. 95.) Vgl. RG. E. 54 S. 378.

3. Der Abs. 3 des § 828 des Entw. I. bestimmte:

„Der Vertrag wird für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, in welchem er entweder vor dem Grundbuchamte geschlossen oder von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht wird, oder in welchem die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgt."

Diese Bestimmung wurde für unentbehrlich erachtet, weil der Zeitpunkt, in dem die Vertragschließenden an den dinglichen Vertrag gebunden sein sollen, sich nicht in befriedigender Weise nach den Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte bezw. Verträge (vgl. BGB. §§ 151, 125) bestimmen lasse. Sie beruht auf folgenden Erwägungen. Sei die Eintragung bereits dem Vertrage gemäß erfolgt, also die Rechtsänderung bewirkt, so müsse der Vertrag ohne weitere Formalisierung für beide Teile bindend sein und die Gebundenheit des einen Teiles könne nicht bloß um deswillen verneint werden, weil nur der andere Teil die Eintragung nachgesucht hätte. Dagegen dürfe nicht angenommen werden, daß der Vertrag erst mit der Eintragung der Rechtsänderung vollendet werde und bis dahin jeder der beiden Beteiligten zum Widerrufe seiner Erklärung berechtigt sei, weil der Zeitpunkt der Eintragung dem Einflusse der Beteiligten entzogen und die willkürliche Widerruflichkeit die Sicherheit im Rechtsverkehre zu gefährden geeignet sei. Den Vertrag mit seinem Abschlusse, d. h. mit dem Zeitpunkt, in dem die gegenseitigen Erklärungen der Vertragschließenden zusammentreffen, als vollendet anzusehen, sei für die Fälle unbedenklich, in denen die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben würden. Werde dagegen der Vertrag außerhalb des Grundbuchamts geschlossen, so könne die Bindung erst eintreten, wenn die Parteien den Vertrag dem Grundbuchamte zur Eintragung einreichten, da sie dann alles getan hätten, was das Gesetz zur Vollendung der Rechtsänderung erfordere. (Mot. III S. 175.)

Bei der 2. Lesung wurde dem Entwurfe darin beigetreten, daß es sich nicht empfehle, die Bindung mit dem Abschluß eines Vertrags eintreten zu lassen, der wegen seiner Formlosigkeit nach den Vorschriften der GBO. (§ 29) zur Eintragung der beabsichtigten Rechtsänderung nicht führen könne. Auch darüber war man einverstanden, daß, wenn die Eintragung erfolgt oder der Vertrag vor dem Grundbuchamte geschlossen oder in einer den Vorschriften der GBO. entsprechenden Form von beiden Vertragschließenden beim Grundbuchamt eingereicht sei, der Widerruf ausgeschlossen sein solle. Die Frage, ob der Widerruf noch statthaft sei, wenn die Eintragungsbewilligung in einer den Vorschriften der GBO. entsprechenden Form zwar dem Erwerber ausgehändigt, aber noch nicht dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht worden sei, war streitig; sie wurde verneint, weil in der Aushändigung der Eintragungsbewilligung der Wille des Schuldners liege, sich seiner Vertragserklärung in einer beglaubigten Form zu entäußern, und weil der Erwerber, der, wie es üblich sei, gegen Aushändigung der Eintragungsbewilligung vor dem Notar die vereinbarte Valuta zahle, dagegen geschützt sein müsse, durch einen Widerruf des anderen Teiles geschädigt zu werden. (Prot. III S. 60—64.) Als später durch Art. 143 EG. z. BGB. die Landesgesetze aufrecht erhalten wurden, wonach die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 BGB. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht oder vor einem Notar erklärt werden kann, wurde hinsichtlich der Bindung der Parteien an ihre Auflassungserklärungen die Abgabe der Erklärungen vor Gericht oder einem Notar der Abgabe vor dem Grundbuchamte gleichgestellt. (Prot. III S. 177, IV S. 725.) Vgl. auch Gruch. 42 S. 97—99 Nr. 3.

4. Der Abs. 4 des § 828 des Entw. I. lautete:

Auf die Wirksamkeit des Vertrages ist es ohne Einfluß, wenn einer der Vertragschließenden stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor der Vertrag bindend geworden ist.

Bei der 2. Lesung wurde die Vorschrift (vgl. darüber Mot. III S. 176) gestrichen. Man hielt es für selbstverständlich, daß die Wirksamkeit einer gültigen, wenn auch nicht bindenden Vertragserklärung von dem Eintritte des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit dessen, der sie abgegeben habe, nicht berührt werde, weil die Vorschrift des § 130 Abs. 2 BGB. infolge ihrer Stellung im allgemeinen Teile auch für das Sachenrecht gelte. (Prot. III S. 64 II.)

5. Im § 829 hatte der Entw. I. folgende Beſtimmungen:

Zur Wirkſamkeit des im § 828 bezeichneten Vertrags iſt die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirkſamkeit des Vertrags wird dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß die Vertragſchließenden verſchiedene Rechtsgründe vorausgeſetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgeſetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war.

Die Vorſchriften der §§ 737—748 über Rückforderung einer Leiſtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt.

Bei der 2. Leſung wurde die Vorſchrift des § 829 (vgl. darüber Mot. III. S. 187) zwar als richtig anerkannt, aber als überflüſſig geſtrichen. Der Satz 1 habe gegenüber dem § 828 (BGB. § 873) keinen beſonderen Rechtsinhalt, ſondern verfolge einen rein lehrhaften Zweck. Aus der Faſſung des § 873 Abſ. 1 BGB. ergebe ſich, daß die daſelbſt für den Erwerb dinglicher Rechte an Grundſtücken aufgeſtellten Erforderniſſe auch zum Erwerbe genügend ſeien. Der Satz 2 ergebe ſich von ſelbſt aus dem Weſen des dinglichen Vertrags; der Abſ. 2 ſei durch die Beſtimmungen der §§ 812 ff. BGB. ſeinem Inhalte nach gedeckt. (Prot. III S. 64 IV.)

6. Der § 830 des Entw. I. beſtimmte:

Die Eintragungsbewilligung, welche von einer zur wirkſamen Erteilung der Bewilligung nicht berechtigten Perſon erteilt wird, iſt wirkſam, wenn ſie mit Einwilligung des Berechtigten erteilt iſt; ſie wird wirkſam, wenn ſie von dem Berechtigten genehmigt wird, oder wenn der Nichtberechtigte das für die Wirkſamkeit der Bewilligung erforderliche Recht erwirbt, oder wenn der Nichtberechtigte von dem Berechtigten beerbt wird und das Erlöſchen des Inventarrechts eintritt.

Die von einem Nichtberechtigten erklärte Eintragungsbewilligung iſt an ſich ungeeignet Beſtandteil des dinglichen Vertrags zu ſein. Sie iſt aber als wirkſam anzuſehen, wenn ſie mit Einwilligung des Berechtigten erteilt iſt. Auch muß ſie aus Rückſicht auf die praktiſchen Bedürfniſſe des Geſchäftsverkehrs nachträglich Wirkſamkeit erlangen, wenn der Mangel in dem Rechte zur Erteilung der Bewilligung gehoben wird. Die Konvaleszenz kann ſowohl vor als auch nach der Vollziehung der auf Grund der Bewilligung eines Nichtberechtigten möglichen Eintragung in Frage kommen. Juriſtiſch ſind beide Fälle nicht verſchieden. Es handelt ſich immer um eine Unwirkſamkeit des dinglichen Vertrags aus Gründen, die in einem Mangel der Berechtigung des Veräußerers zur Verfügung über den Vertragsgegenſtand beruhen. Daraus ergibt ſich, daß das Grundbuchamt die Eintragung auf Grund einer Bewilligung, die der eingetragene Berechtigte vor ſeiner Eintragung erteilt hat, nicht ablehnen darf. (Mot. III S. 188.)

Bei der 2. Leſung wurde der § 830 des Entw. I geſtrichen, nachdem der darin aufgeſtellte Grundſatz durch § 185 BGB. auf alle rechtsgeſchäftlichen Verfügungen ausgedehnt war (Prot. III S. 65 V). Der § 185 beſtimmt nämlich: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenſtand trifft, iſt wirkſam, wenn ſie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Die Verfügung wird wirkſam, wenn der Berechtigte ſie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenſtand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieſer für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeſchränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenſtand mehrere miteinander nicht in Einklang ſtehende Verfügungen getroffen worden ſind, nur die frühere Verfügung wirkſam.“ (Vgl. RG. JW. 21 S. A 156 und RG. E. 54 S. 362).

7. Der § 832 des Entw. I enthielt folgende Beſtimmung:

Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeſchäftes erfolgt, iſt wirkſam, unbeſchadet des Rechtes der Parteien, im Verhältniſſe zueinander die Nichtigkeit des Scheingeſchäftes geltend zu machen.

Für das preuß. Recht iſt die ſimulierte Auflaſſung nicht bloß in Anſehung der Vertragſchließenden, ſondern auch im Verhältniſſe zu Dritten für nichtig erklärt (OTr. E. 75 S. 22, Bd 78 S. 86; RG. Gruch. 24 S. 545, Bd 27 S. 467, E. 28 S. 307).

Der § 96 Entw. I beſtimmte: „Ein zum Scheine vorgenommenes Rechtsgeſchäft iſt nichtig.“ Dieſe Vorſchrift iſt im § 117 BGB. in folgender Faſſung beibehalten: „Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abgegeben iſt, mit deſſen Einverſtändniſſe nur zum Schein abgegeben, ſo iſt ſie nichtig.“ Daß nach dieſem Grundſatze die Berufung auf die Simulation nicht nur den Parteien im Verhältniſſe zueinander, ſondern auch gegen Dritte und auch dieſen gegen jene zuſteht, wurde von der 1. Komm. nicht verkannt, es wurde aber die Einſchränkung, die der Satz durch § 832 erleiden ſollte, nicht

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

allein durch das praktische Bedürfnis für geboten, sondern auch juristisch für gerechtfertigt erachtet. (Vgl. Mot. III S. 193.)

Bei der 2. Lesung wurde der § 832 des Entw. I gestrichen. Man erwog: „Die Vorschrift sei, soweit sie ausspreche, daß die Nichtigkeit einer simulierten Eintragung von den Simulanten in ihrem Verhältnisse zueinander geltend gemacht werden könne, richtig, jedoch schon durch die allgemeine Vorschrift des § 117 BGB. gedeckt. Unrichtig sei es jedoch, in Abweichung von dem Grundsatze des § 117 dem Dritten den Einwand der Simulation gegenüber dem Scheinberechtigten zu versagen. Sei z. B. der wirkliche und eingetragene Eigentümer zur Bewilligung einer Hypothek rechtskräftig verurteilt worden und lasse er hinterher das Grundstück zum Scheine auf, so widerspreche es den Anschauungen der materiellen Gerechtigkeit, dem Dritten zu verwehren, die Nichtigkeit des Eigentumsübergangs geltend zu machen. Dem Scheinberechtigten die Berufung auf die Simulation seiner Eintragung zu versagen, bestehe kein Bedürfnis. Werde er auf Grund eines von ihm selbst bestellten Rechtes von einem Dritten belangt, so sei der gutgläubige Dritte durch seinen guten Glauben gegen den Einwand der Simulation in ausreichender Weise geschützt und, wenn er sich nicht im guten Glauben befinde, nicht schutzwürdig. Handle es sich dagegen um ein von dem wirklichen, aber nicht mehr eingetragenen Eigentümer bestelltes Recht, z. B. eine Hypothek oder Grundschuld, so könne die Zulassung des Einwandes der Simulation den Berechtigten allerdings unter Umständen in eine unangenehme Lage versetzen; er könne sich jedoch dadurch helfen, daß er den wirklichen und den eingetragenen Berechtigten als Streitgenossen verklage." Ein weiteres Bedenken gegen die Zulassung des Einwandes der Simulation, welches daraus abgeleitet wurde, daß dadurch unter Umständen die Rechtsverfolgung für den erschwert werde, dem vom wirklichen Eigentümer eine Hypothek bewilligt und eingetragen sei, wenn der Eigentümer nachher das Grundstück zum Scheine an einen anderen auflasse: ist später durch Aufnahme der Vorschriften § 1141 Abs. 1 Satz 2 und § 1148 in das BGB., die nach den §§ 1107, 1192, 1200 auch für die Ansprüche aus einer Reallast, einer Grundschuld und einer Rentenschuld gelten, beseitigt. (Prot. III S. 67; vgl. auch Gruch. 42 S. 100.)

8. Der § 833 Entw. I, der Bestimmungen darüber vorschlug, daß und in welcher Weise die Eintragungsbewilligung und deren Annahme durch ein Urteil nach § 779 ZPO. (a. F.) ersetzt werden, ist bei der 2. Lesung gestrichen. Die geltenden Vorschriften der §§ 894—898 ZPO. werden in Anm. V mitgeteilt und besprochen.

III. Das geltende Recht.

Bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte sowie bei der Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes durch Rechtsgeschäft lassen sich, wenn auch im Leben das ganze Geschäft als ein einheitliches angesehen zu werden pflegt, rechtlich zwei Vorgänge unterscheiden: das Kausalgeschäft, wodurch die obligatorische Verpflichtung zur Vornahme der Rechtsänderung (Übertragung des Eigentums ꝛc.) begründet wird, und dessen Erfüllung durch Vollziehung der versprochenen Rechtsänderung. Letztere zerfällt wieder in zwei Elemente: das Leistungsgeschäft, wodurch die Beteiligten ihren Willen, daß die durch das Kausalgeschäft beabsichtigte Rechtsänderung eintrete, erklären (die Einigung), und die Eintragung in das Grundbuch, durch welche die der Einigung der Beteiligten entsprechende Rechtsänderung auf Antrag eines der Beteiligten vom Grundbuchamte verwirklicht wird. Zwischen dem obligatorischen Kausalgeschäft und der Einigung gibt es keinen dinglichen Vorvertrag zur Einigung. Ein solcher ist rechtlich unmöglich. Die Einigung ist abstrakter Natur und unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet. Die gleiche Richtung müßte eine Vor-Einigung haben. Dann wäre sie aber die Einigung selbst und eine nachfolgende Einigung nur eine Wiederholung der vorangegangenen. Eine Verpflichtung zu einer künftigen Einigung ist rein obligatorischer Natur, sie hat nicht die Bedeutung eines Vorvertrags zur Einigung, sondern fällt in den Kreis des Kausalgeschäfts (RG. E. 48 S. 133, Gruch. 46 S. 901).

A. Das Kausalgeschäft.[1]

Ohne Rechtsgrund (sine causa) wird kaum eine Vermögenszuwendung erfolgen. Will der Zuwendende keine Gegenleistung für sich oder einen Dritten erlangen, so schenkt er,

[1] Dr. N. H. Kriegsmann. Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem BGB. Berlin, 1905.

d. h. er bereichert den anderen durch unentgeltliche Zuwendung (§ 516). Das Rechtsgeschäft, wodurch der Rechtsgrund und die Leistung festgestellt werden (*Kausalgeschäft*), wird von dem Rechte der Schuldverhältnisse beherrscht und gehört dem Sachenrechte nicht an. In das Gebiet des Sachenrechts fällt nur dasjenige Rechtsgeschäft, welches zur Erfüllung der durch das Kausalgeschäft begründeten Verbindlichkeiten durch Bewirkung einer dinglichen Rechtsänderung dient (*die Einigung*). Meistens wird das Fehlen eines Rechtsgrundes die Folge davon sein, daß der Kausalvertrag wegen Formmangels oder aus einem anderen Grunde nichtig ist oder durch Anfechtung nichtig wird. Das obligatorische Kausalgeschäft ist der Regel nach formlos und insoweit aus dem formlosen Geschäfte die Klage auf Erklärung der dinglichen Einigung gegeben (RG. E. 48 S. 135, Bd 50 S. 82, Bd 54 S. 148. Gruch. 46 S. 901, Bd 48 S. 350). Von dieser Regel sind folgende Ausnahmen auch für das Sachenrecht von Bedeutung. *Der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung bedürfen*: der Vertrag über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke (§ 313), über die Übertragung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils davon sowie zu dessen Belastung mit einem Nießbrauche (§ 311), der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen (§ 312 Abs. 2), der Vertrag über das schenkweise Versprechen einer Leistung oder über die schenkweise Erteilung eines Schuldversprechens oder eines Schuldanerkenntnisses (§ 518), der Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft (§ 2371). *Die schriftliche Form ist erforderlich* zum Leibrentenvertrage (§ 761), zum Bürgschaftsvertrage (§ 766), zum Vertrag über ein (nicht schenkweise) erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781). Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig (§ 125). Eine allgemeine Vorschrift, daß der Formmangel *durch Erfüllung des formwidrigen Rechtsgeschäfts* geheilt werde, hat das BGB. nicht. Dies ist nur für einzelne Fälle besonders vorgeschrieben: ein formloser Veräußerungsvertrag über ein Grundstück wird durch Auflassung *und* Eintragung gültig (§ 313 Satz 2); der Mangel der Form wird *beim* Schenkungsvertrage durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518 Abs. 2); soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form des Bürgschaftsvertrags geheilt (§ 766 Satz 2). Die Erfüllung eines wegen Formmangels nichtigen Kausalgeschäfts, z. B. der schenkweise gemachten mündlichen Zusage einer Vorrechtseinräumung, kann nicht verlangt werden (RG. E. 48 S. 133). Ist das Kausalgeschäft aus einem anderen Grunde als wegen Formmangels nichtig, so ist zu unterscheiden, ob es von vornherein nichtig ist oder ob es erst durch Anfechtung nichtig wird, kurz ob es nichtig oder anfechtbar ist. *Nichtig* ist es, wenn es ein Scheingeschäft oder nicht ernstlich gemeint ist (§§ 117, 118), wenn es gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138); *anfechtbar*, wenn es auf Irrtum beruht (§§ 119, 120), wenn der eine oder andere Teil durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung zum Abschlusse bestimmt worden ist (§ 123). Während ein nichtiges Rechtsgeschäft nur durch erneute Vornahme wirksam werden kann (§ 141), ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten, sei es auch formlos, bestätigt wird (§ 144). Bestätigung des anfechtbaren Kausalgeschäfts wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn der Anfechtungsberechtigte in Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde die Leistung angenommen oder gewährt hat. Bei einem nichtigen Kausalgeschäft ist dies ausgeschlossen. Ist in den Fällen, wo die Leistung den Formmangel heilt (§§ 313, 518, 766), das Kausalgeschäft durch Einigung und Eintragung erfüllt, so ist die Rechtsänderung wirksam und unanfechtbar eingetreten und ihre Rückgängigmachung ausgeschlossen. In allen übrigen Fällen wird durch die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts zwar die bewirkte dingliche Rechtsänderung nicht berührt, aber der durch die letztere Begünstigte muß das ohne rechtlichen Grund Erlangte dem Berechtigten herausgeben (§ 812). Vgl. Anm. B 5.

Wenn es auch wünschenswert ist, daß Kausalgeschäft und Einigung voneinander getrennt gehalten werden, so steht doch gesetzlich nichts entgegen, beide miteinander zu

verbinden. Ist die Verbindung so enge gewollt, daß beide Geschäfte nur als ein einheitliches gelten, daß die Einigung mit dem Kausalgeschäfte stehen und fallen soll, so zieht nach § 139 die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts auch die Nichtigkeit der Einigung nach sich. (Predari S. 108, Biermann SR. S. 46 Nr. I, a M. Bruck S. 65.)

Das Grundbuchamt darf die Entgegennahme der Auflassung von der Vorlegung der in der Form des § 313 errichteten Urkunde über das Veräußerungsgeschäft nur dann abhängig machen, wenn es durch Landesgesetze vorgeschrieben ist (GBO. § 98). In Preußen ist dies nicht geschehen. Abgesehen hiervon hat das Grundbuchamt sich mit dem Kausalgeschäfte nicht zu befassen; wegen Mängel desselben darf es die beantragte Eintragung oder Löschung nicht beanstanden. Wird die Urkunde über das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegende Geschäft dem Grundbuchamt überreicht, so hat dieses sie entgegenzunehmen und aufzubewahren (GBO. § 9 Abs. 2). Dem Grundbuchamte liegt nur die Prüfung der Auflassung und der Eintragungsbewilligung nach Form und Inhalt ob (GBO. §§ 19, 20).

B. Die Einigung.[1]

Mit der Einigung ist ein eigenartiges Rechtsgeschäft in das Sachenrecht allgemein (und insoweit neu) eingeführt. Sie hatte in Preußen einen Vorgänger nur in der Auflassung, d. h. in dem dinglichen Vertrage, wodurch bei der freiwilligen Veräußerung eines Grundstücks der übereinstimmende, auf Eigentumsübertragung gerichtete Wille des Veräußerers und des Erwerbers in der Weise kundgegeben wurde, daß der Veräußerer die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer bewilligte und daß der Erwerber seine Eintragung beantragte (EigG. §§ I, 2). Zu den sonstigen Geschäften, die einen dinglichen Rechtserwerb an Grundstücken oder an Rechten an Grundstücken bezweckten, wurde ein dinglicher Vertrag nicht gefordert (vgl. Nr. I S. 96). Das BGB. hat den dinglichen Vertrag unter der Bezeichnung „Einigung" zum Erfordernis eines jeden auf Rechtsgeschäft beruhenden dinglichen Rechtserwerbs gemacht und damit die Anwendung des Konsensprinzips verallgemeinert.

Die Eigenart der Einigung tritt in folgenden, in den Motiven zum Entw. I (III S. 8) zusammengefaßten Grundsätzen, denen die verschiedenen Fälle des dinglichen Vertrages unterliegen, und die nunmehr auch für die Einigung gelten, besonders hervor:

a) Für den dinglichen Vertrag gelten die Normen des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, insbesondere diejenigen über den Vertrag, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit aus den Vorschriften des Sachenrechts sich ergibt.

b) Der dingliche Vertrag ist seinem Begriffe nach ein abstraktes Geschäft.

c) Er bezweckt nicht, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern ein Recht an der Sache zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, zu belasten oder zu übertragen. Zur Aufhebung eines Rechtes bedarf es in der Regel eines Vertrags nicht.

d) Der Zweck des Geschäfts bringt es mit sich, daß es gültig nur errichtet werden kann, wenn demjenigen, der über die Sache oder das Recht zugunsten des anderen Vertragschließenden verfügt, die Sache gehört oder das Recht zusteht. Diese Regel erleidet indessen aus Rücksicht auf das praktische Bedürfnis verschiedene Ausnahmen.

e) Das Verhältnis des dinglichen Vertrags zum obligatorischen Geschäfte ist das der Leistung zu ihrem rechtlichen Motive. Der Vertrag besteht, wenn auch das Motiv fehlt oder wegfällt. Der Verletzte kann die Leistung nur kondizieren.

1. Die Einigung ist ein zweiseitiges (RG. E. 47 S. 209) Rechtsgeschäft, da sich in ihr ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille betätigt (Mot. I S. 126). Sie ist auch ein Vertrag, nämlich die Willensübereinstimmung der Beteiligten bezüglich der dinglichen Rechtsänderung (RG. RJA. 2 S. 86). Daher finden auf sie grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen über den Vertrag Anwendung (Biermann SR. S. 2 Nr. 5 c; a. M. Eccius in Gruch. 45 S. 455, Bd 47 S. 51). Insbesondere sind an sich auch

[1] Dr. jur. Ernst Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin, 1900. Dr. G. Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Berlin, 1904.

die §§ 145 ff. BGB. anwendbar, jedoch mit Modifikationen. Die Einigung ist auch dann wirksam, wenn sie nicht in den Formen des § 873 Abs. 2 zustande gekommen ist; aber sie ist dann widerruflich. Demnach wird der Antragende auch dann nicht gebunden, wenn der andere Teil den Antrag angenommen hat. Er wird selbst dann nicht unwiderruflich gebunden, wenn er den Antrag in einer der im § 873 Abs. 2 bezeichneten Formen gestellt hat, sondern er wird nur dann gebunden, wenn *beide* zur Einigung erforderlichen Erklärungen in jenen Formen abgegeben sind. Bis dahin kann er auch seine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung widerrufen. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Erklärungen stets bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden müssen; das Gegenteil ergibt sich daraus, daß dieses Erfordernis nur für zwei besondere Fälle der Einigung aufgestellt ist (BGB. §§ 925, 1015). Der § 152 gilt danach (abgesehen von den beiden Ausnahmefällen) auch für die Einigung, aber die dingliche Bindung tritt erst mit der zuletzt abgegebenen Erklärung ein. Diese Abweichungen berechtigen jedoch nicht zur Verneinung der Vertragsnatur der Einigung. Denn auch wenn es sich um die Schließung eines obligatorischen Vertrags handelt, kann der Antragende seine Gebundenheit bis zur Annahme ausschließen (Planck Nr. 3 zu § 145). Erfolgt kein Widerruf des Antrags und die Annahme wird erklärt, so ist der Vertrag zustande gekommen. Daß beim *Einigungs*antrage die Gebundenheit *kraft Gesetzes* bis zur formgerechten Annahme ausgeschlossen ist, steht der Vertragsnatur der Einigung nicht entgegen (Förster im „Recht" 1903 Nr. 56). Abgesehen von diesen Abweichungen finden die §§ 145 ff. auch auf die Einigung Anwendung. Die wegen Formmangel nicht bindende Einigung wird durch hinzutretende Eintragung unwiderruflich. Sie ist also geeignet, einer Eintragung zur Grundlage zu dienen. Dem Grundbuchamte muß sie freilich, wenn aus ihr eine Eintragung stattfinden soll, in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form vorgelegt werden, aber diese Form braucht nicht mit der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen übereinzustimmen, sondern es genügt eine öffentlich beglaubigte Urkunde (GBO. § 29 Satz 1). Die Einigung braucht dem Grundbuchamt (abgesehen von den Fällen des § 20 das.) nicht vorgelegt zu werden, sondern es genügt, wenn der Passivbeteiligte die *Eintragungsbewilligung* in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form erklärt (§ 19 das.). Zur Eintragung ist auch nicht erforderlich, daß die Eintragungsbewilligung dem anderen Teile ausgehändigt ist, sondern es genügt der *Antrag* des Passivbeteiligten. Ist die Einigung in einer der Formen des § 873 Abs. 2 BGB. erklärt, so hat die Eintragung nicht nur auf Antrag des Passivbeteiligten, sondern auch auf einseitigen Antrag des anderen Teiles zu erfolgen. Einer weiteren *Eintragungsbewilligung* bedarf es nicht. Steht der Eintragung ein behebbares Hindernis entgegen, so kann nach § 18 Abs. 2 GBO. eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen werden. Einigung und Eintragung sind zwei selbständige, nebeneinander stehende Erfordernisse der Rechtsänderung. Keine von ihnen allein genügt zur Rechtsänderung. Auch wenn die Einigung *nach* der Eintragung zustande kommt, tritt nicht durch sie allein die Rechtsänderung ein, sondern nur unter Mitwirkung der vorausgegangenen Eintragung. Anderseits bewirkt die Eintragung nicht allein, sondern nur zusammen mit der Einigung die Rechtsänderung. An die Eintragung knüpft sich zwar die Vermutung für das Bestehen des eingetragenen und für das Nichtbestehen des gelöschten Rechtes (§ 891). Aber dies gilt nur zugunsten gutgläubiger Erwerber (§ 892); unter den bei der Einigung Beteiligten bewirkt die Eintragung nicht die Rechtsänderung, wenn ihr die andere materiell-rechtliche Voraussetzung, die Einigung, fehlt. Die Eintragung ist jedoch für das Rangverhältnis maßgebend, auch wenn ihr die Einigung nachfolgt (§ 879 Abs. 2). Bei der Einigung handelt es sich nicht um die Vereinigung widerstreitender Interessen durch Festsetzung von Rechten und Pflichten, auch die unwiderrufliche Einigung dient nicht, wie der obligatorische Vertrag, zur Begründung von Schuldverbindlichkeiten; bei der Einigung bewegen sich vielmehr die Beteiligten demselben Ziele zu, sie verfolgen dasselbe Interesse, indem sie die durch den Kaufalvertrag begründeten Verbindlichkeiten erfüllen. Es entsteht infolgedessen

aus der bindenden Einigung auch kein Anspruch, und es findet daraus keine Klage auf Leistung oder Feststellung statt; eine Klage kann immer nur auf einen durch den Kaufalvertrag entstandenen Anspruch gegründet werden. Es läßt sich daher auch kein Anspruch aus der Einigung durch Abtretung auf Dritte übertragen; nicht der Anspruch *aus* einer Auflassung, sondern nur der Anspruch *auf* Auflassung ist abtretbar. Aus einer Einigung ist wegen Nichterfüllung ein Schadenserfatzanspruch nicht herzuleiten, wenn einer der Beteiligten, obwohl er gebunden ist, die Eintragung vereitelt, wenn z. B. der Eigentümer das Grundstück schleunigst veräußert, nachdem er seinem Gläubiger eine formgerechte Eintragungsbewilligung für eine Hypothek ausgehändigt hat. Es ist die Frage streitig geworden, ob die Einigung, obwohl sie als Leistung an sich nicht klagebegründend sei, doch dadurch, daß sie bindend werde, Klagbarkeit erhalte. Hierbei wird eine bindende Einigung vorausgesetzt, bei der allen materiellen Erfordernissen genügt ist, insbesondere eine solche, bei der der Berechtigte oder sein Vertreter die Einigungserklärung abgegeben hat, also z. B. nicht eine Auflassung des Vaters, des Vormunds, die vom Vormundschaftsgerichte nicht genehmigt ist (§§ 1643, 1821 Nr. 1), nicht eine Verfügung des Ehemanns, der die Frau nicht zugestimmt hat (§§ 1375, 1450). Es handelt sich nur darum, daß die Eintragung nicht erfolgen kann, weil die nach den Ordnungsvorschriften des GBO. erforderlichen Förmlichkeiten nicht erfüllt sind oder bestimmte Angaben oder Urkunden fehlen: z. B. die Eintragungsbewilligung entspricht nicht dem § 28 GBO., oder es liegt die erforderliche Genehmigung der Frau nicht in der Form des § 29 GBO. vor, oder es fehlen Legitimationsurkunden, oder die vorgelegten sind nicht formgerecht u. dgl. Von großer Bedeutung für die Praxis ist die Frage nicht. Ein Bedürfnis zu ihrer Bejahung macht sich nur geltend, wenn kein oder nur ein nichtiger Kaufalvertrag vorhanden ist, dessen Erfüllung durch Nachholung der Förmlichkeiten ꝛc. nicht verlangt werden kann. Nach der einen Meinung soll die Erfüllung der Bindungsförmlichkeiten ein Tatbestand sein, der kraft Gesetzes den Leistenden verpflichtet und dem Empfänger einen klagbaren Anspruch auf Beibringung des zur Eintragung noch Erforderlichen gibt, ohne daß auf den Kaufalvertrag zurückgegangen zu werden braucht. So Fuchs (S. 64 Nr. 28), Strecker (S. 35), Oberneck (S. 257), Endemann (2 § 16 Nr. 1 2 b, § 21 Nr. 3), Kober (S. 57 Nr. VII d), Kipp-Windscheid 1 S. 781. Dagegen wollen eine obligatorische Pflicht, zur Herstellung der formellen Grundlagen der Eintragung mitzuwirken, nicht aus der Gebundenheit der Einigung, sondern *nur* aus dem Kaufalgeschäft entstehen lassen: Eccius (Gruch. 44 S. 764 Bd 47 S. 51), Küntzel (Gruch. 44 S. 98 oben), Neumann (1 Anm. A I 5 c zu § 873), Goldmann-Lilienthal (S. 473), Planck (3 S. 81 Nr. 4), Predari (S. 110 Anm. 13), Biermann (SR. S. 48 Nr. 3), Bruck (S. 10). Darüber scheint man einig zu sein, daß durch eine Einigung, weil sie ein reines Leistungsgeschäft ist, an und für sich kein Schuldverhältnis begründet werden kann. Streitig aber ist, ob aus einer formgerechten Einigung auf Beseitigung von Hindernissen, die der Eintragung entgegenstehen, geklagt werden könne. In dieser Frage ist auch zwischen den beiden Herausgebern Einigkeit nicht erzielt worden. Bei Planck Nr. 4 zu § 873 Nr. 4) heißt es: „Es ist vielleicht die Auffassung möglich, daß die Einigung sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit darstelle und demgemäß ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 enthalte. Allein die Frage, ob dies zutrifft, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach der tatsächlichen Lage des einzelnen Falles entscheiden." Allein dieser Verlegenheitsbehelf ist nur dann möglich, wenn das Kaufalgeschäft an keine Form gebunden oder die dafür vorgeschriebene Form gewahrt ist. Ist ein Kaufvertrag über ein Grundstück unter Außerachtstellung des § 313 geschlossen, demnächst die Auflassung erklärt, der Eintragung des Eigentumsübergangs stehen aber Hindernisse entgegen, die in Ordnungsvorschriften des GBO. ihren Grund haben, so kann aus dem obligatorischen, nichtigen Vertrage nicht geklagt werden, weil der Mangel der Form dieses Vertrags nur durch Auflassung *und* Eintragung geheilt werden kann, der § 781 BGB. demnach nicht anwendbar ist. Übrigens trägt doch diese Anschauung erst recht ein obligatorisches Moment in die Einigung

(Auflassung) hinein. Die Praxis wird hoffentlich Wege finden, auf die eine oder andere Weise dem Gesetze nachzuhelfen. Ganz wirkungslos ist eine formgerechte Einigung keinesfalls. Im Falle des § 1154 BGB. kann auf Nachholung einer Form geklagt werden, und in allen Fällen ist die Einigung, wenn der Eintragung aus ihr Hindernisse entgegenstehen, durch eine Vormerkung nach § 18 GBO. gesetzlich zu schützen (RG. E. 55 S. 340). Bemerkt mag noch werden, daß Johow in der Begründung seines Entwurfs eines Sachenrechts S. 1727 sagt: „Der dingliche Vertrag als Quelle einer obligatorischen Verpflichtung widerstrebt nicht den juristischen Denkformen, wenn man annimmt, daß der Gläubiger, der den Übergang seines Rechtes auf den Erwerber vollzieht, auch den Willen hat und haben muß, seinerseits dazu mitzuwirken, daß der Erwerber zur vollen Ausübung des auf ihn übertragenen Rechtes gelange." Vgl. auch K. Förster im „Recht" 1901 S. 579 zu II und 1903 S. 55.

2. An verschiedenen Stellen spricht das BGB. von rechtsgeschäftlichen *Verfügungen* (§§ 135, 137, 161, 184 Abs. 2, 185, 883 Abs. 2, 892 Abs. 1, 893, 1048, 1074, 1124, 1126, 1165, 1189, 1282 Abs. 2, 1375, 1376 Nr. 1, 1377 Abs. 1, 1380, 1392 Abs. 2, 1396 Abs. 1, 1398, 1442 Abs. 1, 1443, 1445, 1446, 1448 Abs. 1, 1449, 2033 ꝛc.), ohne eine Bestimmung des Begriffs der Verfügung zu geben. Planck (Bd 1 S. 185, 324, Bd 4 S. 172 Anm. 1) versteht darunter den Vertrag und das einseitige Rechtsgeschäft, durch die *unmittelbar* ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben werden soll. Die obligatorischen Rechtsgeschäfte fallen nicht darunter (RG. E. 49 S. 416). Danach kämen für das Liegenschaftsrecht als Verfügungen in Betracht die Einigung (§ 873) und die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er ein Recht aufgebe (§ 875). Dagegen ist Eccius (Gruch 47 S. 51 ff.) der Ansicht, daß die Einigung und einseitige Erklärung, auch wenn sie nach § 873 Abs. 2 und § 875 Abs. 2 bindend geworden sind, rechtlich ohne jede Bedeutung seien, daß sie zu Verfügungen erst durch die Eintragung würden. Zweifellos ist Planck beizutreten (Förster im „Recht" 1902 S. 115, 1903 S. 56; KG. JW. 21 S. A 276). Verfügungen erfolgen *durch* Vertrag (vgl. z. B. § 1396 Abs. 1) oder *durch* einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. z. B. § 1398), also durch *Parteierklärungen*. Der amtliche Akt der Eintragung ist davon ganz verschieden. Es ist daher auch die von Eccius vertretene Ansicht unrichtig, daß die von einem Nichtberechtigten über ein liegenschaftliches Recht getroffene Verfügung nur dann durch Genehmigung des Berechtigten wirksam werden könne (§ 185 Abs. 2), wenn — was kaum vorkommen wird — bereits die Eintragung auf Grund jener Verfügung erfolgt ist (Förster im „Recht" 1902 S. 115 ff., 141 ff., 1903 S. 56 f., Biermann SR. Anm. 2 b und g zu § 925).

Hängt die Wirksamkeit einer Verfügung von der *Zustimmung eines Dritten* ab, so unterscheidet das Gesetz (z. B. §§ 108, 109, 111, 1396, 1398, 1448) zwischen Verfügungen, die durch Vertrag (Einigung) und solchen, die durch einseitiges Rechtsgeschäft getroffen werden. Zu diesen ist vorherige Zustimmung (Einwilligung; § 183) zur Wirksamkeit erforderlich (§§ 111, 1398, 1448; RG. E. 50 S. 202), während zur Wirksamkeit jener die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung; § 184) genügt (§§ 108, 109, 1396, 1448). Zu den durch einseitiges Rechtsgeschäft getroffenen Verfügungen gehört z. B. der Verzicht (§ 1168) und die Aufhebung einer Hypothek. Erklären in einem und demselben gerichtlichen oder notariellen Protokolle zunächst die Frau den Verzicht oder die Aufhebung (Löschungsbewilligung) und demnächst der Mann seine Zustimmung, so ist die Annahme begründet, daß der Mann schon vor der in seiner Gegenwart erfolgten Erklärung seiner Frau mit der Löschungsbewilligung einverstanden gewesen ist, daß er in sie also eingewilligt hat (KG. JW. 25 S. A 277, Rsp. 4 S. 492). Immerhin wird es zweckmäßig sein, den Mann erklären zu lassen, daß die Frau die Löschungsbewilligung auf Grund seiner vorher gegebenen Zustimmung abgegeben habe. Sind jene Erklärungen zu notariellem Protokoll abgegeben, so liegt nach der Ansicht des KG. (JW. 25 S. A 273) in der Einreichung des Protokolls eine neue, dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Löschungsbewilligung, der

die Zustimmungserklärung des Mannes, wenn auch im Protokoll ihr nachfolgend, jedenfalls vorausgegangen sei. Diese Ausführung erscheint gekünstelt, aber nicht unrichtig. Auf einem anderen Wege gelangt München (im „Recht“ 1904 S. 103) zu demselben Ergebnis.

Nach § 182 Abs. 1 BGB. kann die Zustimmung zu einem Vertrage (z. B. zu einer Auflassung) sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden. Das KG. (RJA. 2 S. 250, Rsp. 5 S. 415) faßt diese Bestimmung mit der in der Rechtslehre herrschenden Meinung dahin auf, daß die Erklärung mit Rechtswirkung *nur dem einen der Beteiligten gegenüber* erklärt werden könne, daß also die Zustimmung ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sei. München (RJA. 4 S. 132) leugnet die Empfangsbedürftigkeit und hält demnach die in Abwesenheit der Beteiligten zu notariellem Protokoll erklärte, vom Notar dem Grundbuchamte direkt eingereichte Zustimmung für ausreichend. Das KG. kam zu demselben Ergebnis auf Grund der Annahme, daß in den entschiedenen Fällen der Notar zur Entgegennahme der Zustimmungserklärung von den Beteiligten bevollmächtigt gewesen sei. Die von München gegebene Begründung ist nicht unbedenklich; vielleicht läßt sich aber in Fällen, wo Bevollmächtigung des Notars nicht angenommen werden kann, auf einem anderen Gedankenwege zu einem den Anforderungen des Verkehrs entsprechenden Resultate gelangen. Handelt es sich um eine Genehmigung (nachträgliche Zustimmung, § 184), so wird stets die Annahme begründet sein, daß der Genehmigende von dem Rechtsgeschäfte durch die Beteiligten Kenntnis erlangt, auf ihr Ansuchen ihnen (oder einem von ihnen) gegenüber seine Zustimmung zunächst formlos erklärt und die Erklärung demnächst in notarieller Form wiederholt hat, um dem § 29 GBO. zu genügen. Das notarielle Protokoll bestätigt also nur, daß die Genehmigung, die an sich keiner Form bedarf, den Beteiligten gegenüber erklärt ist. Haben aber die Beteiligten den Genehmigenden zur Genehmigung veranlaßt, dann bedarf es nicht noch einer besonderen Annahme der Genehmigungserklärung. Nicht anders verhält es sich mit der Einwilligung (der vorherigen Zustimmung, (§ 183 BGB.), soweit es sich um *dingliche* Rechtsänderungen handelt; denn die durch Rechtsgeschäft vermittelte dingliche Rechtsänderung wird erst durch die Eintragung vollendet. Demgemäß stellt sich jede vor der Eintragung erklärte Zustimmung, auch wenn sie dem dinglichen Vertrage nachfolgt, als Einwilligung dar. Das notarielle Protokoll stellt sich demnach als Bestätigung der den Beteiligten (oder einem von ihnen) gegenüber erklärten Einwilligung dar, die ebenfalls an keine Form gebunden ist und, da sie von den Beteiligten veranlaßt ist, nicht noch einer besonderen Annahme bedarf. Insofern, aber auch *nur* insofern könnte man der Ansicht von Eccius beitreten, daß eine Genehmigung einer dinglichen Rechtsänderung erst nach deren Eintragung in Frage kommen kann. Vor der Eintragung stellt sich die Zustimmung der vollendeten Rechtsänderung gegenüber als Einwilligung, der Einigung gegenüber als Genehmigung dar.

Nicht erheblich anders liegt die Sache im Falle des § 177 BGB., wonach, wenn jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag schließt, die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängt. Freilich kann hier (nach Satz 2, 3) der Teil, der mit dem zur Vertretung nicht Ermächtigten verhandelt hat, den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern und die Erklärung kann dann nur ihm gegenüber erfolgen und eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung wird unwirksam; aber wenn die Vertragschließenden bereits den Eintragungsantrag gestellt haben und es geht nun die Genehmigung des Vertretenen in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form ein, oder Antrag und Genehmigung gehen gleichzeitig ein, so wird neben der Annahme, daß die Genehmigung einem der Vertragschließenden gegenüber erklärt worden sei und die formelle Urkunde dies bestätige, die fernere Annahme ohne weiteres begründet sein, daß der zur Aufforderung berechtigte Teil von diesem Rechte keinen Gebrauch machen wolle oder daß *er* die Ausstellung der Genehmigungsurkunde veranlaßt habe. Der Grundbuchrichter kann daher die Eintragung nicht von dem Nachweis abhängig machen, daß der zur Aufforderung

Berechtigte diesem Rechte entsagt habe oder daß die Genehmigung auf seine Aufforderung ihm gegenüber erklärt sei (in der Begründung etwas abweichend München a. a. O.).

Vgl. im übrigen die Anm. IV 6 und 7 zu § 925 BGB.

3. Der Berechtigte und der andere Teil müssen sich einigen. Berechtigter ist, wer das Eigentum an seinem Grundstück überträgt, wer sein Grundstück mit einem Rechte belastet oder ein solches Recht überträgt oder belastet, also der Passivbeteiligte, derjenige, dessen Recht von der Rechtsänderung und Eintragung betroffen wird (§ 873 Abs. 1; GBO. §§ 19, 13 Abs. 2). Bei der Auflassung wird er Veräußerer genannt (BGB § 925). Der andere Teil ist derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung und die Eintragung erfolgen (GBO. § 13 Abs. 2). Bei der Auflassung wird er als Erwerber (BGB. § 925), bei der Belastung als derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt (§§ 1013, 1018, 1030, 1094, 1105, 1113), bezeichnet.

Berechtigt im Sinne des § 873 BGB. ist nur, wer die dingliche Verfügungsmacht über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke hat, also der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Rechtes. Daß der Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen sei, wird zur Einigung nicht gefordert; es genügt, daß er der Berechtigte ist (vgl. S. 96 f. Nr. II 1 c), wie der Erbe (§ 1922), der Eigentümer oder der persönliche Schuldner, auf den kraft Gesetzes eine Hypothek übergegangen ist (§§ 1143, 1163, 1164, 1168 ꝛc.). Auch die dingliche Verfügung eines solchen nichteingetragenen Berechtigten ist wirksam. Die Eintragung einer Rechtsänderung in das Grundbuch soll aber der Regel nach nur dann erfolgen, wenn der Berechtigte als solcher auch im Grundbuch eingetragen ist (GBO. §§ 40, 41). Durch die Eintragung des Berechtigten wird keine Rechtsänderung bewirkt, sondern nur das unrichtige Grundbuch gemäß der wirklichen außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechtslage berichtigt (BGB. § 894). In den Regelfällen dagegen, wo nach § 873 BGB eine Berechtigung nur durch Eintragung in das Grundbuch erlangt werden kann, muß der Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen sein, um die Einigung wirksam vornehmen zu können, weil er ohnedies überhaupt kein Recht erworben hat, also nicht der Berechtigte sein kann. Die auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten erfolgte Eintragung einer Rechtsänderung ist zwar nicht nichtig, wenn bei ihr im übrigen die gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind, weil die Verfügung und mit ihr die Eintragung unter den Voraussetzungen des § 185 wirksam werden kann, aber solange Konvaleszenz nicht eingetreten ist, bleiben Verfügung und Eintragung unwirksam und der Anfechtung ausgesetzt. Der Zessionar des eingetragenen Gläubigers einer Buchhypothek z. B., welcher die Hypothek weiter abtritt, bevor er durch seine Eintragung als neuer Gläubiger die Hypothek erworben hat, verfügt als Nichtberechtigter und seine Abtretungserklärung ist unwirksam, da sein Zedent der Berechtigte geblieben ist. Sein Zessionar erwirbt, auch wenn er als neuer Gläubiger in das Grundbuch eingetragen wird, die Hypothek nicht, auch nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, da er aus dem Grundbuch ersehen muß, daß sein Zedent nicht als Gläubiger eingetragen, und daher nicht der zur Abtretung Berechtigte ist (§ 892). Aus demselben Grunde steht ihm auch nicht die Vermutung des § 891 zur Seite. Die vorherige Eintragung als Berechtigter dessen, der eine Eintragung bewilligt, ist zwar nur durch die Ordnungsvorschrift des § 40 GBO. angeordnet, so daß deren Verletzung nicht die Unwirksamkeit der Eintragung zur Folge hat. In den Fällen jedoch, wo der Verfügende erst durch seine Eintragung zum Berechtigten wird, muß die Eintragung erfolgen. Diese Eintragung erübrigt sich, wenn der eingetragene Berechtigte dessen Verfügung vorher oder nachträglich zustimmt. Das Konvaleszenzprinzip, das im preuß. Rechte durch die Bestimmungen der §§ 5, 13, 19 EigG. verdunkelt war, ist im BGB. in vollem Umfange durchgeführt. Im Entw. I e. BGB. nur für einzelne Fälle in den §§ 310, 830, 876 zum Ausdruck gebracht, ist es bei der 2. Lesung durch die allgemeine Vorschrift des § 185 BGB. ausgesprochen, um der Ansicht vorzubeugen, als handle es sich in jenen §§ des Entw. I nur um Spezialvorschriften,

die eine allgemeine Anwendung nicht zuließen. Für einzelne besondere Fälle, meinte man, in denen eine Konvaleszenz nicht angezeigt sei, könne diese durch Spezialbestimmungen ausgeschlossen werden (Prot. I S. 179). Solche Ausnahmebestimmung findet sich im Sachenrechte nicht. Insbesondere stellt sich der § 185 nicht gegen, sondern neben den § 892. Was nach § 892 der redliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, bewirkt nach § 185 die Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten, nämlich die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten. Durch § 185 sind die Streitfragen erledigt, die sich daran knüpften, daß nur der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer zur Auflassung und Belastung des Grundstücks berechtigt sein sollte (vgl. Turnau I S. 196 Nr. 6, 7, S. 284 Nr. 3, 4, S. 303 Nr. 2). Die Anwendung des § 185 ist nicht auf den in den Motiven (zu § 830 I Entw. III S. 188) hervorgehobenen Fall beschränkt, wo ein nichteingetragener Berechtigter in die Eintragungsbewilligung eines eingetragenen Nichtberechtigten eingewilligt hat, sondern für alle Fälle bestimmt, in denen ein Nichtberechtigter mit Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten eine Verfügung vorgenommen hat. Insbesondere kann der § 185 auch dazu dienen, die Eintragung des durch die Verfügung Begünstigten als des Berechtigten in das Grundbuch dann entbehrlich zu machen, wenn zu dem Erwerbe der Berechtigung nach § 873 Abs. 1 die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Durch die Zustimmung des Berechtigten wird zwar der Nichtberechtigte nicht zum Berechtigten, aber seine Verfügung wird wirksam mit derselben Kraft, als ob sie von einem Berechtigten ausgegangen wäre. Dies gilt namentlich auch dann, wenn der eingetragene Eigentümer eines Grundstücks oder der eingetragene Gläubiger einer Buchhypothek einem anderen die Auflassung oder die Umschreibungsbewilligung erteilt und zugleich seine Zustimmung zu einer weiteren Verfügung des anderen erklärt und diesem dadurch ermöglicht, die weitere Verfügung (Auflassung, Abtretung) wirksam vorzunehmen, ohne sich vorher durch seine Eintragung als Eigentümer bezw. Gläubiger zum Berechtigten zu machen (vgl. LdG. Dresden in Lobe's ZBl. 1901 S. 41 und OLG. Dresden in Seuff. A. 57 S. 10 Nr. 7). (RG. E. 54 S. 362.) Vgl. auch Anm. I 3 Abs. 2 zu § 1154 und Nr. 6 S. 99. So wird z. B. die vom nichteingetragenen Veräußerer erklärte Auflassung mit rückwirkender Kraft wirksam, wenn der Veräußerer seine Eintragung als Eigentümer erlangt (Jena Rsp. 5 S. 418, KG. RJA. 2 K. 250, Stuttgart RJA. 3 S. 263), und die vom Nichteigentümer bewilligte Hypothek, wenn der Eigentümer seine Einwilligung oder Genehmigung erklärt (KG, Rsp. 5 S. 419). Das Grundbuchamt darf daher die von einem als Berechtigter nicht Eingetragenen erteilte Eintragungsbewilligung nicht beanstanden, wenn zugleich die Bewilligung des als Berechtigter Eingetragenen vorgelegt wird, ohne Unterschied, ob diese Bewilligung vor oder nach Ausstellung der Eintragungsbewilligung des Antragstellers erteilt ist. Ebensowenig darf es nach § 54 GBO. von Amts wegen einen Widerspruch eintragen, nachdem ihm die Bewilligung vorgelegt ist, durch welche die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommene Eintragung wirksam gemacht wird.

Der andere Teil ist immer derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintreten soll. Aus dem materiellen Konsensprinzipe (vgl. S. 91) folgt, daß es eine Einigung zugunsten Dritter, wie sie im Rechte der Schuldverhältnisse mit der Wirkung zugelassen ist, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern (BGB. §§ 328 ff.), nicht gibt. Wer auf Grund einer Einigung durch Eintragung ein Recht am Grundstück erwerben will, muß sich bei der Einigung beteiligen; ohne seinen Willen wird er nicht berechtigt. (Vgl. Cosack 2 S. 29, Bruck S. 31, Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte S. 53.)

Der Berechtigte ist regelmäßig nicht zugleich der andere Teil. Jedoch kann der Eigentümer für sich selbst eine Grundschuld bestellen (§ 1196) und die gemeinschaftliche Sache zugunsten eines Miteigentümers belastet werden (§ 1009).

Die bei der Einigung Beteiligten können physische oder juristische Personen sein.

Auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks können gewisse Rechte an einem Grundstücke bestellt werden (BGB. §§ 1018, 1094 Abs. 2, 1105 Abs. 2; GBO. § 8 mit Anm.).

Die Beteiligten müssen verfügungsfähig sein und dürfen keiner Verfügungsbeschränkung unterliegen, welche die vorzunehmende Einigung und Eintragung unwirksam macht. Die Bestimmungen der §§ 104—115 über Geschäftsfähigkeit und der §§ 116 ff. über Willensmängel finden Anwendung. Ist die Einigung von einem Geschäftsunfähigen erklärt oder ist sie zum Scheine oder nicht ernstlich erfolgt, so ist sie nichtig (§§ 105, 116, 117) und die Rechtsänderung ist trotz ihrer Eintragung nicht eingetreten. Dem bisherigen Berechtigten ist sein Recht verblieben und er kann im Wege der Berichtigung den anderen Teil aus dem Grundbuche verdrängen und zu seiner Sicherung einen Widerspruch eintragen lassen. Er verfolgt sein Recht mit der dinglichen Klage; im Konkurse des anderen Teiles steht ihm ein Anspruch auf Aussonderung (KO., § 43) zu. Der Anspruch versagt aber gegenüber dem gutgläubigen dritten Erwerber. Auf die Wirksamkeit der Einigung ist es dagegen ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (BGB. § 130 Abs. 2; vgl. Nr. II 4 S. 98); es sei denn, daß ein anderer Wille des Erklärenden anzunehmen ist, daß sich also aus der Erklärung ergibt, diese solle nicht als auch für den Fall des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit abgegeben angesehen werden (§ 153). Abgesehen von diesem Ausnahmefalle hindert, wenn der Berechtigte die zur Eintragung erforderliche und genügende Erklärung abgegeben und dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung eingereicht hat, der Umstand, daß er stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor die Annahme des anderen Teiles erklärt ist, die wirksame Eintragung nicht. Vor der Eintragung kann zwar der Rechtsnachfolger des Verstorbenen bezw. der Vertreter des Geschäftsunfähigen die abgegebene Erklärung, da sie noch widerruflich ist, zurücknehmen. Geschieht dies aber nicht und erfolgt die Eintragung, dann ist durch die Eintragung im Grundbuche die Bindung des Rechtsnachfolgers bezw. des Vertreters eingetreten und die dingliche Rechtsänderung aus dem Grunde, daß eine bindende Einigung der Beteiligten nicht vorliege, nicht unwirksam. Selbstverständlich braucht der andere Teil, der eine Erklärung nicht abgegeben hat, die Eintragung für sich nicht gelten zu lassen, da ohne Einigung die Eintragung eine Rechtsänderung nicht bewirkt. Das Grundbuchamt darf die beantragte Eintragung nicht um deswillen beanstanden, weil inzwischen der Antragsteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Die Einigungserklärung des Berechtigten wird dadurch nicht unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist (§ 878).

Was nach Stellung des Eintragungsantrags vorgeht, ist für die beantragte Eintragung unerheblich, wenn richtig verfahren wird, d. h. wenn die Anträge nach § 17 GBO. in der Reihenfolge des Zeitpunkts ihres Eingangs beim Grundbuchamt (GBO. § 13 Abs. 1 Satz 2) erledigt werden. Hat z. B. der eingetragene Eigentümer beim Grundbuchamte den Antrag auf Eintragung einer Hypothek gestellt und dann sein Grundstück aufgelassen, so muß zunächst die Hypothek und erst darauf der Eigentumsübergang eingetragen werden. Würde zunächst der neue Erwerber als Eigentümer eingetragen, so würde die Eintragung der Hypothek nicht mehr zulässig sein, weil nun der Hypothekbesteller nicht mehr als der Berechtigte (Eigentümer) im Grundbuch eingetragen wäre (GBO. § 40).

Die Beteiligten brauchen die Einigung nicht persönlich zu erklären, sie können sich auch hierbei vertreten lassen. Wird die Erklärung von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177; RG. RJA. 2 S. 85). Vgl. im übrigen Bd II Nr. IV 3 zu § 29 GBO. Der gesetzliche Vertreter (Vormund, Vater, Mutter) bedarf in den Fällen des § 1821 Nr. 1—3 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; der Vormund bedarf ihrer auch in den Fällen des § 1821 Nr. 4, nicht der Vater und die Mutter (§ 1643).

4. Grundsätzlich ist die Einigung an keine Form gebunden. Sie kann mündlich oder privatschriftlich, wird sogar meistens stillschweigend erfolgen, und die durch Eintragung vollzogene dingliche Rechtsänderung wird in ihrer Wirksamkeit nicht dadurch berührt, daß sie auf einer formlosen Einigung beruht. Hierbei kann aber nur die Annahmeerklärung des anderen Teiles in Frage kommen, wenn richtig verfahren wird, da die Eintragung nicht anders als auf Grund einer formellen Bewilligung des Berechtigten bewirkt werden soll (GBO. §§ 19, 29). Vor der Eintragung kann die zu einer formlosen Einigung abgegebene Erklärung von dem Erklärenden formlos widerrufen werden. Durch eine nach der formlosen Einigung eintretende Verfügungsbeschränkung des Berechtigten wird die Einigung selbst dann unwirksam, wenn der Berechtigte bereits den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt hat (§§ 878, 873 Abs. 2 BGB.) Erfolgt trotzdem die Eintragung, so wird dadurch keine Rechtsänderung bewirkt. Eine formlose Einigung ist aber, wie schon angedeutet, immerhin insofern von Bedeutung, als in ihr eines der Erfordernisse des Eintritts der Rechtsänderung enthalten ist; denn auch eine formlose Einigung genügt, damit durch die Eintragung die beabsichtigte dingliche Rechtsänderung bewirkt wird. Fehlt die Einigung gänzlich, so entsteht auch durch die Eintragung eine Rechtsänderung nicht. Die formlose Einigung ist unwiderruflich, wenn sie nicht vor, sondern erst nach der Eintragung zustande kommt (§ 873 Abs. 2). Für die Wirksamkeit der dinglichen Rechtsänderung macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Einigung der Beteiligten schon vor der Eintragung der Rechtsänderung zustande gekommen ist oder ob sie dieser nachfolgt (RG. JW. 1905 S. 290 Nr. 15). Die Rechtsänderung tritt aber erst mit der nachträglichen Einigung ein. Deshalb ist auch der Zeitpunkt der späteren Einigung für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend (§ 892 Abs. 2). Das durch die Eintragung begründete Rangverhältnis bleibt aber auch dann maßgebend, wenn die Einigung erst nach der Eintragung zustande kommt (§ 879 Abs. 2). Unerheblich ist, ob die zur Einigung erforderlichen Erklärungen gleichzeitig oder in verschiedenen Zeitpunkten abgegeben werden Unter Abwesenden kommt die Einigung erst dadurch zum Abschlusse, daß die Annahmeerklärung des anderen Teiles dem Berechtigten zugeht (§§ 130—132).

Vor der Eintragung können die Beteiligten die Einigung dadurch unwiderruflich machen, daß sie sich an ihre Erklärung in einer bestimmten Form binden. Der § 873 Abs. 2 eröffnet dazu drei Wege.

a. Die Erklärungen werden gerichtlich oder notariell beurkundet. Bloße Beglaubigung (§ 29 GBO.) genügt nicht. Die zur Einigung erforderlichen Erklärungen des Berechtigten und des anderen Teiles können auch von einer anderen Behörde als dem Notar und dem Gerichte beurkundet werden, die nach Landesgesetz dafür zuständig ist (EG. z. BGB. Art. 142). Die Beurkundung der beiderseitigen Erklärungen kann gleichzeitig oder nacheinander erfolgen (BGB. § 128). Im letzteren Falle kommt die Einigung mit der zuletzt beurkundeten Erklärung zustande. Wer zuerst die Beurkundung seiner Erklärung vornehmen läßt, ob der Berechtigte oder der andere Teil, ist unerheblich. Hat der zuerst Beurkundende für die Beurkundung des anderen ausdrücklich eine Frist bestimmt oder läßt sich aus seiner Erklärung oder den Umständen der Wille entnehmen, nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte gebunden zu sein, so muß nicht nur die Beurkundung des anderen innerhalb der Frist erfolgen (BGB. § 152 in Verb. mit §§ 151 Satz 2), sondern der zuerst Beurkundende muß auch innerhalb der Frist von der erfolgten Beurkundung des anderen Kenntnis erhalten (RG. JW. 1901 S. 865). Einer Zustellung der letzten Beurkundung an den zuerst Beurkundenden bedarf es nicht, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (§ 152).

b. Die Erklärungen werden vor dem Grundbuchamt abgegeben. Gleichzeitigkeit der Erklärungen ist nicht erforderlich. Solange aber nicht beide Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben sind, ist die Einigung nicht bindend. Bis dahin kann auch die einseitige Erklärung vor dem Grundbuchamte widerrufen werden. Die Erklärungen müssen vor dem Grundbuchamt, also vor dem das Grundbuchamt vertretenden Beamten

(in Preußen vor dem mit Wahrnehmung der Grundbuchgeschäfte beauftragten Richter), abgegeben werden. Da es sich hierbei um die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts handelt, muß über die Verhandlung ein Protokoll aufgenommen werden (RGFG. § 175). Es genügt nicht, daß die Beteiligten ihre Einigung vor dem Richter oder einem Gerichtsschreiber mündlich erklären und sich dann entfernen. Schon die Wichtigkeit der Erklärungen und deren Sicherstellung erheischt strengere Formen. So Biermann (SR. S. 47 Nr. 2 d), Strecker (S. 30), Boehm (S. 21 zu b), Eccius (Gruch. 44 S. 764), Predari (S. 114), Maenner (§ 8 S. 44 Nr. 21), Brettner (Recht 4 S. 394), Bruck (S. 37), Neumann (Anm. A I 5 b β zu § 873); a. M. Planck (3 S. 85 Lit. b), Fuchs (S. 63 Nr. 25 d), Matthiaß (§ 8 S. 27 Anm. 4), Achilles-Strecker (GBO. S. 144), Kober (S. 53 Nr. III 1 b), Cosack (§ 176 Nr. IV S. 90), Oberneck (S. 229, 415). Damit wird aber wohl zu viel gefordert, daß die Einigungserklärungen auch den Grundbuchrichter zur Eintragung veranlassen, also Eintragungsbewilligung und Antrag enthalten müßten (Eccius in Gruch. 44 S. 765), obwohl dies die Ansicht der 2. Komm. gewesen zu sein scheint. Es kommt oft vor, daß die Parteien über die Eintragung einer Rechtsänderung einig sind, aber die Eintragung zur Zeit nicht wollen. Sollte ihnen da ein Weg zur Bindung durch Erklärung vor dem Grundbuchamte verschlossen sein?

c. Die Erklärungen werden beim Grundbuchamt eingereicht. Die Erklärungen beider Teile müssen in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten sein (vgl. Prot. III S. 84). Dieses Erfordernis ist insofern weniger streng als das zu a angegebene, als hier Beglaubigung genügt, während dort Beurkundung gefordert wird. Der § 9 GBO. verpflichtet das Grundbuchamt nicht, privatschriftliche Erklärungen, auf die sich weder die Eintragung gründet noch im Grundbuche bezug genommen wird, die auch nicht das Kaufalgeschäft enthalten, entgegenzunehmen und aufzubewahren (vgl Bd II Anm. zu § 9 GBO.). Hier haben sich dieselben Schriftsteller, die bei dem Erfordernisse zu b für die strengere oder für die freie Form eintreten, für die beglaubigten oder für die privatschriftlichen Erklärungen entschieden. Die Erklärungen der Beteiligten können in einer oder in mehreren Urkunden enthalten, sie können gleichzeitig oder nacheinander abgegeben sein. Es genügt, daß die Erklärungen nur von einem Teile beim Grundbuchamt eingereicht werden. Die Bindung beider Teile tritt aber nur dann ein, wenn die Einreichung im Einverständnisse beider Teile erfolgt ist. Hier wird Einverständnis, wenn auch nur stillschweigendes, zu unterstellen sein; daher muß der das Gegenteil Behauptende dies beweisen (Fuchs S. 63 Nr. 26).

d. Der Berechtigte hat dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt. Die Aushändigung, d. h. die tatsächliche körperliche Besitzübertragung (nicht constitutum possessorium), der Eintragungsbewilligung und deren Annahme seitens des anderen Teiles stellen die Einigung dar. Solange die Bewilligung in der Hand des Berechtigten bleibt, ist sie widerruflich. Erst wenn der andere Teil durch Aushändigung der Bewilligung instand gesetzt ist, die Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamte zu beantragen, wird die Einigung für beide Teile bindend. Die Eintragungsbewilligung muß nicht nur den Formvorschriften des § 29, sie muß auch inhaltlich dem § 28 GBO. entsprechen; andernfalls tritt die Bindung nicht ein.

Die Vorschriften über die Bindung im § 873 Abs. 2 können durch die Parteien nicht abgeändert werden, sie sind zwingend. Auf Grund formloser oder anders geformter Erklärungen der Beteiligten tritt, auch wenn es verabredet ist, Bindung nicht ein, und die Bindung einer Einigung in den Formen des § 873 Abs. 2 tritt ein, auch wenn die Beteiligten es nicht wollen. Doch kann die Einigung an Bedingungen geknüpft werden. Dann tritt die Bindung erst mit der Erfüllung der aufschiebenden ein bezw. endigt die Bindung mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung. Eine einseitige Gebundenheit an die Einigung ist nicht möglich. Solange die im § 873 Abs. 2 aufgestellten Erforder-

nisse noch nicht erfüllt sind, kann jeder Teil seine Erklärung widerrufen. Eine Bindung, und zwar eine zweiseitige, tritt erst ein, wenn die Einigung vollendet ist und in einer dem § 873 Abs. 2 entsprechenden Form vorliegt. Auch die Aushändigung einer Eintragungsbewilligung führt eine Bindung nur herbei, wenn sie auf Grund einer Einigung geschieht (Förster im „Recht" 1903 S. 56; a. M. Eccius, Gruch. 47 S. 57).

Was im vorstehenden ausgeführt ist, gilt nicht für die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung). Diese sowie die zur Bestellung und zur Übertragung des Erbbaurechts erforderliche Einigung müssen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden (§§ 925, 1015, 1017). Unberührt bleiben jedoch die Bestimmungen der Landesgesetzgebung, wonach die Auflassung auch vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann und wonach es der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile bei ihr nicht bedarf (EG. z. BGB. Art. 143). In Preußen ist von beiden Befugnissen durch Art. 26 AG. z. BGB. Gebrauch gemacht (vgl. Anm. I 1 zu § 925). Dort ist die Auflassung des BGB. auch für die Übertragung des Bergwerkseigentums und der immobilen Kuxe, für die Bestellung der selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit für einen Dritten und deren Übertragung, sowie für die selbständigen Gerechtigkeiten, die ein Grundbuchblatt erhalten haben, (AG. z. BGB. Art. 37 Nr. I, XIII, Art. 38 §§ 3, 5, Art. 39; Bd II Anhang I) und zur Bestellung der Salzabbauberechtigung in der Prov. Hannover für einen Dritten (G. v. 4. August 1904) erforderlich. Das Folgende betrifft nur die durch das BGB. vorgeschriebene Auflassung. Eine Auflassung, die den Vorschriften des § 925 nicht entspricht, indem sie von beiden Teilen nicht gleichzeitig oder nicht vor dem Grundbuchamt erklärt wird, ist nichtig; sie hat auch nicht die Bedeutung einer formlosen Einigung und wird deshalb auch nicht durch die nachfolgende Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch bindend. Erfolgt diese Eintragung in Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO. ohne vorherige gültige Auflassung, so wird dadurch keine Rechtsänderung bewirkt. Der bisherige Eigentümer bleibt Eigentümer, und die Eintragung des neuen Erwerbers kann nur dadurch wirksam werden, daß die Auflassung in den Formen des § 925 nachgeholt wird (§§ 125, 141); geschieht dies, so braucht die Eintragung auf Grund der formgerechten Auflassung nicht wiederholt zu werden (Predari S. 121 Nr. 2, Biermann SR. S. 125 Nr. 1 f a. a. M. Dernburg SR. § 44 Nr. II 4 b und Fuchs S. 71 zu γ). Daß die formgerechte Auflassung bindend ist, ergibt sich schon daraus, daß sie dem Erfordernisse zu a (S. 110) entspricht.

5. Als Inhalt der Einigung ist erforderlich, aber auch genügend das Einverständnis der Beteiligten darüber, daß die Rechtsänderung eintrete. § 873 Abs. 1 verlangt außer der Einigung über die Rechtsänderung nicht noch die Einigung über die Eintragung der Rechtsänderung (RG. Z. f. die Notar. 1902 S. 172). Ein bestimmter Wortlaut ist für die Einigung nicht vorgeschrieben (vgl. S. 97 Nr. 2); es genügt, daß sie sachlich jenen Inhalt hat. Da es zur Rechtsänderung der Eintragung bedarf, so ergibt sich als Inhalt der Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt, und als Inhalt der Erklärung des anderen Teiles, daß er mit der Eintragung einverstanden ist. Wird die Einigung in dieser Weise bindend gefaßt, so erfüllt sie zugleich das Erfordernis des § 19 GBO. Die Ansicht, daß die Einigung, wenn in ihr die Worte „Bewilligung" und „Antrag" nicht vorkommen, zur Eintragung nicht ausreiche, sondern daß noch eine besondere Bewilligung hinzukommen müsse, ist vom RG. E. 54 S. 383) verworfen. Über den Inhalt der Auflassung vgl. Anm. I 2 zu § 925. Die Einigung, mit Ausnahme der Auflassung (§ 925 Abs. 2), kann unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (vgl. Nr. 5 d).

So oft die Einigung nicht in bindender Form (§ 873 Abs. 2) erklärt wird, tritt sie meistenteils als ein besonderes Rechtsgeschäft gar nicht in die Erscheinung. Vereinbart der Eigentümer mit jemand, daß dieser ihm ein Darlehn gegen Sicherstellung gibt, läßt

dann der Eigentümer das Darlehn mit den festgesetzten Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen auf eines seiner Grundstücke ohne weitere Verabredung eintragen, und der Darleiher nimmt den ihm zugestellten Hypothekenbrief oder die Benachrichtigung des Grundbuchamts über die Eintragung widerspruchslos an und zahlt das Darlehn aus, so ist in diesem Vorgange zugleich die Einigung über die Eintragung enthalten. Oder verspricht der Eigentümer seinem Sohne die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstücke, läßt den Nießbrauch eintragen und übergibt seinem Sohne das Grundstück zum Nießbrauche, so ist mit der Annahme des Grundstücks unter Kenntnis von der Eintragung die Einigung zustande gekommen, ohne daß eine Einigung über die Eintragung besonderen Ausdruck gefunden hat. Die Einigung kann auch mit dem Kausalgeschäfte verbunden werden. Bestellen zwei Eigentümer einander an ihren Grundstücken bestimmte Grundgerechtigkeiten und vereinbaren deren Eintragung in das Grundbuch, so bedarf es einer besonderen Einigung über die Eintragung nicht mehr.

6. Eine Verfügungsbeschränkung kann in der dinglichen unwiderruflichen Bindung ebensowenig gefunden werden, wie in jeder anderen vertraglichen Bindung (Biermann SR. S. 48 Nr. 3), und daher kommt § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht in Frage. Die dingliche Bindung besteht nur unter den Beteiligten, Dritten legt sie keine Schranke auf (RG. E. 55. S. 340)

7. Über das Verhältnis der Einigung zum Kausalvertrage verhalten sich folgende Sätze der Motive (vgl. S. 101): Die Einigung ist ihrem Begriffe nach ein abstraktes Rechtsgeschäft: das Verhältnis der Einigung zu dem Kausalgeschäft ist das der Leistung zu ihrem rechtlichen Motive; die Einigung besteht, auch wenn das Motiv fehlt oder wegfällt, der Verletzte kann die Leistung nur kondizieren.

a. Ihrer Form nach sind Einigung und Kausalvertrag durchaus unabhängig voneinander. Die Form des Kausalvertrags richtet sich nach den Vorschriften über Willenserklärungen und Verträge (vgl. S. 102 Anm. B), für die Form der Einigung sind ausschließlich die Bestimmungen des § 873 Abs. 2 und des § 925 maßgebend. Ist der Kausalvertrag wegen Formmangels nichtig, so wird dadurch die bindend gewordene Einigung in ihrer Wirksamkeit nicht berührt. Sie führt unter Hinzutritt der Eintragung zur Rechtsänderung ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Kausalvertrags. Der nichtige Kausalvertrag kann nur Veranlassung geben, die eingetragene Rechtsänderung mit einer persönlichen Klage (condictio sine causa) rückgängig zu machen, d. h. von dem eingetragenen Erwerber die Rückleistung durch Bewilligung der Wiedereintragung des bisherigen Berechtigten zu verlangen. Letzterem steht nur ein Anspruch aus der Bereicherung zu, er ist im Konkurse des anderen Teiles einfacher Konkursgläubiger, er kann seinen obligatorischen Anspruch nur durch eine Vormerkung sichern. Der Formmangel des Kausalgeschäfts wird nur in besonderen Fällen durch die Bewirkung der versprochenen Leistungen (Einigung, Eintragung) geheilt (§§ 313, 518, 766); die formlose Einigung wird, mit Ausnahme der Auflassung, durch die nachfolgende Eintragung stets bindend, und sie ist bindend, wenn sie erst nach der Eintragung zustande kommt. Vgl. K. Förster im „Recht" 1901 S. 579 zu I.) Die Annahme Wolffs (Gruch. 47 S. 26), daß Kausalgeschäft und Einigung identisch seien, steht mit den §§ 313, 314, 433, 437, 925 im Widerspruche (K. Förster im „Recht" 1903 S. 53 und Molitor das. S. 57).

b. Von den durch den Kausalvertrag geregelten persönlichen Beziehungen der Beteiligten ist der auf Grund der Einigung der Beteiligten durch Eintragung bewirkte Eintritt der Rechtsänderung unabhängig. Zur Wirksamkeit der Einigung ist daher die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich und die Wirksamkeit der Einigung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligten verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war (vgl. Anm. II 5 S. 99). Ist auch rechtsbegrifflich das dingliche Rechtsgeschäft von dem obligatorischen nicht abhängig, so wird doch häufig, insbesondere im Falle der Gleich-

zeitigkeit der Geschäfte, von den Beteiligten eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des dinglichen Geschäfts von der rechtlichen Wirksamkeit des obligatorischen gewollt sein, und der Verwirklichung dieses Parteiwillens stellt das Gesetz Hindernisse nicht entgegen. Das dingliche Geschäft ist nicht dergestalt formal, daß es nicht kraft Parteiwillens in ein Abhängigkeitsverhältnis zum obligatorischen gesetzt werden könnte (RG. RG. 04 S. 168 Nr. 7).

Das BGB. hat den Satz des PEigG. § 10 aufgegeben, daß die Anfechtung der Eintragung des Eigentumsübergangs und deren Folgen auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, stattfinden kann. Diese Änderung ist für das persönliche Verhältnis der bei dem Rechtsgeschäft als Vertragsschließende Beteiligten zueinander von keiner Bedeutung. Ist das Rechtsgeschäft ungültig, so hat der, welcher durch die Auflassung eine Rechtspflicht zu erfüllen glaubte und findet, daß der durch die Auflassung Bereicherte diese nicht zu fordern hatte, nach wie vor einen Anspruch auf Rückgewähr des durch die Auflassung aus seinem Vermögen in das des Erwerbers gelangten Vorteils, es sei denn, er wußte bei der Auflassung, daß er wegen Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Auflassung nicht verpflichtet war (BGB. §§ 812 ff.). Der Unterschied tritt aber hervor, wenn ein Dritter durch Rechtsgeschäft ein Recht an dem Grundstücke von dem in Veranlassung des ungültigen Rechtsgeschäfts Eingetragenen erwirbt. Die Unabhängigkeit der eingetragenen Rechtsänderung von dem Kausatgeschäfte hat zur Folge, daß das Grundbuch nicht unrichtig ist, wenn der Eingetragene in Erfüllung eines ungültigen Rechtsgeschäfts seine Eintragung erlangt hat. Der Dritte, dem die Ungüttigkeit des Kausalgeschäfts bei seinem Erwerbe bekannt war, hatte um deswillen allein keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, die ja nicht bestand. Und deshalb steht dem Dritten die Kenntnis von der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht entgegen. Die Vorschrift des § 892 BGB. kann daher zu seinen Ungunsten nicht zur Anwendung kommen. Nach früherem Rechte konnte sich dagegen der Dritte, dem die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts bekannt war, in dessen Veranlassung sein Autor als Berechtigter im Grundbuch eingetragen war, auf die Richtigkeit des Grundbuchs nicht berufen.

In den Protokollen der 2. Lesung (III S. 55) wird inbezug auf den Hauptfall der Eigentumsübertragung bemerkt:

„Der Eigentumsübergang erfolgt auf Grund des abstrakten Leistungsgeschäfts und der Eintragung. Ist das Kausalgeschäft ungültig, so bleibt die Eigentumsübertragung zunächst zu Recht bestehen. Der bisher Berechtigte kann aber nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) von dem Erwerber verlangen, daß der Eigentumswechsel rückgängig gemacht wird. Bis letzteres erfolgt ist, gilt aber der Erwerber als rechtmäßiger Eigentümer und, wenn er seinerseits während dieser Zeit auf Grund seines Eigentums dritten Personen Rechte überträgt, so sind diese zu Recht bestehend. Es kann aber freilich die Sachlage auch so sein, daß derselbe Umstand, welcher das Kausalgeschäft ungültig macht, auch das Leistungsgeschäft mit betrifft, daß z. B. widerrechtlicher Zwang in gleicher Weise beim Kausalgeschäft und beim Leistungsgeschäft ausgeübt ist oder der beim Kausalgeschäfte verübte Betrug auch das Leistungsgeschäft beeinflußt hat. Alsdann ist, wenn die Anfechtung erfolgt, auch die Eigentumsübertragung nichtig, die Eintragung direkt zu beseitigen, und es kann auch der Dritte — abgesehen von dem Schutze des § 892 — keine Rechte von dem Erwerber herleiten. Es kommt in dieser Beziehung auf der Umstände des einzelnen Falles an." In der Denkschrift des Bundesrats (S. 174) wird dies wiederholt.

Aus der Nichtigkeit des Kausatvertrags folgt mit Notwendigkeit die Nichtigkeit der Einigung auch dann nicht, wenn beide Geschäfte gleichzeitig stattfinden und wenn sie miteinander vereinigt sind. Die Einigung kann aber kraft Parteiwillens in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem Kausalgeschäfte gesetzt werden. Häufig wird aber, insbesondere im Falle der Gleichzeitigkeit der Geschäfte, von den Kontrahenten eine Abhängigkeit der Einigung von der rechtlichen Wirksamkeit des Kausalgeschäfts in Gestalt der Bedingtheit des einen Geschäfts durch das andere gewollt sein, und der Verwirklichung dieses Parteiwillens stellt das Gesetz Hindernisse nicht entgegen. Es ist auch möglich, daß Kausalgeschäft und Einigung

in ihrem Zusammenhange den Sachverhalt erfüllen, welcher die Eigentumsübertragung als Erfüllungsakt nichtig erscheinen läßt, wie im Falle des § 138 Abs. 2 BGB., wo neben dem Versprechen auch die Gewährung von Vermögensvorteilen genannt wird. (RG. E. 57 S. 95.)

c. Ist die Einigung *nichtig*, so tritt die durch die Eintragung kundgegebene Rechtsänderung nicht ein, mag auch das Kausalgeschäft, das durch die Einigung und Eintragung erfüllt werden sollte, gültig sein. Ist z. B. der Veräußerungsvertrag wirksam in der Form des § 313 von einem Geschäftsfähigen abgeschlossen, wird dann aber die Auflassung von derselben Person erklärt, nachdem sie inzwischen wegen Geisteskrankheit entmündigt worden, so ist die Auflassung nichtig (§ 104 Nr. 3, § 105) und die nachfolgende Eintragung des Erwerbers als Eigentümers hat nicht den Eigentumsübergang bewirkt. Der Vormund des Veräußerers kann mit der Eigentumsklage (vindicatio) die Berichtigung des Grundbuchs durch die Wiedereintragung seines Mündels als Eigentümers verlangen. Da der gültige Kaufalvertrag aber den Veräußerer zur Erfüllung mittels Auflassung verpflichtet, ist der Erwerber in der Lage, widerklagend die Erfüllung des Kaufalvertrags vom Vormunde des Entmündigten bezw. nach Wiederaufhebung der Entmündigung vom Veräußerer selbst zu verlangen und dessen Verurteilung zur Auflassung herbeizuführen. Außer dem Falle der Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten ist die Einigung nichtig, wenn sie zum Scheine erfolgt oder nicht ernstlich gemeint ist (§§ 117, 118), wenn die Einigung gegen ein gesetzliches oder behördliches absolutes Veräußerungsverbot verstößt (§§ 134, 135, 136). Dadurch, daß das Kausalgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist (§ 138), wird die Einigung nur dann unwirksam, wenn der Verstoß (z. B. die Bewucherung) noch bei der Einigung fortgewirkt hat. Die Nichtigkeit der Einigung kann nicht nur von den bei der Einigung Beteiligten (dem Berechtigten und dem anderen Teile) gegeneinander geltend gemacht werden, sondern die Berufung darauf ist ihnen auch gegen Dritte und ebenso Dritten, die ein Interesse daran haben, gegen sie gestattet (vgl. Anm. II 7 S. 99). Wer durch die auf Grund nichtiger oder ganz fehlender Einigung erfolgte Eintragung beeinträchtigt wird, kann die Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird (§ 894), auch wenn ohne dessen Wissen und Willen die Eintragung bewirkt wird. „In dem Festhalten der Eintragung liegt der Eingriff in das Recht des anderen" (Dernburg SR. Anm. 2 zu § 44). Hat z. B. der Eigentümer für jemand eine Hypothek eintragen lassen, ohne sich mit ihm darüber zu einigen, und weist dieser den Erwerb der Hypothek endgültig ab, so kann der Eigentümer von ihm die Zustimmung zur Löschung der Hypothek verlangen.

Ist die Einigung nur *anfechtbar*, z. B. wegen Irrtums (§ 119), wegen arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 123, 124), so kann die Anfechtung nur unter den Beteiligten erfolgen (§ 143 Abs. 2). Sobald sie aber erfolgt, ist die Einigung als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142); der Inhalt des Grundbuchs wird unrichtig, und es kann Berichtigung verlangt werden, und zwar auch im Konkurse des Anfechtungsgegners, da es sich nicht um die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses „infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens" (KO. § 26) handelt (Jaeger KO. Nr. 6 zu § 26). Die Anfechtung wirkt dann nicht nur unter den Beteiligten, sondern auch gegen Dritte, die in der Zeit zwischen der Eintragung der Rechtsänderung und der Anfechtung das auf Grund der anfechtbaren Einigung übertragene Grundstück oder ein Recht daran erworben haben. Dem Dritten kommt aber der Schutz des Vertrauens auf den Inhalt des Grundbuchs (§ 892) zustatten, wenn er zur Zeit des Erwerbs die Anfechtbarkeit der Einigung nicht gekannt hat (§ 142 Abs. 2). Da im Bereiche des Grundbuchrechts nur die wirkliche Kenntnis, nicht das Kennenmüssen (das Nichtkennen aus Fahrlässigkeit) schadet, so schließt die verschuldete Unkenntnis den Schutz des § 892 nicht aus (vgl. Anm. IV 2 zu § 892). Die Anfechtung der Einigung wegen Willensmängel kann in der Regel erst nach der auf Grund der Einigung bewirkten definitiven Eintragung geltend gemacht werden, ausnahmsweise aber auch schon früher,

z. B. wenn zum Schutze der Einigung eine Vormerkung nach § 18 GBO. eingetragen ist. Das negative Vertragsinteresse (§ 122 BGB.) kann ebenfalls erst nach der Eintragung gefordert werden, weil durch die bloße Einigung ein Schaden nicht entsteht. Die Heilung der Anfechtbarkeit einer Einigung durch Bestätigung (§ 144) erfolgt formlos, z. B. dadurch, daß der Anfechtungsberechtigte leistet oder die Leistung entgegennimmt. Namentlich braucht die Bestätigung einer nach § 873 Abs. 2 bindend gewordenen anfechtbaren Einigung nicht in einer der Formen des § 873 Abs. 2 erklärt zu werden. (Bruck S. 55.)

Die Anfechtung wegen Irrtums und Betrugs kann auch im Laufe des Prozesses von dem Prozeßbevollmächtigten auf Grund der Prozeßvollmacht rechtswirksam erklärt und angenommen werden, und zwar nicht nur bei der mündlichen Verhandlung, sondern auch in einem zugestellten Schriftsatze, so daß für die Frage, wann die Erklärung abgegeben worden, die Zeit der Zustellung des Schriftsatzes entscheidend ist (RG. E. 48 S. 218, Bd 49 S. 392, Bd 53 S. 148, JW. 1902 S. 122). Die Anfechtung nach dem Ges. v. 21. Juli 1879 in seiner neuen Fassung (RGB. 1898 S. 709) kann nur mit der Klage oder mit der Einrede in einem anhängigen Prozeß erfolgen; zur Erhebung der Einrede genügt die Zustellung eines sie enthaltenden Schriftsatzes von Anwalt zu Anwalt (RG. E. 52 S. 335). Die Erklärung der Anfechtung braucht zwar nicht gerade das Wort „Anfechtung" zu enthalten, aber sie muß doch so gefaßt sein, daß bei dem Anfechtungsgegner kein Zweifel darüber entstehen kann, welches Geschäft gemeint ist und daß dessen Anfechtung erfolgen soll (RG. V 499. 02).

Mängel der Eintragungsbewilligung (GBO. § 19) hindern den Eintritt der Rechtsänderung nicht, wenn die Einigung wirksam ist.

d. Völlig verschieden sind die Wirkungen der Anfechtung aus dem RAnfechtungsgesetz und aus den §§ 29 ff. KO. Diese Anfechtung hat nur obligatorische Kraft (RG. E. 47 S. 220, Bd 48 S. 149, Bd 50 S. 124, Bd 52 S. 334). Das angefochtene Rechtsgeschäft oder Recht wird nicht aufgehoben, ist nicht nichtig, so daß der Fall einer Grundbuchberichtigung vorläge, vielmehr bleibt es unter den Kontrahenten bestehen. Die Anfechtung erzeugt nur einen obligatorischen Anspruch auf Unschädlichmachung der angefochtenen Rechtshandlung. Bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses geht der Anspruch nicht auf Rückübertragung, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Dieser Anspruch geht also nicht auf ein eintragungsfähiges Recht und kann daher nicht Gegenstand einer Vormerkung sein, sondern nur durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden. Da eine Verpflichtung zur Rückgewähr nicht besteht (RAnfG. § 7, RG. E. 56 S. 194) so kann z. B., wenn eine auf Grund einer Auflassung erlangte Eigentumseintragung mit Erfolg angefochten wird, nicht Rückauflassung verlangt werden. Es kann auch aus § 17 ZVG. kein Gegenargument hergeleitet werden, nach dem die Zwangsversteigerung nur angeordet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen oder wenn er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist; denn durch das Anfechtungsurteil erhält der Anfechtungskläger eine besondere Ermächtigung zur Zwangsversteigerung gegen den Anfechtungsbeklagten (Jaeckel Anm. 7. Fischer-Schäfer Anm. 5 zu § 17). Eine angefochtene Hypothek bleibt bestehen; es rücken weder die nachstehenden Hypothekengläubiger auf (RG. E. 24 S. 95, Bd 47 S. 216), noch fällt die Hypothek dem Schuldner anheim, sondern der Anfechtungsbeklagte hat nur zu dulden, daß der Anfechtungskläger sich vor ihm aus der Hypothek befriedigt. Auf Grund der rechtskräftigen Urteile gegen den Schuldner und den Anfechtungsbeklagten kann der Anfechtungskläger die Überweisung der Hypothek und Herausgabe des Hypothekenbriefs oder bei der Buchhypothek Eintragung erlangen. Ist die auf Grund einer Auflassung erlangte Eintragung angefochten, so kann der Anfechtungskläger wegen seiner Forderung eine Sicherungshypothek eintragen lassen, ohne daß es der Umschreibung des Grundstücks auf den Namen des Schuldners bedarf. Bei der Anfechtung im Konkursverfahren besteht dagegen Rückgewährspflicht (KO. §§ 37, 38). Die Rückgewähr muß zur Konkursmasse erfolgen. Der Anspruch darauf ist zwar auch nur obligatorischer Natur und verleiht daher kein Recht auf Grundbuchberichtigung, aber er geht auf Rückübertragung des veräußerten, weggegebenen oder aufgegebenen Rechtes und kann daher, soweit liegenschaftliche Rechte in Frage stehen, durch Vormerkung gesichert

werden. Die Rückgewähr ist an den Gemeinschuldner zu leisten; die durch die Anfechtung zurückgewonnenen Gegenstände werden Masseteile, also Eigentum des Gemeinschuldners, mit der Bestimmung, zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu dienen (RG. E. 52 S. 333). Ist die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gemäß §§ 29 ff. KG. angefochten, so kann Rückauflassung an den Gemeinschuldner verlangt werden. Das Urteil, durch das der Anfechtungsbeklagte verurteilt ist, die Zwangsversteigerung zugunsten der Konkursmasse zu dulden, genügt jedoch zum Antrag auf Zwangsversteigerung. Der § 17 ZVG. findet keine Anwendung, und es bedarf also nicht der Rückauflassung (RG. E. 56 S. 142). Hat der Gemeinschuldner eine Hypothek abgetreten, so muß Rückzession an ihn geschehen. Hat er eine Hypothek auf sein Grundstück eintragen lassen, so muß der Hypothekengläubiger auf die Hypothek verzichten. Der Verzicht führt nicht zum Erlöschen der Hypothek, so daß nun die nacheingetragenen Gläubiger aufrücken würden, sondern die Hypothek fällt dem Gemeinschuldner als Eigentümergrundschuld anheim (BGB. §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1168, 1177) und wird für die Masse verwertet. Ist das Grundstück vor der Rückgewähr der Hypothek zwangsversteigert, so hat der Anfechtungsbeklagte darein zu willigen, daß der Erlös an seiner Stelle den Konkursgläubigern zugeteilt werde (RG. E. 52 S. 82). Ist eine für den Gemeinschuldner auf dem Grundstücke des Anfechtungsbeklagten eingetragene Hypothek gelöscht, so hat der Beklagte die Wiedereintragung zu bewilligen. Zu beachten ist, daß die Anfechtung im Konkurse nur zugunsten der Konkursgläubiger wirkt (RG. E. 30 S. 404). Wird der Konkurs nach der Rückgewähr ohne Verteilung der Masse beendet oder eingestellt (KO. §§ 202 ff.), so ist der Gemeinschuldner seinem Vertragsgenossen zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet, also zur Rückauflassung, Rückzession ꝛc. Von selbst leben die angefochtenen Rechte nicht wieder auf (Jaeger KO. § 37 Anm. 22).

Der nach §§ 7, 9 RAnfG. zur Duldung der Zwangsvollstreckung Verpflichtete muß dem Anfechtenden die Vollstreckungsmöglichkeit in dem vor der angefochtenen Handlung vorhanden gewesenen Maße gewähren (RG. E. 20 S. 157, Bb 27 S. 22). Er muß daher alle nach seinem Erwerb eingetragenen Belastungen beseitigen (RG. E. 16 S. 26); dagegen ist er nicht verpflichtet, auch die Belastungen wegzuschaffen, die nach Maßgabe des Erwerbsgeschäfts gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb eingetragen sind (RG. E. 57 S. 27).

e. Die Einigung muß nicht notwendig ein Rechtsgeschäft sein, das vom Kausalgeschäft abstrahiert; sie kann auch so gestaltet werden, daß ihr Bestehen von dem Kausalgeschäft abhängt. Nur da, wo die Einigung nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen darf, wie bei der Auflassung (§ 925 Abs. 2), ist dies ausgeschlossen. Hier können sich die Kontrahenten, welche einen bedingten oder befristeten Veräußerungsvertrag geschlossen haben, nur damit helfen, daß sie eine Vormerkung zur Rückauflassung für den Fall des Eintritts der Bedingung oder der Frist eintragen lassen (vgl. Anm. I 3 d zu § 883 u. II 1 zu § 925). In allen übrigen Fällen kann die Einigung bedingt und befristet sein. Es finden dann die Bestimmungen über Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158—163) Anwendung. Die Einigung kann selbständig bedingt oder befristet sein, ohne daß auch der Kausalvertrag befristet oder bedingt ist. Im ersten Falle wird durch die Eintragung eine bedingte oder befristete, im anderen eine unbedingte oder unbefristete Rechtsänderung bewirkt. Die zwischen der Eintragung und dem Kausalvertrage bestehende Inkongruenz gibt nur einen persönlichen Anspruch auf Löschung der Bedingung oder der Befristung bezw. auf Wiederaufhebung des dinglichen Rechtes nach Eintritt der Bedingung oder nach Ablauf der Frist, der durch Vormerkung auch dingliche Wirkung erlangen kann. Die Bedingung kann darin bestehen, daß die Rechtsänderung durch ihre Eintragung nur dann eintreten soll, wenn das Kausalgeschäft zustande kommt, oder wenn das Kausalgeschäft sich als gültig erweist oder wenn es erfüllt, z. B. die Darlehnsvaluta in einer bestimmten Frist gezahlt wird. Mit dem Eintritte der Bedingung wird in solchen Fällen die Rechtsänderung unbedingt, mit ihrem Ausfalle fällt die Rechtsänderung weg. Wird z. B. die Darlehnsvaluta nicht rechtzeitig gezahlt, so hört die Haftung des Grundstücks für die

Darlehnshypothek auf, sie geht nicht auf den Eigentümer über. Der Satz der Motive, daß die Einigung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, ist also nicht durchgeführt. (Vgl. Dernburg SR. § 64 Nr. III b.) Von der bedingten Einigung ist zu unterscheiden die unbedingte Einigung über ein bedingtes Recht, z. B. die Bestellung einer Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung (§ 1113 Abs. 2). Hier wird das Grundstück mit der Hypothek sofort unbedingt belastet und der Eintritt der Bedingung, die Entstehung der Forderung, entscheidet nur darüber, ob die Hypothek dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht (§ 1163).

8. Über den Ersatz der Einigung durch Urteil vgl. die §§ 894 ff. ZPO. unter Nr. IV.

C. Die Eintragung.

1. Das Erfordernis der Eintragung ergibt sich aus dem Zwecke der Grundbucheinrichtung. Soll das Buch dem Verkehr eine sichere Grundlage schaffen, so muß ihm öffentlicher Glaube beigelegt werden. Dies kann aber ohne Nachteil nur geschehen, wenn, soweit tunlich, dafür Sorge getragen wird, daß der Inhalt des Buches mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Bezüglich der auf dem Willen der Beteiligten beruhenden Änderungen ist daher geboten, daß ihr Eintritt von der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch abhängig gemacht wird. Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums war dieses Erfordernis schon nahezu von allen Landesgesetzen anerkannt, die auf dem Grundbuchsysteme beruhen. Für die Bestellung einer Hypothek galt es sowohl nach den dem Grundbuchsystem als auch nach den dem Pfandbuchsysteme folgenden Landesgesetzen. Inbetreff der übrigen Rechte an Grundstücken machte ein Teil der erstgenannten Gesetze nur die Wirksamkeit gegen Dritte, nicht aber die Entstehung von der Eintragung abhängig, so namentlich der § 12 PEigG. und die ihm nachgebildeten Gesetze. Indessen würde diese Gestaltung insofern zu Schwierigkeiten führen, als danach das dingliche Recht bald als bestehend, bald als nicht bestehend anzusehen wäre. Das BGB. schließt sich deshalb denjenigen Gesetzen an, die die Eintragung zur Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsänderung erheben. — Der Eintragung wurde in den bisherigen Rechten verschiedene Bedeutung beigelegt. Nach einzelnen dieser Rechte war die Eintragung nicht nur eine notwendige Voraussetzung der Rechtsänderung, sondern sie hatte die Kraft, für sich allein diese Änderung zu bewirken. Der durch eine mit Unrecht erfolgte Eintragung Verletzte hatte daher hier nur einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung der Eintragung, und daraus ergab sich insbesondere, daß dieser Anspruch im Konkurse lediglich als Konkursforderung geltend gemacht werden konnte. Dagegen war nach dem PEigG. und den ihm nachgebildeten Gesetzen die Eintragung nur ein Erfordernis der dinglichen Rechtsänderung. Fehlte es an einer sonstigen Voraussetzung (Auflassung, Eintragungsbewilligung), so war die Änderung wirkungslos und der Verletzte hatte gegen den, zu dessen Gunsten sie erfolgte, einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs. Das BGB. folgt der dem preuß. Gesetze zugrunde liegenden Auffassung und fordert neben der Eintragung als gleich wesentlich die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung. (Nach der Denkschr. S. 173. Vgl. auch Motive III S. 161 und Nr. V der Vorbemerk. S. 6.)

2. Einigung und Eintragung sind gleich wesentliche Erfordernisse für den Eintritt der Rechtsänderuug. Liegen beide zeitlich auseinander, so tritt die Rechtsänderung erst im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens ein. Eine Modifikation dieser Regel enthält der § 879 im Abs. 2 insofern, als die Eintragung für das Rangverhältnis auch dann maßgebend ist, wenn die Einigung erst später zustande kommt. In Preußen wurden die Auflassung und die Eintragung als ein kontinuierlicher Rechtsakt angesehen, der Veräußerer wurde schon durch die Auflassung verhindert, Akte vorzunehmen, die ein Hindernis für die Eintragung des Erwerbers überhaupt oder für die Eintragung in dem beim Beginne des Aktes vorhandenen Zustande des Grundstücks schufen (OTrib. E. 82 S. 63). Dies ergab sich ohne weiteres aus den Bestimmungen des § 48 PGBO. Abs. 1 und 3, wonach der Grundbuchrichter die Auflassungserklärung erst entgegennehmen durfte, wenn

der sofortigen Eintragung des Eigentums ein Hindernis nicht entgegenstand, und wonach die Eintragung des Eigentumsübergangs sich unmittelbar an die Auflassung anschließen mußte, sowie aus der Formulierung der Auflassungserklärungen durch § 2 PEigG., wonach der neue Erwerber die Bewilligung seiner Eintragung seitens des Veräußerers durch die Erklärung anzunehmen hatte, daß er die Eintragung beantrage. Entsprechende Vorschriften enthalten das BGB. und die RGBO. zwar nicht, wird aber die Auflassung jetzt ebenso gefaßt, wie bisher, wird insbesondere damit als Einigungserklärung des Erwerbers dessen Antrag auf Eintragung verbunden, so tritt derselbe Erfolg ein. Aber dies ist eine Wirkung nicht der Auflassung, sondern des in ihr enthaltenen Eintragungsantrags. Bei richtigem Verfahren (GBO. § 17) muß nämlich zunächst die Eintragung des Erwerbers erfolgen und dadurch werden Eintragungen, welche nach der Auflassung von dem Veräußerer inbezug auf das veräußerte Grundstück bewilligt und beantragt werden, ausgeschlossen, weil sie dann nicht mehr von dem eingetragenen Berechtigten herrühren (GBO. § 40). Wird aber dem Veräußerer seine Legitimation zu weiteren Verfügungen über das Grundstück nicht durch den Eintragungsantrag des Erwerbers entzogen, so besteht keine gesetzliche Vorschrift, wodurch dem Veräußerer verboten würde, nach erklärter Auflassung Eintragungen inbezug auf das Grundstück zu beantragen, mag auch dadurch die Ausführung der Auflassung, die Eintragung des Erwerbers, unmöglich gemacht werden. Wird, was zulässig, die Auflassung lediglich als Einigung über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erklärt, so darf der Grundbuchrichter daraufhin die Eintragung des Erwerbers nicht bewirken, sondern hat dessen oder des Veräußerers Antrag abzuwarten (GBO. § 13). Wenn auch das Protokoll über die Auflassung bei den Grundakten vorhanden ist, darf der Grundbuchrichter doch Eintragungsanträge des Veräußerers, die mit der Auflassung im Widerspruche stehen, nicht mit Rücksicht auf die erfolgte Auflassung ablehnen; denn grundsätzlich verliert der Veräußerer seine Berechtigung zu Verfügungen über das Grundstück erst mit der Eintragung des Erwerbers, da erst mit dieser die Rechtsänderung vollendet wird. Der Eintragungsantrag des Erwerbers bindet den Grundbuchrichter nur für das Verfahren, von einer materiellrechtlichen Bedeutung ist er nicht. Ist z. B. der vom Erwerber gestellte Antrag übersehen oder zu unrichtigen Akten gelangt, so ist die Eintragung, die auf den später gestellten Antrag des Veräußerers zur Beeinträchtigung des Erwerbers vorgenommen wird, nicht unwirksam. Sie kann selbst dann von dem Erwerber nicht angefochten werden, wenn dem Dritten, zu dessen Gunsten sie erfolgt ist, zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags bekannt war, daß der Erwerber bereits den Antrag auf seine Eintragung beim Grundbuchamte gestellt hatte; denn nur der Inhalt des Grundbuchs, nicht das Präsentationsregister ist maßgebend, die Kenntnis von dem Vorliegen eines früheren Antrags auf Eintragung begründet daher keine mala fides (vgl. Anm. I 3 zu § 879, Anm. IV 8 zu § 892). Ist der Antrag auf Eintragung des Erwerbers nicht von diesem, sondern vom Veräußerer gestellt, so ist letzterer, solange sein Antrag bei Kraft bleibt, zu Verfügungen über das Grundstück nicht befugt; er ist aber nicht gehindert, den von ihm einseitig gestellten Antrag zurückzunehmen, und dann ist er wieder in der Lage Anträge auf anderweitige Eintragungen zu stellen. Was von dem Verhältnisse der Auflassung zur Eintragung gilt, findet auch Anwendung auf das Verhältnis der Einigung über andere Rechtsänderungen zur Eintragung. Selbstverständlich ist der Grundbuchrichter befugt, den Veräußerer auf die erklärte Auflassung hinzuweisen und zur Zurücknahme der von ihm mit der Auflassung im Widerspruche stehenden Anträge zu veranlassen; hat dies aber keinen Erfolg, so muß er die Eintragungen vornehmen und dem Veräußerer die Verantwortung überlassen.

3. In dem Eintragungsvermerke muß die Rechtsänderung sowie derjenige, zu dessen Gunsten sie erfolgt, bestimmt bezeichnet werden (vgl. Anm. 1 a zu § 1115). Zur Entlastung des Grundbuchs ist nachgelassen, daß zur näheren Bezeichnung des Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet werden soll (§ 874), des durch die Vormerkung zu sichernden

Anspruchs (§ 885 Abs. 2), der Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist (§ 1115), der einzelnen zu einem Leibgedinge gehörigen Rechte (GBO. § 50) auf die Eintragungsbewilligung bezug genommen werden kann.

4. Was zur Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist, bestimmt nicht das BGB., sondern die GBO. Die GBO. verlangt als Unterlage des Eintragungsantrags in der Regel nicht den Nachweis der Einigung, sondern nur die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird (GBO. § 19). Von dieser Regel bilden die Bestimmungen eine Ausnahme, wonach in den Fällen der Auflassung eines Grundstücks sowie der Begründung und Übertragung eines Erbbaurechts (BGB. §§ 925, 1015, 1017; EG. Art. 143) die Eintragung nur auf Grund der nachgewiesenen Einigung erfolgen darf (GBO. § 20).

5. Dem Erfordernisse der Eintragung ist nur dann genügt, wenn die Rechtsänderung auf das Blatt desjenigen Grundstücks eingetragen wird, das davon betroffen werden soll (vgl. Bd II Anm. A 4 zu § 3 GBO.).

D. **Anwendung des § 873.**

1. Die Rechtsänderungen, deren Eintritt nach § 873 von der Einigung der Beteiligten und der Eintragung in das Grundbuch abhängig ist, sind nur solche, welche auf Rechtsgeschäft beruhen (vgl. Anm. II 1 a S. 96); denn das materielle Konsensprinzip, das dem § 873 zugrunde liegt, läßt sich seinem Wesen nach nur für die Regelung solcher Rechtsänderungen verwerten. Die Fälle, wo der Konsens bloß des Beweises wegen zur Berichtigung des Grundbuchs gefordert wird (§ 894), fallen nicht unter die Regel des § 873 Abs. 1. Auch bezieht sich diese Regel nicht auf die Aufhebung der eingetragenen Rechte (§ 875), auf die Eintragung von Vormerkungen (§ 885), von Widersprüchen (§ 899) und von Verfügungsbeschränkungen (BGB. §§ 135—137). Ebensowenig auf die Begründung eines Nießbrauchs und einer Hypothek kraft Gesetzes (BGB. §§ 1075, 1287, ZPO. § 848 Abs. 2) und auf den Übergang eines Rechtes kraft Gesetzes (BGB. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774, 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2, 1173—1175, 1182). Es kommen somit hier lediglich die Fälle in Betracht, in denen derjenige, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, über das Recht durch Übertragung oder Belastung bezw. durch Begründung eines neuen Rechtes zugunsten eines anderen verfügt. (Mot. III S. 159.) Dagegen findet der § 873 entsprechende Anwendung auf die Abtretung der Buchhypothek (§ 1154 Abs. 3), sein Abs. 2 in den Fällen der §§ 1116, 1180, 1260.

2. Die Regel des § 873 kommt erst dann zur vollen Geltung, wenn die Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke getroffen wird, nachdem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (EG. z. BGB. Art. 189; vgl. Vorbem. 3 S. 93), und auch dann nur, soweit nicht zugunsten der Landesgesetzgebung Vorbehalte gemacht sind (EG. z. BGB. Art. 187). Mit diesen Einschränkungen findet der § 873 namentlich auf folgende Geschäfte Anwendung.

Die Übertragung des Eigentums erfolgt nicht mehr, wie nach gemeinem Rechte, durch Titel und Übergabe oder, wie nach französischem Rechte, durch bloßen Vertrag, sondern sie erfordert (nach Vorgang des PEigG. § 1) die Eintragung des Erwerbers auf Grund einer Auflassung (§ 925; GBO. § 20).

Die Begründung, Belastung und Übertragung des Erbbaurechts unterliegt der Regel des § 873 (§§ 1015, 1017; GBO. § 20). Die Superfizies des gemeinen Rechtes war eine Form des geteilten Eigentums und ist in Preußen durch den § 2 des AblösG. v. 2. März 1850 in volles Eigentum verwandelt (OTrib. E. 32 S. 258, Arch. 36 S. 39). Die Superfizies des PALR. war eine Grundgerechtigkeit (ALR. I 22 §§ 243—246; OTrib. E. 60 S. 121, Arch. 91 S. 180); sie bedurfte daher nach § 12 Abs. 2 EigG. auch zur Wirkung gegen Dritte der Eintragung nicht. War für sie als eine selbständige Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt eingerichtet, so unterlag ihre Veräußerung und Belastung den für Grund-

stücke gegebenen Vorschriften des EigG. (EigG. § 69). Die Bestellung eines Erbbaurechts steht wirtschaftlich der Veräußerung des Eigentums sehr nahe. Ihre Unterwerfung unter das Eintragungsprinzip ist daher unerläßlich. Die Anwendung dieses Prinzips auf die Übertragung und die Belastung des Erbbaurechts ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 1012, 1017 BGB. (Mot. III S. 164.) Ist das Erbbaurecht auf dem Blatte des dadurch belasteten Grundstücks eingetragen, so ist dafür auf Antrag ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen: die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll (GBO. § 7). Über den Erwerb des Erbbaurechts durch Tabularersitzung vgl. § 900 Abs. 2 BGB. Den Bestimmungen des BGB. über das Erbbaurecht sind in Preußen die Vorschriften über das Bergwerkseigentum, die selbständigen Kohlenabbau-Gerechtigkeiten, die Salzabbau-Gerechtigkeiten in der Provinz Hannover und die sonstigen selbständigen Gerechtigkeiten, welche ein Grundbuchblatt erhalten haben, nachgebildet (vgl. Nr. VII 3 a b S. 14 f.).

Die Grunddienstbarkeiten wurden in dem größten Teile des Deutschen Reiches, namentlich auch in Preußen (mit Ausnahme des vormal. Herzogtums Nassau), ohne Eintragung begründet, doch war in Preußen die Eintragung zulässig, wenn auch ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Servitut. (EigG. § 12 Abs. 2; ALR. I 22 § 13, Anh. § 58 zu § 18.) Das BGB. hält auch für die Begründung der Grunddienstbarkeiten an der Regel des § 873 fest. Es wird dies in den Motiven zu § 828 Entw. I (III S. 164—168) besonders eingehend gerechtfertigt. Danach kann also eine Grundgerechtigkeit nur durch Einigung und Eintragung neu begründet werden, sobald das Grundbuch über das zu belastende Grundstück als angelegt anzusehen ist. Eine Grundgerechtigkeit dagegen, die in diesem Zeitpunkte bereits besteht, bedarf zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs für alle Zeit nicht der Eintragung; es sei denn, daß sie nach landesgesetzlicher Bestimmung bei der Anlegung des Grundbuchs oder später in das Grundbuch eingetragen werden muß, was in Preußen nicht der Fall ist. Auf Antrag eines der Beteiligten muß die Eintragung in jedem Zeitpunkt erfolgen. (EG. z. BGB. Art. 189, 187.) Auch für die älteren Grunddienstbarkeiten gelten seit dem 1. Januar 1900 die Vorschriften der §§ 1020—1028 BGB. (das. Art. 184). Über den Erwerb einer Grunddienstbarkeit durch Tabularersitzung vgl. § 900 Abs. 2 BGB.

Die Bestellung des Nießbrauchs sowie der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten an einem Grundstück erfordert nach § 873 Einigung und Eintragung. Im Geltungsbereiche des PEigG. unterlag weder die Begründung, noch die Übertragung und Belastung dieser Rechte dem Eintragungszwange; der Eintragung bedurfte es nach § 12 nur zur Erlangung der Wirksamkeit gegen Dritte. Wie nach PALR. I 21 § 110, sind auch nach dem BGB. der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nicht dem Rechte, sondern nur der Ausübung nach übertragbar (§§ 1059, 1092) und deshalb auch nur insoweit der Belastung zugänglich (§ 1274 Abs. 2). Auch die so beschränkte Übertragung und Belastung kann mit dinglicher Wirksamkeit nur nach § 873 erfolgen. Über den Erwerb durch Tabularersitzung vgl. § 900 Abs. 2 BGB. In einem Falle kann der Nießbrauch ohne Eintragung entstehen (BGB. §§ 1074, 1075).

Nach dem PALR. I 20 § 570 erlangte das durch Vertrag oder letztwillige Verordnung bewilligte Vorkaufsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes durch die Eintragung in das Hypothekenbuch; die gesetzlichen Vorkaufsrechte bedurften der Eintragung zur Wirkung gegen Dritte nicht (EigG. § 12 Abs. 2). „Das dingliche Vorkaufsrecht, welches das BGB. zuläßt, stellt sich als eine besonders schwere Belastung des Grundstücks dar, indem es für den Berechtigten den Anspruch auf Übertragung des Eigentums gegen den Eigentümer begründet (§ 1098). Für ein solches Recht ist die Eintragung schon um deswillen unerläßlich, weil sie allein ein zuverlässiges Merkmal zur Unterscheidung zwischen dem dinglichen und dem nur obligatorischen Vorkaufsrecht abgibt." (Mot. III S. 163.) Das Vorkaufsrecht der Miterben, welches sich nur auf den Erbteil, nicht auf die einzelnen Nachlaßsachen erstreckt, und vererblich, aber nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar ist (RG. JW. 28

S. A 204), tritt kraft Gesetzes ein (BGB. § 2034). Ist das Vorkaufsrecht übertragbar, so kann es auch Gegenstand des Pfandrechts sein (§§ 1098, 514, 1274 Abs. 2). Übertragung und Verpfändung können, wie die Begründung, nur auf dem Wege des § 873 mit dinglicher Wirkung erfolgen. Erwerb des Vorkaufsrechts durch Tabularersitzung findet nicht statt (vgl. Anm. 3 zu § 900 BGB.).

Die Begründung, Übertragung und Belastung der Reallasten war in Preußen dem Eintragungszwange nicht unterworfen; nur um Wirksamkeit gegen Dritte zu erlangen, bedurften Reallasten, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, der Eintragung (EigG. § 12). Das BGB. behandelt die Reallasten nicht anders als die persönlichen Dienstbarkeiten: der § 873 findet darauf Anwendung. Tabularersitzung findet nicht statt (vgl. Anm. 3 zu § 900). Über die Übertragbarkeit und Belastbarkeit der Reallasten vgl. §§ 1110, 1111 BGB. Die auf dem Grundbesitze ruhenden öffentlichen Lasten (Grundsteuern, gemeinen Lasten ꝛc.) bleiben von der Vorschrift des § 873 unberührt. Sie unterliegen in Preußen dem Erfordernisse der Eintragung nicht und sind zum Teile sogar von der Eintragung ausgeschlossen (PAG. z. GBO. Art. 11 in Verb. mit Art. 1 u. 2 PAG. z. ZVG.) Über die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt infolge der Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse oder der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten und der Oberlehnsherrlichkeit zustehenden Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten vgl. Art. 114 EG. z. BGB.

Seitdem die preuß. Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts den Grundsatz aufgestellt hatte, daß Pfandrechte an Grundstücken nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch entstehen können, hat sich in Deutschland die Überzeugung Bahn gebrochen und befestigt, daß ein den berechtigten Bedürfnissen des Grundbesitzes entsprechender Realkredit bei Zulassung nichteingetragener Hypotheken nicht zu haben ist. In den meisten deutschen Staaten bestand infolge dessen die gesetzliche Vorschrift, daß an Grundstücken nur durch Eintragung Hypothek bestellt werden kann (vgl. PALR. I 20 §§ 8—10, 411, 412 u. EigG. § 18). Dementsprechend fordert das BGB. für die vertragsmäßige Begründung der Hypothek und der Grund- und Rentenschuld die Eintragung in das Grundbuch. (Tabularersitzung von Hypotheken ꝛc. gibt es nicht; vgl. Anm. I 3 zu § 900 BGB; über die Entstehung der Hypothek kraft Ges. vgl. BGB. § 1287, ZPO. § 848 Abs. 2.) Auf die Fälle der Übertragung und Belastung einer Hypothek durch Rechtsgeschäft kann die Vorschrift des § 873 nur entsprechend angewendet werden, weil nach dem BGB. nicht die Hypothek, sondern die Forderung, für die sie bestellt ist, den unmittelbaren Gegenstand der Übertragung und der Belastung bildet, so zwar, daß die Rechtsänderung, von der die Forderung betroffen wird, zugleich bestimmend ist für das rechtliche Schicksal der Hypothek (BGB. §§ 1153, 1154). Auch ist für die Übertragung und Belastung einer Briefhypothek nicht die Eintragung in das Grundbuch, sondern die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Erwerber des Rechtes Erfordernis der Erwerbung, während es für die Übertragung und Belastung der Buchhypothek bei der Regel des § 873 verbleibt (§§ 1154, 1274). Da die Grund- und Rentenschuld nicht von einer Forderung abhängig sind, ist bei ihnen das dingliche Recht selbst Gegenstand der Übertragung und Belastung. Im übrigen vollzieht sich ihre Übertragung und Belastung, jenachdem die Erteilung des Briefes stattfindet oder ausgeschlossen ist, nach den für die Hypothek geltenden Vorschriften (§§ 1192, 1199 in Verb. mit §§ 1154, 1274).

Soweit das Erfordernis der Einigung und Eintragung noch für andere Rechtsänderungen, als die im vorstehenden berührten, vorgeschrieben wird, genüge hier die Verweisung auf die §§ 877, 880, 881, 1009, 1116, 1186, 1198, 1203 BGB.

E. Rechtsänderungen, für welche das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Die Regel des § 873 findet nur Anwendung, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt". Hier kommt zunächst der Erwerb von Eigentum und anderen Rechten an Grundstücken „außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung" (vgl. PEigG. § 5) in

Betracht, also namentlich nach **Reichsrecht**: der Vermögenserwerb im Erbfalle (BGB. §§ 1922, 1942, 2032, 2139; Vermächtnisnehmer und Erbschaftskäufer haben nur einen persönlichen Anspruch, §§ 2174, 2374, ihr Erwerb unterliegt der Regel des § 873), der Eintritt der ehemännlichen und väterlichen Nutznießung (BGB. §§ 1363, 1383, 1649—1652), die Vereinigung des Vermögens beider Ehegatten zum Gesamtgut durch die allgemeine Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1438, 1485), der Erwerb von Mann und Frau zum Gesamtgut während der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519), die Vereinigung des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft beider Eheleute zum Gesamtgut im Falle der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549), der Erwerb eines Grundstücks durch Zuschlag bei der Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 90, 130; ZPO. § 870), die Beschränkung und Enteignung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen (Rayongesetz v. 21. Dezbr. 1871 §§ 1 ff., 41) und die Abtretungen von Grundstücken zur Ergänzung fortifikatorischer Anlagen im Falle der Armierung einer Festung (G. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 § 14 Abs. 3), der Übergang des Eigentums an den dem dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung gewidmeten Gegenständen auf das Reich kraft Gesetzes (G. v. 25. Mai 1873 § 1, RGBl. S. 113; RG. Gruch. 40 S. 1128), der Erwerb eines Grundstücks bezw. des Eigentums oder eines anderen Rechtes am Grundstück auf Grund des Ausschlußurteils (BGB. 927), der Aneignung (§ 928; EG. Art. 129, 190), der Tabularersitzung (BGB. § 900); ferner nach dem aufrechterhaltenen **Landesrechte**: die Übertragung des Eigentums an einem ungebuchten, nicht buchungspflichtigen Grundstücke, welches auch nach der Übertragung buchungsfrei bleibt (EG. z. BGB. Art. 127; PAG. z. BGB. Art. 27; GBO. § 90; P. Verord. v. 13. Novbr 1899 Art. 1), die Fideikommiß- und Lehnsfolge beim Tode des letzten Besitzers (EG. z. BGB. Art. 59; PALR. II 4 § 206, I 18 § 506), die Entziehung oder Beschränkung von Grundeigentum im Wege der Enteignung (EG. z. BGB. Art. 109; PG. v. 11. Juni 1874 § 44, bezüglich der zu Marksteinen erforderlichen Bodenflächen und bezüglich der Entziehung des Eigentums an Grundstücken zum Zwecke der Anlegung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vgl. Bd II Ergänzung I, bezüglich der Grundabtretung für den Betrieb des Bergbaues EG. z. BGB. Art. 67 und PBergG. v. 24. Juni 1865 §§ 135 ff. im Bd II Anhang I A IV), der Erwerb eines Rentenguts durch Vermittlung der Generalkommission (EG. BGB. Art. 62; vgl. Bd II Ergänz. IV), der Erwerb des Eigentums und die Begründung, Änderung und Aufhebung von anderen Rechten an Grundstücken bei Zusammenlegung von Grundstücken, bei Gemeinheitsteilungen, bei Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse sowie bei Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten (EG. z. BGB. Art. 113; vgl. Bd II Ergänz. III), der Erwerb eines Gutes auf Grund Anerbenrechts (EG. z. BGB. Art. 64; PG. v. 8. Juni 1896 Bd II Ergänz. V), die Veräußerung und Belastung von Privateisenbahnen und Kleinbahnen (EG. z. BGB. Art. 112; PG. v. 19. August 1895 u. v. 11. Juni 1902), der Erwerb von Anlandungen, entstehenden Inseln und verlassenen Flußbetten (EG. z. BGB. Art. 65 PALR. I 9 §§ 223 ff.), die Übertragung des dem Staate zustehenden Eigentums an einem Grundstück auf einen Kommunalverband und des einem Kommunalverband an einem Grundstücke zustehenden Eigentums auf einen anderen Kommunalverband oder auf den Staat durch Landesgesetz (EG. z. BGB. Art. 126).

Der Erwerb von Rechten an Grundstücken, an Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden und an Reallasten im Zwangsvollstreckungs- und Arrestverfahren ist in der ZPO. besonders geregelt (§§ 864 ff., 932, 830, 837, 857 Abs. 6).

Das Recht auf die Überbau- und Notwegrente wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Es geht trotzdem allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor. Die Eintragung ist nur erforderlich zum Verzicht auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag. (BGB. §§ 912—918.)

Die Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere, die Bestellung einer Grundschuld mit Ausstellung des Grundschuldbriefs auf den Inhaber und die Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer, sowie die Übertragung und Verpfändung dieser Rechte unterliegen nicht der Regel des § 873, sondern den besonderen Vorschriften der §§ 1187, 1188, 1195, 1196, 1199, 793 ff., 1274, 1205, 1291—1293 BGB.

In den Fällen, wo eine Behörde nach den Gesetzen befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, erfolgt die Eintragung lediglich auf Grund des Ersuchens der Behörde (GBO. § 39). Hier ersetzt das Ersuchen auf Grund gesetzlicher Ermächtigung die Einigung bezw. die Bewilligung und den Eintragungsantrag.

In einem Falle genügen zum Eintritte der Rechtsänderung Einigung und Eintragung nicht: der Gläubiger erwirbt eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, für die ein Brief erteilt ist, erst, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (BGB. §§ 1117, 1163 Abs. 2, 1192, 1199).

IV. Ersatz der Einigung und Eintragungsbewilligung durch Urteil.

Wer sich zur Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes verpflichtet hat und der Verpflichtung nicht nachkommt, wird dazu verurteilt. Die immer mißliche, auf ein Handeln gerichtete Zwangsvollstreckung erübrigt sich, wenn bestimmt wird, daß die rechtskräftige Verurteilung die zur Verwirklichung der Rechtsänderung erforderliche Willenserklärung des Verpflichteten ersetzt. Aus dieser Erwägung sind in Preußen für die Fälle, wo es sich um ein Recht an einem Grundstück oder um ein Recht an einem solchen Rechte handelt, die Bestimmungen in den Grundbuchgesetzen von 1872 hervorgegangen, wonach die zu einer Eintragung in das Grundbuch vorgeschriebene Bewilligung des Verpflichteten durch dessen rechtskräftige Verurteilung ersetzt wird (EigG. §§ 3, 14, 19 Nr. 2, 53, 65, GBO. §§ 53, 85, 94 Nr. 2). Der Berechtigte konnte unter Vorlegung eines solchen Urteils ohne weiteres die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch verlangen. Was hier nur vereinzelt zutage trat, wurde dann im § 779 ZPO. a. F. als allgemein gültig für alle die Fälle ausgesprochen, in denen eine Willenserklärung des Verpflichteten im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden soll. Hierdurch wurde ermöglicht, jenen Grundsatz auch in Grundbuchsachen überall da zur Anwendung zu bringen, wo eine Eintragung oder Löschung von einer Bewilligung abhängig gemacht und in den Grundbuchgesetzen v. 1872 nicht ausdrücklich die rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung der Bewilligung selbst gleichgestellt war, wie in den Fällen der §§ 8, 16, 49, 59 EigG. und der §§ 64, 89, 93, 100, 117 GBO. Insbesondere wurde er auch angewendet, wenn der Erwerber eines Grundstücks zur Entgegennahme der Auflassung oder zur Herbeiführung seiner Eintragung als Eigentümer verurteilt war.

Obwohl Doktrin und Praxis den § 779 ZPO. so auslegten, daß er alle für das Grundbuchrecht in Betracht kommenden Fälle umfasse, hielt die 1. Komm. die Aufnahme einer besonderen Bestimmung in das BGB. für erforderlich. Dementsprechend enthielt § 833 Abs. 1 Entw. I den Satz: „Die Eintragungsbewilligung sowie deren Annahme werden durch ein Urteil gemäß § 779 Abs. 1 ZPO. ersetzt" (vgl. Mot. III S. 156). Die 2. Komm. hat diese Bestimmung als entbehrlich gestrichen (Prot. III S. 68 f.; Gruch. 42 S. 103).

Von den Änderungen, welche die ZPO. durch das G. v. 17. Mai 1898 (RGBl. S. 256) erfahren hat, ist der § 779 unberührt geblieben. Im folgenden werden die Paragraphen der ZPO. mit der Nummer bezeichnet, die sie bei der Neuredaktion des Textes der ZPO. (RGBl. 1898 S. 410) erhalten haben.

1. Der § 894 ZPO. bestimmt im Abs. 1:

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist.

Die Erklärung gilt als abgegeben in der Form, in der Weise und vor der Behörde die nach dem Zwecke, welchem sie dienen soll, erforderlich ist. Die Eintragungsbewilligung gilt als in der Form des § 29 GBO., die zur Auflassung oder zur Bestellung oder Über-

tragung des Erbbaurechts erforderliche Einigungserklärung als in gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt abgegeben (BGB. §§ 925, 1015). Die Tragweite der Vorschrift des § 894 ZPO. ist die, daß das rechtskräftige Urteil an die Stelle der Einigungserklärung (BGB. § 873) tritt. Muß die Einigung vor dem Grundbuchamt erfolgen, so macht die Urteilsausfertigung die Mitwirkung der verurteilten Partei bei der Einigung entbehrlich; es braucht nur die andere Partei zur Abgabe ihrer Einigungserklärung vor der Behörde zu erscheinen. Die Sache wird so behandelt, als wenn auch der unterlegene Teil anwesend wäre, um die Erklärung seines Gegners gegen seine eigene Erklärung einzutauschen. Die Einigung kommt durch einseitiges Handeln des letzteren auf Grund des Urteils zustande. Ist dagegen die Einigung vor dem Grundbuchamte nicht nötig, so braucht auch die Partei, welche die Verurteilung der anderen erwirkt hat, ihre Erklärung nicht vor der Behörde abzugeben; sie kann sich auch schriftlich bzw. in beglaubigter Form erklären, d. h. die Eintragung nachsuchen. (Vgl. Mot. z. BGB. III S. 197.)

Der § 894 bezieht sich nur auf *Urteile*, deren Vollstreckbarkeit infolge der eingetretenen *Rechtskraft* nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 767 Abs. 2 ZPO. in Frage gestellt werden darf. Bloß vorläufig vollstreckbare Urteile unterliegen der Vorschrift des § 894 Abs. 1 ZPO. nicht (ZPO. § 895), und ebensowenig *vollstreckbare Vergleiche* (ZPO. § 794), da diese keine Verurteilung enthalten und überdies in der Vollstreckungsinstanz uneingeschränkt angefochten werden können (ZPO. § 797 Abs. 4). Die Erzwingung der in solchen Vergleichen eingegangenen Verbindlichkeiten zum Abgeben von Willenserklärungen kann nur nach § 887 ZPO. geschehen (RG. E. 55 S. 58).

Da die Verurteilung zur Auflassung nur die Erklärung des Verurteilten, nicht die Auflassung überhaupt ersetzt (RG. E. 31 S. 360), besteht das Verfahren darin, daß der obsiegende Teil persönlich oder durch einen nach §§ 29, 30 GBO. mit beglaubigter Vollmacht versehenen Vertreter dem Grundbuchrichter das Urteil mit dem Zeugnisse der Rechtskraft überreicht und seine Eintragung als Eigentümer auf Grund des Urteils beantragt. Da solcher Akt lediglich eine Auflassung darstellt, so wird die Eintragung auf Grund desselben gerade so gefaßt, wie nach einer freiwillig erteilten Auflassung: „Aufgelassen und eingetragen am . . ." Geht die Urteilsformel zur Auflassung an die Konkursmasse, so ist vom Konkursverwalter die Eintragung des Gemeinschuldners als Eigentümer und die Eintragung der Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen (vgl. Turnau II S. 465 Nr. 1), Erscheinen im Falle mehrfacher Veräußerung gleichzeitig vor dem Grundbuchrichter mehrere Erwerber, von denen ein jeder ein den Veräußerer zur Auflassung verurteilendes Urteil vorlegt, und beantragen ihre Eintragung als Eigentümer, so sind sämtliche Anträge zurückzuweisen, bis das bessere Recht des einen oder des anderen im Prozeßwege festgestellt ist. Es wird aber in solchem Falle von Amts wegen eine Vormerkung zur Erhaltung der Rechte aller Erwerber auf Auflassung nach § 18 Abs. 2 GBO. einzutragen sein.

Die Urteilsformel muß deutlich erkennen lassen, daß die Verurteilung auf Abgabe einer bestimmten Willenserklärung des Verpflichteten geht; im übrigen kommt es auf den Wortlaut nicht an. Ob der Beklagte verurteilt ist, die Auflassung zu erteilen bzw. entgegenzunehmen, oder ob die Formel so gefaßt ist, daß der Beklagte schuldig, die Eintragung des Klägers als Eigentümer zu bewilligen bzw. seine Eintragung als Eigentümer zu beantragen; ob die Formel auf Bestellung oder auf Bewilligung der Eintragung einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld lautet, ist unerheblich; ob der Beklagte verurteilt ist, eine für ihn eingetragene Post zur Löschung zu bringen oder über sie eine Quittung oder Löschungsbewilligung auszustellen oder in die Löschung einzuwilligen, ist ohne Bedeutung (vgl. PfandG. v. 24. Mai 1853 § 32). Ist der Gläubiger einer Hypothek verurteilt, dem Schuldner eine löschungsfähige Quittung zu übergeben, so gilt das Urteil mit seiner Rechtskraft als erfüllt und ersetzt auch dem Grundbuchrichter gegenüber die löschungsfähige Quittung, wenn sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, daß der Gläubiger auf Grund seiner Pflicht, löschungsfähige Quittung zu erteilen, verurteilt ist (RG. E. 48 S. 399). Ist

der Schuldner verurteilt, eine bestimmte Zessionsurkunde zu unterzeichnen oder die Forderung sonstwie in einer zur Umschreibung geeigneten Form zu zedieren, so ist er zur Abgabe einer Erklärung, nicht zur Vornahme einer Handlung verurteilt, und die Erklärung ist mit der Rechtskraft des Urteils als in der Form abgegeben zu betrachten, welche das Urteil vorschreibt (Rostock. Rsp. 1 S. 364). Es genügt dagegen nicht, daß dem Kläger lediglich das Eigentum zugesprochen und der Beklagte zur Anerkennung des Eigentums des Klägers verurteilt ist. Die Verurteilung des Beklagten zur Löschung seiner Eintragung als Eigentümer kann nur zu dieser Löschung führen, nicht aber die Auflassungserklärung des Beklagten ersetzen. Ist der Beklagte zwar verurteilt, die Eintragung des Klägers als Eigentümer zu bewilligen, zugleich aber der Kläger mit seinem Antrage, den Beklagten zur Auflassung an ihn zu verurteilen, abgewiesen, so ist damit ausgesprochen, daß die Verurteilung des Beklagten nicht dessen Auflassungserklärung ersetzen soll (RG. JMB. 1886 S. 65). Ist der Sinn der Verurteilung des Beklagten zur Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer zweifelhaft, so muß aus den Urteilsgründen festgestellt werden, ob die Bewilligung der Eintragung als Auflassungserklärung gelten soll. Steht die Eintragung einer Hypothek in Frage, so muß die Urteilsformel neben der Bezeichnung des Grundstücks auch die nach § 1115 BGB. den wesentlichen Inhalt des Eintragungsvermerks bildenden Angaben enthalten. Die Gerichte müssen durch Ausübung des Fragerechts darauf hinwirken, daß Mängel in dieser Beziehung das Urteil nicht unausführbar machen. Daß in der Formel gerade die Bezeichnung „Hypothek" oder „Grundschuld" angewendet wird, ist nicht als wesentliches Erfordernis anzusehen, wohl aber ist es empfehlenswert, daß, so oft auf Bestellung einer Grundschuld erkannt wird, die Bezeichnung „Grundschuld" in die Formel aufgenommen wird, damit nicht erst aus Tatbestand und Gründen die erforderliche Feststellung getroffen werden muß. Ist in der Urteilsformel der Schuldgrund angegeben, z. B. „der Beklagte wird verurteilt, die Eintragung des Kaufgeldes von 500 Mk. nebst 5% Zinsen seit dem 1. Dezember 1901, zahlbar gegen dreimonatige Kündigung, für den Kläger zu bewilligen", so geht die Verurteilung auf Bestellung einer Hypothek und es ist eine solche einzutragen. Ist eine Schuldurkunde über die einzutragende Forderung vorhanden, so soll sie vorgelegt und mit dem Hypothekenbriefe verbunden werden (GBO. § 58). Ist keine da, so kann das Urteil als solche dienen. Zur Begründung des Löschungsantrags genügt die rechtskräftige Abweisung des Gläubigers mit seinem Anspruch aus der Hypothek nicht (Joh. 6 S. 194). Die den Eigentümer zu dem Antrag auf Löschung einer Hypothek berechtigende rechtskräftige Verurteilung des Gläubigers zur Löschungsbewilligung braucht nicht in einem zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger geführten Prozeß ergangen zu sein. Hat der Eigentümer nicht selbst das Urteil erstritten, so hat er zwar seine Legitimation zur Antragstellung auf Grund des zwischen anderen Parteien ergangenen Urteils zu führen, allein nicht nach § 750 Abs. 2 ZPO., weil es sich nicht um eine Vollstreckung handelt, das Urteil vielmehr lediglich als Urkunde in Betracht kommt. (RG. JW. 8 S. 109.) Beruht die Verurteilung des Gläubigers zur Löschungsbewilligung darauf, daß die Hypothek nichtig oder angefochten ist, so ist auch der Eigentümer, der das Urteil nicht erstritten hat, zum Antrag auf Löschung berechtigt. Oder hat sich der Voreigentümer dem gegenwärtigen Eigentümer gegenüber zur Loschung verpflichtet und ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eingetragen (BGB. § 1179), so kann auch der letztere das vom Voreigentümer erstrittene Urteil zur Löschung verwenden. Ist keine Vormerkung eingetragen, so muß die Verpflichtungserklärung des Voreigentümers in der Form des § 29 GBO. zum Zweck der Löschung vorgelegt werden (RG. JW. 2 S. 148), wenn sie sich nicht schon aus dem Urteile ergibt (vgl. RG. E. 53 S. 408). So oft dagegen der Gläubiger zur Löschung verurteilt ist, weil er von dem dazu berechtigten Kläger befriedigt (BGB. § 268, 426, 774, 1143, 1163, 1164, 1173, 1174) oder weil er gegenüber dem Kläger zum Verzicht auf die Hypothek verpflichtet (BGB. §§ 1168, 1169) oder weil die Forderung nicht entstanden oder der Hypothekenbrief dem Gläubiger nicht übergeben ist (BGB. § 1163),

darf die Hypothek auf Grund des Urteils nur mit Zuſtimmung des Klägers, der das Urteil erſtritten hat, gelöſcht werden; denn in allen dieſen Fällen iſt die Hypothek oder die Forderung mit der Hypothek kraft Geſetzes auf den Kläger übergegangen und es kann vom Eigentümer nur mit deſſen Genehmigung darüber verfügt werden (BGB. § 185). Hat jemand die Quittierung oder Löſchungsbewilligung erſtritten, auf den, weil er zur Befriedigung des Gläubigers nur zum Zwecke der Tilgung der Schuld berechtigt war (BGB. § 267), die Forderung nicht übergegangen iſt, ſo kann der Eigentümer auf Grund des Urteils ohne weiteres die Löſchung herbeiführen, weil in ſolchem Falle die Quittung oder Löſchungsbewilligung nur zu einem Rechtserwerb der Hypothek für den Eigentümer führen kann (BGB. § 1163 Abſ. 1 Satz 2).

Iſt der zur Auflaſſung oder zur Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer oder zur Beſtellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenſchuld Verurteilte nicht als Eigentümer oder der zur Abtretung, Verpfändung oder Löſchung einer Buchhypothek ꝛc. Verurteilte nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen, ſo muß, wenn keiner der Ausnahmefälle des § 41 GBO. vorliegt, der Kläger, bevor er auf Grund des Urteils zum Ziele gelangen kann, die Eintragung des Beklagten herbeiführen (GBO. § 40), wozu ihn der § 14 GBO. berechtigt. Vgl. unten Anm. 6.

Eine Vorſchrift über die Bindung des Beklagten an die durch das Urteil erſetzte Erklärung (BGB. § 873 Abſ. 2, § 875 Abſ. 2, § 876 Satz 3, § 877, § 880 Abſ. 2) iſt nicht für erforderlich gehalten, weil die Unzuläſſigkeit des Widerrufs ſich in dieſem Falle aus dem Weſen des rechtskräftigen Urteils von ſelbſt ergibt (Mot. z. BGB. III S. 197). Nach dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils erleidet die als abgegeben geltende Willenserklärung in ihrer Wirkſamkeit keine Einbuße, wenn der Beklagte ſtirbt oder geſchäftsunfähig wird (BGB. § 130 Abſ. 2). Nachdem auf Grund des Urteils der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte geſtellt worden iſt, wird die als abgegeben geltende Erklärung dadurch nicht unwirkſam, daß der Beklagte in der Verfügung beſchränkt (BGB. § 878), insbeſondere auch nicht dadurch, daß der Konkurs über das Vermögen des Beklagten eröffnet wird (KO. § 15). Wird der Antrag auf Eintragung erſt nach der Eröffnung des Konkurſes beim Grundbuchamte geſtellt, ſo hängt die Wirkſamkeit der Erklärung des Beklagten gegenüber den Konkursgläubigern davon ab, daß der Kläger zur Zeit der Stellung des Antrags von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte und daß in dieſem Zeitpunkte die Konkurseröffnung im Grundbuche noch nicht eingetragen war (KO. § 15 in Verb. mit § 892 BGB.).

Iſt jemand zur Abgabe einer Erklärung, die nur unter der Vorausſetzung der Anlegung des Grundbuchs zur Eintragung führen kann (z. B. zur Erklärung der Auflaſſung, vgl. EG. z. BGB. Art 189 S. 93) in einem Zeitpunkte verurteilt, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzuſehen war, ſo kann auf Grund ſolchen Urteils die als bewilligt geltende Eintragung verlangt werden, ſobald das Grundbuch als angelegt anzuſehen iſt (RG. JW. 1900 S. 607 Nr. 14).

2. Der § 894 ZPO. bezieht ſich ausſchließlich auf rechtskräftige Urteile, nicht auf andere vollſtreckbare Schuldtitel. Rechtskräftig werden nur Endurteile, nicht Zwiſchenurteile. Teilurteile ſind Endurteile (ZPO. §§ 704, 300—303). Die Rechtskraft der Urteile tritt ein, wenn in der für die Einlegung des zuläſſigen Rechtsmittels oder Einſpruchs beſtimmten Friſt das Rechtsmittel oder der Einſpruch nicht eingelegt, oder wenn auf deren Einlegung verzichtet oder das Rechtsmittel oder der Einſpruch nach der Einlegung zurückgenommen iſt (ZPO. §§ 705, 514, 515, 566, 346). Zeugniſſe über die Rechtskraft ſind auf Grund der Prozeßakten von dem Gerichtsſchreiber erſter Inſtanz zu erteilen. Iſt ein Teilurteil rechtskräftig geworden, der Rechtsſtreit aber im übrigen in einer höheren Inſtanz anhängig, ſo iſt das Zeugnis über die Rechtskraft des Teilurteils von dem Gerichtsſchreiber der höheren Inſtanz zu erteilen (ZPO. § 706). In denjenigen Fällen kann von dem Zeugniſſe der Rechtskraft abgeſehen werden, in denen ein ordentliches

Digitized by Google

Rechtsmittel gegen das Urteil nicht zulässig ist, also bei den vom Landgericht in der Berufungsinstanz und bei den in der Revisionsinstanz erlassenen Urteilen. Die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses darf aber nicht aus dem Grunde verweigert werden, weil die Partei dessen nicht bedürfe (RG. E. 30 S. 336).

3. Es gibt Urteile, zu deren Vollstreckung der Eintritt der Rechtskraft allein nicht genügt, nämlich diejenigen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache abhängt, und diejenigen, die für einen Rechtsnachfolger des Gläubigers oder gegen einen Rechtsnachfolger des Schuldners vollstreckt werden sollen. In solchen Fällen muß der Nachweis des Eintritts der Tatsache bezw. der Rechtsnachfolge der Vollstreckung des Urteils vorhergehen. (ZPO. § 726.)

a. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertags oder die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängig, so ist die Prüfung, ob der Nachweis erbracht, sehr einfach und deshalb dem Vollstreckungsbeamten überlassen, ohne daß es einer richterlichen Anordnung bedarf. Die Vollstreckung darf beginnen, sobald der Kalendertag abgelaufen bezw. sobald durch eine öffentliche Urkunde — vorschriftsmäßige Bescheinigung der Hinterlegungskasse über die Hinterlegung des im Urteil bezeichneten Betrags oder vorschriftsmäßige Bescheinigung des Amtsgerichts über die Annahme dieses Betrags zur vorläufigen Verwahrung oder Urkunde des Gerichtsvollziehers über die Abgabe des Betrags zur Post behufs Beförderung an die Hinterlegungsstelle; vgl. PHinterlegO. §§ 16, 17, 39, 53—78 in der Fassung des Art. 84 PAG. z. BGB. — die Sicherheitsleistung nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde dem Schuldner zugestellt ist. (ZPO. §§ 751, 726.) Einer auf Anordnung des Vorsitzenden des Gerichts erteilten vollstreckbaren Anordnung bedarf es in diesen Fällen nicht; es genügt die vom Gerichtsschreiber bescheinigte Rechtskraft des Urteils und der Nachweis der Sicherheitsleistung.

Hängt dagegen die Vollstreckung des Urteils nach seinem Inhalte von dem Eintritt einer anderen Tatsache ab, so muß richterliche Prüfung und Entscheidung darüber eintreten, ob der Gläubiger den ihm obliegenden Nachweis erbracht hat. Wird der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt, so ordnet der Vorsitzende des Gerichts die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung an und der Gerichtsschreiber hat diese Anordnung in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen. Kann der Nachweis nicht durch öffentliche Urkunden geführt werden, so hat der Gläubiger bei dem Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urteile Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erheben. Es ist dann zur Vollstreckung neben der Ausfertigung des rechtskräftigen Haupturteils eine mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehene Ausfertigung des auf Erteilung der Vollstreckungsklausel lautenden Urteils erforderlich. (ZPO. §§ 726, 730, 731.) Diesen Erfordernissen muß insbesondere dann genügt werden, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt wird, die von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, sei es, daß der Gläubiger vorzuleisten hat oder daß die Leistungen beider Teile Zug um Zug zu bewirken sind (vgl. BGB. §§ 274, 322, 348.) Hier finden die Vorschriften der §§ 726 Abs. 1, 730 ZPO. Anwendung: die Willenserklärung gilt als abgegeben, sobald eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt ist. (ZPO. § 894 Abs. 1 Satz 2, § 726 Abs. 2.) Diese Ausfertigung darf aber erst dann erteilt werden, wenn der Gläubiger den Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist (BGB. § 274 Abs. 2, § 322 Abs. 3, § 348), durch öffentliche Urkunde geführt hat. (Begr. d. Entw. z. Ges. v. 17. Mai 1898 zu § 664 ZPO.) Haben z. B. die Parteien mit Grundstücken getauscht, deren Auflassung nicht gleichzeitig erfolgen kann, weil sie in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte liegen, ohne eine Bestimmung darüber zu treffen, wer von ihnen zuerst aufzulassen habe, und ist der Beklagte zur Auflassung an den Kläger und dieser zur Auflassung an den Beklagten verurteilt, so muß, wer von ihnen, um die Eintragung

Digitized by Google

seines Eigentums auf Grund des § 894 ZPO. zu erlangen, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils begehrt, die Erfüllung der Gegenleistung, d. h. dartun, daß er dem anderen Teile bereits aufgelassen habe (RG. Bolze 20 Nr. 318). Der Vorleistende kann seinen Anspruch auf Auflassung dadurch sichern, daß er ihn, nötigenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung, im Grundbuche vormerken läßt.

„Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete." (BGB. §§ 262, 263.) Das rechtskräftige Urteil kann in diesen Fällen die Willenserklärung erst dann ersetzen, wenn die wahlberechtigte Partei gewählt hat. Ist z. B. dem Schuldner oder dem Gläubiger im Urteile die Wahl gelassen zwischen der Auflassung eines Grundstücks und der Zahlung einer Geldsumme, so darf der Vorsitzende die Erteilung der auf Auflassung lautenden vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils erst dann anordnen, wenn ihm durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, daß der Wahlberechtigte die Wahl der Auflassung dem anderen Teile gegenüber erklärt hat und daß diesem die Erklärung zugegangen ist. Die Erklärung gilt als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der ZPO. zugestellt ist. (BGB. §§ 130, 132.) Nach erfolgter Wahl steht dem Wahlberechtigten ein jus variandi nicht mehr zu (BGB. § 263 Abs. 2). Nimmt der wahlberechtigte Schuldner nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Wahl nicht vor, so kann der Gläubiger zwar die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten, aber der Schuldner kann sich, solange der Gläubiger die gewählte Leistung weder ganz noch zum Teile empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien (BGB. § 264 Abs. 1). Besteht die eine der Leistungen in der Auflassungserklärung, so kann dem Schuldner das ihm auch nach Einleitung der Zwangsvollstreckung noch zustehende Wahlrecht nicht dadurch vereitelt werden, daß der Gläubiger die Auflassungserklärung abgibt und dadurch nach § 894 ZPO. in Verbindung mit § 925 Abs. 1 BGB. die endgültige dingliche Bindung beider Teile herbeiführt; vielmehr kann in solchem Falle das Urteil nach § 887 ZPO. nur in der Weise vollstreckt werden, daß der Gläubiger auf Antrag ermächtigt wird, die Auflassungserklärung des Schuldners durch einen Dritten abgeben zu lassen. Noch nach Zustellung des eine solche Ermächtigung aussprechenden Beschlusses kann der Schuldner sich durch eine der übrigen Leistungen von der Pflicht zur Auflassung befreien. Er hat den Nachweis, daß er dies getan hat, nach § 767 ZPO. im Wege der Klage zu führen. (RG. E. 27 S. 382, Bd 53 S. 80; Levy in Gruch. 36 S. 40; Wienstein das. 48 S. 489.) Wird die Klage nicht angestellt, so erfolgt die Eintragung des Gläubigers (bezw. des Schuldners) als Eigentümers auf Grund der Auflassungserklärungen des Gläubigers und des ermächtigten Dritten nach § 925 Abs. 1 BGB. Hat der Schuldner die Anstellung der Klage versäumt, obwohl er die andere Leistung vor Abgabe jener Auflassungserklärungen bewirkt hatte, so kann er Rückauflassung oder Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs oder Erstattung der anderen Leistung von dem Gläubiger verlangen (Oberst. LG. f. Bayern Seuff. A. 50 S. 365.) Ist das im § 887 ZPO. vorgezeichnete Verfahren nicht eingeschlagen, sondern vorschriftswidrig vom Grundbuchamte dem Antrage des Gläubigers, ihn ohne weiteres lediglich auf Grund des dem Schuldner das Wahlrecht gewährleistenden Urteils als Eigentümer des Grundstücks einzutragen, entsprochen, und damit der Schuldner des ihm urteilsmäßig zustehenden Wahlrechts beraubt, so kann dieser Rückauflassung gegen Erstattung dessen, was er vom Gläubiger etwa erhalten hat, verlangen; denn ein Beginn der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 264 BGB. hat durch das Verfahren vor dem Grundbuchamte nicht stattgefunden und der Schuldner dadurch sein Wahlrecht nicht verloren (RG. E. 53 S. 80). Solange der wahlberechtigte Gläubiger die Auflassung nicht in der vorgeschriebenen Weise (BGG. §§ 263, 130, 132) als Leistung gewählt hat, kann er das rechtskräftige Urteil

nicht im Sinne des § 894 ZPO. verwerten. Will der Schuldner die ihm obliegende Leistung endgültig festgestellt wissen, so kann er den mit seiner Wahl im Verzuge befindlichen Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf ihn über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt. (BGB. § 264 Abs. 2.) Hat er durch Klage den Übergang des Wahlrechts auf sich zur Feststellung gebracht, so kann er nunmehr die Wahl vornehmen, wie wenn sie ihm von vornherein zugestanden hätte. Wählt er die Auflassung, so kann auch der Gläubiger auf Grund des rechtskräftigen Urteils auf die mehreren Leistungen und des rechtskräftigen, den Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner aussprechenden Urteils sowie des Nachweises der Vornahme der Wahl durch den Schuldner die Erteilung der vollstreckbaren, auf Auflassung lautenden Ausfertigung des ersten Urteils verlangen und dadurch die Auflassungserklärung des Schuldners ersetzen. Wählt der Schuldner nicht, so treten die oben angegebenen Folgen des § 264 Abs. 1 BGB. ein. — Ist dem Schuldner im Urteile von mehreren Leistungen die eine oder die andere auferlegt, je nachdem der Gläubiger die eine oder andere Gegenleistung gewährt, so kann der Gläubiger, wenn ihm die Wahl seiner Gegenleistung zusteht, die in der Abgabe der Willenserklärung bestehende Leistung vom Schuldner nur fordern, wenn er die entsprechende Gegenleistung wählt, und die auf die Willenserklärung lautende vollstreckbare Ausfertigung nur durch den Nachweis der getroffenen Wahl und der erfolgten, ihm gegen die Abgabe der Willenserklärung obliegenden Gegenleistung auf Anordnung des Vorsitzenden oder durch Vollstreckungsurteil nach §§ 726, 730, 731 ZPO. erlangen. Steht dem Schuldner die Wahl der Gegenleistung und damit auch die Wahl seiner eigenen Leistung zu, so kann der Gläubiger jene Ausfertigung auf demselben Wege nur dann erlangen, wenn der Schuldner die der Abgabe der Willenserklärung entsprechende Gegenleistung des Gläubigers gewählt hat, und der Gläubiger dieses sowie nachweist, daß er dem Schuldner die Gegenleistung gewährt hat. Ob der Gläubiger vorzuleisten oder Zug um Zug zu leisten hat, macht hinsichtlich seiner Pflicht, die Befriedigung oder den Annahmeverzug des Schuldners nachzuweisen, keinen Unterschied. Für den Fall, daß der Gläubiger oder der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nicht ausübt, treten die oben angegebenen Folgen ein (Levy in Gruch. 36 S. 56.)

Stehen die mehreren geschuldeten Leistungen zueinander im Eventualverhältnisse, so daß der Gläubiger zunächst nur die Hauptleistung, die Eventualleistung aber nur für den Fall verlangen darf, daß die Zwangsvollstreckung auf die Hauptleistung keinen Erfolg hat, so kann weder der Schuldner sich von der Hauptleistung durch die Eventualleistung ohne den Willen des Gläubigers befreien, noch kann der Gläubiger vor einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung auf die Hauptleistung die Eventualleistung zur Vollstreckung bringen. Besteht die Hauptleistung in der Abgabe einer Willenserklärung, so bedarf der Gläubiger zur Herbeiführung der Eintragung nur des mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Urteils. Besteht dagegen nur die Eventualleistung in einer Willenserklärung, so muß er neben dem Urteil auch den Nachweis der fruchtlosen Zwangsvollstreckung auf die Hauptleistung erbringen. Dazu ist aber, wie die Praxis allgemein annimmt, nicht eine auf Anordnung des Vorsitzenden erteilte vollstreckbare Ausfertigung oder ein Vollstreckungsurteil erforderlich, sondern die Prüfung der Frage der Vollstreckbarkeit der Eventualleistung liegt den Vollstreckungsorganen ob, also, wenn vom Urteil beim Grundbuchamte Gebrauch gemacht wird, dem Grundbuchrichter. (Levy in Gruch. 36 S. 33—40.)

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung (z. B. zur Abtretung einer Hypothek in der Form des § 29 GBO.) mit dem Vorbehalte verurteilt, daß er als Erbe beschränkt hafte (ZPO. §§ 780 ff.), so kann der § 894 nicht angewendet werden; vielmehr ist in solchem Falle die regelmäßige Urteilsvollstreckung im förmlichen Zwangsvollstreckungsverfahren einzuleiten, damit in diesem Verfahren die erbrechtlichen Fragen: was zum Nachlasse gehört, ob der Nachlaß zur Deckung aller Nachlaßverbindlichkeiten

ausreicht, wie verneinendenfalls zu verfahren ist ꝛc., zur Erörterung gelangen und die Entscheidung darüber in die richtigen Wege geleitet wird (RG. E. 49 S. 415).

b. Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Gläubigers sowie gegen den Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der im Streite befangenen Sache, gegen die das Urteil nach § 325 ZPO. wirksam ist, erteilt werden. Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig — was in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen ist — oder wird sie durch öffentliche Urkunde nachgewiesen, so wird die vollstreckbare Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt; ist dies nicht der Fall, so hat der Gläubiger bei dem Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben. (ZPO. §§ 727, 730, 731.) Nach § 325 ZPO. wirkt das rechtskräftige Urteil zwar für und gegen die Parteien und diejenigen Personen, die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind; die Wirksamkeit des Urteils gegen den Sondernachfolger erleidet aber dadurch eine erhebliche Einschränkung, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (BGB. §§ 892, 893, 932, ff., 1032, 1138, 1208, 1242, 2366, HGB. §§ 366, 367), entsprechende Anwendung finden. Soweit hiernach der gutgläubige Erwerber gegen einen Mangel im Rechte seines Vorgängers geschützt ist, braucht er auch das Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er zur Zeit seines Erwerbs die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. (Begr. d. Entw. d. Ges. v. 17. Mai 1898 zu § 293 c ZPO.) Da eine Vermutung für solche Kenntnis nicht besteht, so muß sie der Gläubiger, um die gegen den Erwerber vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen, durch öffentliche Urkunde nachweisen. Dies ist in der Regel nur dann möglich, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch dadurch gesichert hat, daß er vor dem Erwerbe des Sondernachfolgers eine Vormerkung nach §§ 883 ff. oder einen Widerspruch nach §§ 894 ff. BGB. hat eintragen lassen oder gegen den Schuldner ein auch dem Sondernachfolger zugestelltes gerichtliches Veräußerungsverbot ausgewirkt hat. Hat der Gläubiger in dieser Weise seinen Anspruch nicht gesichert, so wird er kaum in der Lage sein, den bösen Glauben des Sondernachfolgers des Schuldners durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Es bleibt ihm dann nur die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel übrig (ZPO. § 731). — Besondere Vorschriften sind in dem § 728 in Verb. mit §§ 326 und 327 sowie im § 729 ZPO. gegeben für die unter entsprechender Anwendung des § 727 zu erteilende vollstreckbare Ausfertigung von Urteilen, die gegenüber dem Vorerben mit Wirksamkeit gegen den Nacherben (BGB. §§ 2100, 2138, 2113—2115), die gegenüber einem Testamentsvollstrecker mit Wirksamkeit gegen den Erben (BGB. §§ 2212, 2213), die gegenüber dem bisherigen Schuldner mit Wirksamkeit gegen den Übernehmer seines Vermögens (BGB. § 419), die gegenüber dem früheren Inhaber eines Handelsgeschäfts mit Wirksamkeit gegen den Erwerber des unter der bisherigen Firma fortgeführten Geschäfts (HGB. § 25) ergangen sind.

In den unter 3 besprochenen Fällen gilt die Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt als abgegeben, in dem die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Willenserklärung beginnen dürfte, wenn sie erforderlich wäre; also je nach Lage der Sache mit dem Ablaufe des im Urteile bestimmten Kalendertags, mit dem Nachweise der Sicherheitsleistung, mit der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden, mit der Rechtskraft des den Schuldner zur Erteilung der Vollstreckungsklausel verurteilenden Urteils.

Der Grundbuchrichter, der um eine Eintragung auf Grund eines rechtskräftigen Urteils angegangen wird, hat die Prüfung der Sache ebenso vorzunehmen, wie sie dem Vollstreckungsbeamten obliegen würde. Er hat zu prüfen, ob der Kalendertag abgelaufen, ob die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und ob eine Abschrift dieser Urkunde dem Schuldner zugestellt ist; er hat zu prüfen, ob die vollstreckbare Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt, ob also die Anordnung in der Vollstreckungsklausel erwähnt ist; er hat endlich darauf zu achten, daß, falls eine vollstreckbare

Ausfertigung nicht vorliegt, neben der Ausfertigung des rechtskräftigen Haupturteils eine mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehene Ausfertigung des den Schuldner oder seinen Rechtsnachfolger zur Erteilung der Vollstreckungsklausel verurteilenden Urteils beigebracht wird. Dagegen ist der Grundbuchrichter weder berechtigt noch verpflichtet, seine Prüfung darauf auszudehnen, ob die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zulässig und ob ihren materiellen Erfordernissen genügt ist; hierfür hat lediglich der Vorsitzende einzustehen, der durch die Ermächtigung zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung kund gibt, daß seine Prüfung stattgefunden hat.

Die Vollstreckung eines Urteils darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder, falls eine Rechtsnachfolge eingetreten ist, in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist. Hängt die Vollstreckung eines Urteils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache ab (§ 726 Abs. 1 ZPO.), oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urteils, das für oder gegen die Rechtsnachfolger (§§ 727—729) oder eine der in den §§ 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO. bezeichneten Personen (vgl. Anm. 4) wirksam ist, so muß außer dem zu vollstreckenden Urteil auch die ihm beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein. (ZPO. § 750.) Auch diesen Bestimmungen muß genügt sein, bevor der Grundbuchrichter die auf Grund des die Willenserklärung ersetzenden Urteils beantragte Eintragung anordnen darf. Die Vorschriften im § 750 Abs. 1 u. 2, in denen der bereits erfolgten Zustellung die gleichzeitige Zustellung gleichgestellt wird, haben nur Bedeutung für den Gerichtsvollzieher, nicht für den Grundbuchrichter, der nicht Zustellungsbeamter ist.

4. In den §§ 735—749 ZPO. sind für eine Reihe besonderer Fälle Bestimmungen getroffen über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und über die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Urteils gegen solche Personen, die nicht unter die Vorschrift des § 727 ZPO. fallen. Diese sollen hier an der Hand der Begründung kurz erörtert werden, damit später darauf verwiesen werden kann. Sie finden nicht nur Anwendung bei Zwangsvollstreckungen, sondern nach ihnen ist auch die Wirksamkeit des den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilenden Urteils zu bemessen.

a. Nach § 735 ZPO. genügt zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen *Vereins* (BGB. §§ 21—23) ein gegen den Verein ergangenes Urteil. Dies hängt damit zusammen, daß nach § 50 ZPO. ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, verklagt werden kann und daß er in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat. Hieraus folgt auch, daß der Vorstand des Vereins in dem Rechtsstreite die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat (BGB. § 26 Abs. 2). Die praktische Bedeutung des § 735 liegt hauptsächlich darin, daß die Beschaffung eines vollstreckbaren Titels gegen jedes einzelne Vereinsmitglied entbehrlich ist. Abgesehen von den durch §§ 50 und 735 gewährten Erleichterungen bewendet es dabei, daß auf die nicht rechtsfähigen Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden (BGB. § 54).

b. Der § 736 ZPO. erfordert zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB. eingegangenen *Gesellschaft* ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil mit Rücksicht darauf, daß nach §§ 718, 719 BGB. ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen verfügen, anderseits aber die Gesellschaft als solche nicht verklagt werden kann. Der § 736 gilt nicht nur für die Zwangsvollstreckung wegen einer Gesellschaftsschuld, sondern auch wegen jeder sonstigen Verbindlichkeit, für welche die Gesellschafter, sei es vermöge eines Rechtsgeschäfts, sei es aus anderen Gründen als Gesamtschuldner haften. Für die offene Handelsgesellschaft stellt § 124 Abs. 2 HGB. den entgegengesetzten Grundsatz auf. Zur Beschaffung eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Titels reicht in der Regel die Klage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter aus (BGB. § 714).

c. Nach § 737 ZPO. ist bei dem *Nießbrauch an einem Vermögen* wegen der *vor der Bestellung des Nießbrauch entstandenen* Verbindlichkeiten des Bestellers die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zulässig, wenn der Besteller zu der Leistung und der Nießbraucher zur

Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist. Dies folgt aus § 1086 BGB. Die vorgängige Verurteilung auch des Nießbrauchers wird erfordert, weil das Vollstreckungsverfahren, indem es die dem Rechte des Nießbrauchers unterworfenen Gegenstände trifft, sich zugleich gegen den Nießbraucher wendet. Übrigens bedarf es der Verurteilung des Nießbrauchers nicht, wenn dieser in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterworfenen Gegenstände bewilligt hat (§ 794 Abs. 2). — Handelt es sich um eine Verbindlichkeit des Bestellers, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs *rechtskräftig festgestellt* war, so bedarf es nach § 738 überhaupt keines besonderen vollstreckbaren Titels gegen den Nießbraucher, sondern es genügt, daß gegen den Nießbraucher eine in Ansehung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Besteller ergangenen Urteils nach Maßgabe der §§ 727, 730—732 erteilt wird. — Entsprechend dem § 1089 BGB. finden die Bestimmungen über den Nießbrauch (ZPO. § 737 Abs. 1, § 738 Abs. 1) auch bei dem *Nießbrauch an einer Erbschaft* für die Nachlaßverbindlichkeiten Anwendung (ZPO. § 737 Abs. 2, § 738 Abs. 2).

d. Nach § 739 ZPO. ist bei dem *Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft* oder der *Fahrnisgemeinschaft* die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau nur zulässig, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist, weil sich das Verfahren sowohl gegen die Frau wie gegen den Mann richtet, gegen die erstere insofern, als die Befriedigung aus ihrem Vermögen verlangt wird, gegen den letzteren insofern, als die Befriedigung aus dem eingebrachten Gute ohne Rücksicht auf sein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht erfolgen soll (BGB. § 1411, § 1525 Abs. 2, § 1550 Abs. 2), weil andererseits der Mann auch in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht ermächtigt ist, die Ehefrau im Prozesse zu vertreten (BGB. §§ 1375, 1380; ZPO. § 51). Auch hier wird die Verurteilung des Mannes durch eine nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommene Urkunde ersetzt, worin der Mann die sofortige Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau bewilligt hat (§ 794 Abs. 2).

e. Nach § 740 ZPO. ist bei dem *Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft* oder der *Fahrnisgemeinschaft* zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, die zum Gesamtgute gehören, also für die Zwangs-Versteigerung und Verwaltung sowie für die Zwangs- und Arresthypothek. Die Vorschrift des § 740 rechtfertigt sich dadurch, daß die Gläubiger des Mannes und in gewissem Umfange auch die Gläubiger der Frau aus dem Gesamtgute Befriedigung verlangen können, und daß das Gesamtgut der Verwaltung des Mannes unterliegt, der insbesondere auch befugt ist, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen zu führen (BGB. § 1459 ff., 1443, 1519 Abs. 2, §§ 1530 ff., 1549). Durch den § 740 wird aber an den allgemeinen Vorschriften über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nichts geändert. Insbesondere kommt hier der Fall in Betracht, daß eine zum Gesamtgute gehörende Sache sich im Besitze der Frau befindet oder im Grundbuch ein zum Gesamtgute gehörendes Recht ausschließlich auf den Namen der Frau eingetragen ist. In Ansehung dieser Gegenstände kann nicht schon auf Grund des gegen den Mann ergangenen Urteils die Zwangsvollstreckung gegenüber der Frau durchgeführt werden, vielmehr muß der Gläubiger eintretendenfalls erst gegen die Frau Klage auf Herausgabe der Sache oder auf Berichtigung des Grundbuchs erheben vgl. ZPO. §§ 809, 846 ff.; so auch Planck 4 S. 220 Nr. 5, Staub HGB. 1 S. 35 Nr. 97, Petersen-Anger 2 S. 343 Nr. 2; a. M. P. Geschanw. für Gerichtsvollz. § 48 Nr. 2c, 3, § 63, JMBl. 1899 S. 631, Leske vgl. Darst. S. 742, Falkmann in der DJZ. 1900 S. 175, 356 u. a.) Der § 740 bezieht sich aber nur auf Gesamtgutsverbindlichkeiten. Rechtsgeschäfte (obligatorische und dingliche), die der Mann ohne die nach §§ 1444—1446 BGB. erforderliche Zustimmung der Frau, oder die diese ohne die Zustimmung des Mannes abschließt, sind dem Gesamtgute gegenüber unwirksam. Nur die Bereicherung des Gesamtguts, die durch solche Rechtsgeschäfte herbeigeführt wird, ist eine Gesamtgutsschuld (§ 1455). Die ohne die erforderliche Zustimmung geschlossenen Verträge sind auch für den vertragschließenden Ehegatten unverbindlich. Demnach kann z. B. aus einem Vertrage, durch den der Mann ohne Zustimmung der Frau sich zur Übertragung des Eigentums an einem zum Gesamtgute gehörenden Grundstücke verpflichtet hat, nicht auf Auflassung geklagt werden und, wenn trotzdem ein den Mann zur Auflassung verurteilendes Erkenntnis erwirkt ist, aus diesem keine Eintragung erfolgen, wenn die Frau die Auflassung nicht nachträglich genehmigt. Durch das rechtskräftige Urteil wird nur die Auflassungserklärung des Mannes ersetzt, die nach § 1448 BGB. nicht genügt. Überdies ist die im § 894 ZPO. dem Urteile beigelegte Wirkung keine Zwangsvollstreckung (K. Förster im „Recht" 1904 S. 89, Planck Anm. 2d z. § 1445.

Dernburg Familienr. § 59 Nr. I 2, Busch in der Festgabe für Koch S. 203; a. M. RG. JW. 26 S. A 260).

Eine Zwangseintragung auf gütergemeinschaftlichen Grundstücken kann auf Grund eines gegen den Ehemann ergangenen Schuldtitels nur dann erfolgen, wenn die Gütergemeinschaft im Grundbuche vermerkt ist, also nicht auf den Grundstücken, als deren Eigentümer die Ehefrau allein im Grundbuch eingetragen ist (RG. JW. 19 S. 97). Auch wenn das Urteil gegen beide Eheleute als Genossen der Gütergemeinschaft gerichtet ist, darf eine Eintragung daraus nicht auf einem Grundstücke stattfinden, das auf den Namen eines der Eheleute ohne Kundbarmachung der Gütergemeinschaft eingetragen ist (RG. JW. 16 S. 120).

f. Betreibt die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft, so ist nach § 741 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ein gegen die Ehefrau ergangenes Urteil genügend, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch des Ehemanns gegen den Betrieb des Erwerbsgeschäfts oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb im Güterrechtsregister eingetragen war. Hat der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt, so kann bei dem Güterstande der Verwaltung und der Nutznießung die Frau nach § 1405 Abs. 1 BGB. auch ohne Zustimmung des Mannes mit Wirkung gegen das eingebrachte Gut diejenigen Rechtsgeschäfte vornehmen und diejenigen Rechtsstreitigkeiten führen, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt (BGB. § 1405 Abs. 2). Gutgläubigen Dritten gegenüber erlangt der Einspruch und der etwaige Widerruf der Einwilligung nur durch Eintragung in das Güterrechtsregister Wirksamkeit (BGB. § 1405 Abs. 3). Entsprechende Vorschriften gelten nach § 1525 Abs. 2 und § 1550 Abs. 2 BGB. für das eingebrachte Gut auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft, sowie nach §§ 1452, 1519, 1549 für das Gesamtgut bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft. Die Gläubiger der Frau, nicht bloß die Geschäftsgläubiger, sondern alle Gläubiger sind nicht genötigt, vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung ihre Forderungen auch gegenüber dem Manne zur Feststellung zu bringen; zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ist vielmehr ein gegen die Ehefrau ergangenes Urteil genügend. Nur dann tritt diese Ausnahme nicht ein und verbleibt es bei den Bestimmungen der §§ 739, 740 ZPO. (oben unter d, e), wenn zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau geltend gemachten Anspruchs der Einspruch oder Widerspruch des Ehemanns im Güterrechtsregister eingetragen war. — Die Vorschrift des § 741 hat übrigens nicht die Bedeutung, daß der Ehemann die Zwangsvollstreckung unbedingt, also auch dann dulden muß, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtguts ihm gegenüber unwirksam ist, weil z. B. der Anspruch des Gläubigers gegen die Ehefrau keine Geschäftsforderung betrifft. Vielmehr kann er in solchem Falle, wie § 774 ergibt, nach Maßgabe des § 771 im Wege der Klage Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben. — Ist die Frau rechtskräftig verurteilt, ihrem Gläubiger zur Sicherung einer Geschäftsforderung Hypothek mit ihrem eingebrachten oder mit einem zum Gesamtgute gehörenden Grundstücke zu bestellen, so genügt zur Eintragung das gegen die Ehefrau allein ergangene Urteil. War zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs des Gläubigers der Einspruch oder der Widerruf des Mannes im Güterrechtsregister eingetragen, so bedarf es zur Eintragung im Grundbuche, wenn sie auf ein eingebrachtes Grundstück der Frau erfolgen soll, eines Urteils, durch das die Frau zur Leistung und der Mann zur Duldung der Eintragungsbewilligung verurteilt ist, und, wenn die Eintragung auf ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück erfolgen soll, eines den Mann zur Bewilligung der Eintragung verurteilenden Urteils (vgl. oben zu d u. e).

g. Ist der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft erst eingetreten, nachdem ein von der Ehefrau oder gegen sie geführter Rechtsstreit rechtshängig geworden ist (BGB. § 1407 Nr. 1, § 1525 Abs. 2, § 1550 Abs. 2), so braucht der Gegner der Frau, der ein obsiegendes Urteil erstreitet, behufs Herbeiführung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht erst noch eine besondere Klage gegen den Mann zu erheben, weil das Urteil dem Manne gegenüber wirksam ist (BGB. a. a. O.). Der § 742 ZPO. bestimmt daher im Abs. 1, daß dem Gläubiger nach Maßgabe der §§ 727, 730—732 gegen den Mann eine in Ansehung des eingebrachten Gutes vollstreckbare Ausfertigung des gegen die Frau ergangenen Urteils erteilt werden kann. Das gleiche gilt nach § 742 Abs. 2 ZPO. für die Erteilung einer in Ansehung des Gesamtguts vollstreckbaren Ausfertigung, wenn die allgemeine Gütergemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft erst eingetreten ist, nachdem ein von der Ehefrau oder gegen sie geführter Rechtsstreit anhängig geworden ist (BGB. §§ 1454, 1549). Die Errungenschaftsgemeinschaft ist im Abs. 2 des § 742 ZPO. nicht erwähnt, weil

bei dieser nach §§ 1530 ff. BGB. das Gesamtgut für die vor dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft entstandenen Verbindlichkeiten der Frau nicht haftet, der hier vorausgesetzte Fall mithin nicht eintreten kann. Hat der von der Ehefrau oder gegen sie geführte Rechtsstreit ein ihr günstiges Ergebnis, so darf auch für den Mann wegen der ihm in Ansehung des eingebrachten Gutes und des Gesamtguts zukommenden Stellung (BGB. §§ 1380, 1443, 1519 Abs. 2, § 1525 Abs. 2, § 1549) nach Maßgabe der §§ 727, 730—732 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des zugunsten der Frau ergangenen Urteils erteilt werden. Dies bestimmt ausdrücklich der § 742 („für oder gegen den Ehemann").

h. Ist die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschafts- oder die Fahrnisgemeinschaft beendigt, so steht die Verwaltung des Gesamtguts bis zur Auseinandersetzung nicht mehr dem Manne allein, sondern beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu (BGB. §§ 1472, 1546, 1549). Dementsprechend bestimmt der § 743 ZPO., daß vor der Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur möglich ist, wenn beide Ehegatten zu der Leistung oder der eine Ehegatte zu der Leistung und der andere zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sind, je nachdem einer der Ehegatten für die Gesamtverbindlichkeiten haftet oder nicht (BGB. § 1459 Abs. 2). Die Verurteilung zur Duldung wird jedoch dadurch ersetzt, daß der Ehegatte in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut bewilligt hat (§ 794 Abs. 2.). — Für den Fall jedoch, daß ein gegen den Ehemann geführter Rechtsstreit bei Beendigung der Gütergemeinschaft schon durch rechtskräftiges Urteil erledigt ist, schreibt der § 744 ZPO. vor, daß dem Gläubiger gegen die Frau eine in Ansehung des Gesamtguts vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Mann ergangenen Urteils nach Maßgabe der §§ 727, 730—732 erteilt wird, da eine Gefährdung der Frau durch die Prozeßführung des Mannes oder seiner Erben in einem solchen Falle ausgeschlossen ist.

i. Wird bei der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten die Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt, so hat in Ansehung des Gesamtguts der überlebende Ehegatte die rechtliche Stellung des Mannes, während den anteilsberechtigten Abkömmlingen die rechtliche Stellung der Frau zukommt (BGB. §§ 1487, 1557). Mit Rücksicht hierauf bestimmt § 745 Abs. 1 ZPO. (vgl. § 740 oben zu e), daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein gegen den überlebenden Ehegatten ergangenes Urteil erforderlich und genügend ist. — Nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist vor der Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur zulässig, wenn der überlebende Ehegatte und die anteilsberechtigten Abkömmlinge zur Leistung oder der erstere zur Leistung und die letzteren zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sind. Auch hier wird die Verurteilung zur Duldung dadurch ersetzt, daß die Abkömmlinge in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut bewilligt haben (§ 794 Abs. 2). — Ist die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach der Beendigung eines Rechtsstreits des überlebenden Ehegatten eingetreten, so wird dem Gläubiger gegen die anteilsberechtigten Abkömmlinge eine in Ansehung des Gesamtguts vollstreckbare Ausfertigung des gegen den überlebenden Ehegatten ergangenen Urteils nach Maßgabe der §§ 727, 730—732 ZPO. erteilt. Dies bestimmt § 745 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 743, 744 ZPO.

k. Nach § 1659 BGB. können die Gläubiger eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen. Im Anschlusse hieran bestimmt § 746 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in das der elterlichen Nutznießung unterliegende Vermögen des Kindes ein gegen das Kind ergangenes Urteil genügt, ein gegen den Vater oder die Mutter gerichtetes Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung mithin nicht erforderlich ist. Die elterliche Nutznießung bedarf des Schutzes nicht, da einerseits das der Nutznießung unterliegende Vermögen des Kindes für alle seine Verbindlichkeiten haftet (BGB. § 1659), anderseits das Kind prozeßunfähig ist (BGB. §§ 1626, 1627, 1630; ZPO. §§ 51, 52).

l. Nach § 747 ZPO. ist zur Zwangsvollstreckung in einen Nachlaß, wenn mehrere Erben vorhanden sind, bis zur Teilung ein gegen alle Erben ergangenes Urteil erforderlich, weil ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen kann (BGB. § 2033 Abs. 2). Dies gilt auch für die Zwangseintragung auf dem ungeteilten Nachlaßgrundstücke für einen Miterben (KG. Rsp. 7 S. 321, RJA. 4 S. 253).

m. Unterliegt ein Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers, so steht diesem, nicht dem Erben, das Recht zu, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (BGB. §§ 2205, 2211). Deshalb bestimmt § 748 Abs. 1 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich und genügend ist. Daß die Klage gegen den Testamentsvollstrecker gerichtet werden kann, ergibt

Digitized by Google

§ 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB. — Ist die Verwaltung des Testamentsvollstreckers auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt, so ist die Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, nur gegen den Erben zulässig (BGB. § 2213 Abs. 1 Satz 2). Hieraus ergibt sich von selbst, daß für diesen Fall die Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände davon abhängig gemacht werden muß, daß der Erbe zu der Leistung verurteilt ist. Da aber das Verfügungsrecht hinsichtlich jener Gegenstände ausschließlich dem Testamentsvollstrecker zusteht (BGB. § 2205 Satz 2, § 2208 Abs. 1 Satz 2, § 2211), so kann anderseits die Zwangsvollstreckung nur zulässig sein, wenn zugleich der Testamentsvollstrecker nach § 2213 BGB. zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist. In diesem Sinne bestimmt § 748 Abs. 2 ZPO.: „Steht dem Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zu, so ist die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände nur zulässig, wenn der Erbe zu der Leistung, der Testamentsvollstrecker zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist." Hier wird gleichfalls die Verurteilung des Testamentsvollstreckers zur Duldung dadurch ersetzt, daß er in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände bewilligt hat (§ 794 Abs. 2). — Die Vertretung des Nachlasses gegen einen Pflichtteilsanspruch liegt außerhalb der Aufgaben des Testamentsvollstreckers; der Anspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden (BGB. § 2213 Abs. 1 Satz 3). Deshalb wird im § 748 Abs. 3 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß oder in die einzelnen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände ein sowohl gegen die Erben als gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil gefordert.

n. Aus einem gegen den Erblasser ergangenen Urteil ist, wenn es sich nur um eine persönliche Verbindlichkeit des Erblassers handelt, in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände an sich die Zwangsvollstreckung nicht zulässig, da hierdurch in das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers (BGB. § 2211) eingegriffen wird. Indessen würde es für den Gläubiger eine ungerechtfertigte Erschwerung seiner Lage bedeuten, wenn er unter solchen Umständen erst noch Klage gegen den Testamentsvollstrecker erheben müßte. Daher bestimmt § 749 ZPO., daß hier zur Zwangsvollvollstreckung in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände eine nach §§ 727, 730—732 gegen den Testamentsvollstrecker erteilte vollstreckbare Ausfertigung genügen soll. Anderseits wird darin, entsprechend der Stellung des Testamentsvollstreckers, diesem die Befugnis beigelegt, in gleicher Weise aus einem zugunsten des Erblassers ergangenen Urteile die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu erwirken („für oder gegen den Testamentsvollstrecker").

5. Nur rechtskräftige Urteile können die zu einer Eintragung erforderliche Einigung und Bewilligung ersetzen. Für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile, in denen auf Bewirkung einer Eintragung in das Grundbuch erkannt ist, dürfen nicht zu einer endgültigen Eintragung führen, weil daraus für den Schuldner ein unersetzlicher Schaden erwachsen könnte; sie dürfen vielmehr nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form erfolgt.

Dies schrieb § 658 ZPO. a. F. vor und schaltete als Beispiele solcher vorläufigen Eintragungen „Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung" ein. Da dem Entw. I e. BGB. das Institut der Vormerkung persönlicher Ansprüche auf Eintragung unbekannt war, wollte die 1. Komm. durch eine Bestimmung im BGB. (§ 833 Entw. I) Ersatz gewähren; nachdem jedoch bei der 2. Lesung die Vormerkung persönlicher Ansprüche zugelassen war, hielt man für einfacher und wirksamer, zu dem § 658 ZPO. zurückzukehren und aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteile die Eintragung einer Vormerkung zuzulassen. Der § 833 Entw. I wurde gestrichen und die Aufnahme eines entsprechenden Zusatzes zu § 779 ZPO. vorbehalten. (Mot. III S. 197—199; Prot. III S. 68 f; vgl Anm. I 2 u. 3 zu § 883 BGB.)

Bei Beratung des G. betr. Abänderungen der ZPO., wurde erwogen, daß vom BGB. hier als Sicherungsmittel geboten werde für die Fälle, wo der persönliche Anspruch auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastende Rechte gesichert werden soll, die Eintragung einer Vormerkung (§§ 883 ff.), und für die Fälle, wo jemand, dessen dingliches Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, gegen die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (BGB. §§ 892, 1138) verbundenen Gefahren gesichert werden soll, die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899). Demgemäß wurde der § 658 ZPO. aufgehoben und durch den § 779 a ersetzt, der bei der Neuredaktion der ZPO. die Ziffer 895 erhalten hat.

Der § 895 ZPO. beſtimmt:

Iſt durch ein vorläufig vollſtreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregiſter erfolgen ſoll, ſo gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerſpruchs als bewilligt.

Es hängt von der Lage der Sache, von der Beſchaffenheit des zu ſichernden Anſpruchs ab, ob eine Vormerkung oder ein Widerſpruch einzutragen iſt. Iſt z. B. ein Urteil, das den Eigentümer zur Auflaſſung, zur Bewilligung der Eintragung eines dinglichen Rechtes, einer Hypothek, Grund- oder Rentenſchuld, oder das den Gläubiger zur Abtretung, Verpfändung oder Löſchung einer Hypothek ꝛc. verurteilt, nur vorläufig vollſtreckbar (ZPO. §§ 708 ff.), ſo kann die obſiegende Partei nur die Eintragung einer der endgültigen Eintragung entſprechenden Vormerkung, der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflaſſung, auf Eintragung einer Hypothek ꝛc. verlangen. Iſt dagegen das vorläufig vollſtreckbare Urteil z. B. zugunſten des wahren Eigentümers gegen den eingetragenen Nichteigentümer oder zugunſten deſſen, der eine Hypothek ꝛc. kraft Geſetzes erworben hat (BGB. §§ 268, 426, 774, 1143 ꝛc.), gegen den noch eingetragenen bisherigen Gläubiger ergangen, ſo iſt die Eintragung eines Widerſpruchs gegen weitere Verfügungen der unterliegenden Partei am Orte. Vgl. Sekler Vormerk. S. 57–61.

Da die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anſpruchs zuläſſig iſt (BGB. § 883 Abſ. 1 Satz 2), kann auch in den unter 3 a (S. 128) erörterten Fällen, wo die Wirkſamkeit des auf Abgabe einer Willenserklärung ergangenen Urteils von dem Eintritt eines Kalendertags, von einer Sicherheitsleiſtung, einer Gegenleiſtung, einer Wahl oder der fruchtloſen Zwangsvollſtreckung auf die Hauptleiſtung abhängt, die eventuell eintretende Verbindlichkeit zur Abgabe der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollſtreckbaren Urteils durch Eintragung einer Vormerkung geſichert werden. (Biermann WB. S. 147; abweichend Sekler Vormerk. S. 56, S. 61 ff.)

Das vorläufig vollſtreckbare Urteil gilt als Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerſpruchs. Die Eintragung erfolgt daher auf den unmittelbar an das Grundbuchamt unter Vorlegung des mit Vollſtreckungsklauſel verſehenen Urteils gerichteten Antrag des Gläubigers (Fuchs 1, S. 130 Nr. 3 u. Planck Nr. 1 c zu § 885 halten die Vollſtreckungsklauſel nicht für erforderlich; anders Biermann WB. S. 147 und Sekler S. 63 f.); einer weiteren Bewilligung des Schuldners, einer einſtweiligen Verfügung, eines Erſuchens des Prozeßrichters oder gar der Zwangsvollſtreckung (wie der Abſ. 3 des § 833 Entw. I e. BGB. wollte) bedarf es nicht (vgl. GBO. § 13 Abſ. 2, § 19). Die Eintragung wird auf dem vollſtreckbaren Titel nicht vermerkt (ZPO. § 867).

Wird das vorläufig vollſtreckbare Urteil oder ſeine Vollſtreckbarkeit durch eine vollſtreckbare Entſcheidung wieder aufgehoben, ſo bedarf es zur Löſchung der Vormerkung oder des Widerſpruchs nicht der Bewilligung des Berechtigten (GBO. § 25 Satz 2). Die Löſchung erfolgt lediglich auf Grund der vollſtreckbaren Entſcheidung auf Antrag des Verpflichteten oder des Berechtigten.

Eine Vormerkung auf Grund des § 895 ZPO. darf nur ſo lange eingetragen werden, als das Urteil nicht rechtskräftig geworden iſt. Mit dem Eintritte der Rechtskraft gilt nicht mehr die Eintragung einer Vormerkung, ſondern eine endgültige Eintragung als bewilligt. Sekler (S. 56) geht wohl zu weit, wenn er eine Vormerkung für nichtig hält, die auf Grund eines vorläufig vollſtreckbaren Urteils eingetragen iſt, das bereits rechtskräftig war.

6. Der § 896 ZPO. beſtimmt:

Soll auf Grund eines Urteils, das eine Willenserklärung des Schuldners erſetzt, eine Eintragung in ein öffentliches Buch oder Regiſter vorgenommen werden, ſo kann der Gläubiger an Stelle des Schuldners die Erteilung der im § 792 bezeichneten Urkunden verlangen, ſoweit er dieſer Urkunden zur Herbeiführung der Eintragung bedarf.

Für den Fall, daß der Gläubiger eine Zwangshypothek auf Grundstücke des Schuldners eintragen lassen oder die Zwangsversteigerung betreiben wollte, der Schuldner aber als Eigentümer im Grundbuche nicht eingetragen war, gewährte das PZVG. v. 1883 im § 6 Abs. 4 und § 14 Abs. 3 dem Gläubiger die Befugnis, an Stelle des Schuldners von Gerichten und Notaren diejenigen Urkunden zu fordern, die erforderlich waren, um die Eintragung des Schuldners zu erwirken und dessen Eigentum glaubhaft zu machen. Das Bedürfnis, dem Gläubiger die Durchführung der Zwangsvollstreckung auf dem bezeichneten Wege zu erleichtern, macht sich nicht nur gegenüber den Vorschriften der ZPO. über die Zwangshypothek (§ 867) und gegenüber den Vorschriften des RZVG. v. 1897 (§ 17), sondern auch in anderen Fällen geltend, z. B. wenn bei Pfändung einer Hypothekenforderung des Schuldners dieser nicht als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3, § 837 Abs. 1 Satz 2), oder wenn es sich darum handelt, eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Schuldner ergangenen Urteils nach den §§ 727 ff. gegen einen Rechtsnachfolger oder eine andere der dort bezeichneten Personen zu erwirken. Um für sämtliche hier in Betracht kommenden Verhältnisse durch eine allgemeine Bestimmung Vorsorge zu treffen, ist als § 792 in die ZPO. aufgenommen: „Bedarf der Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eines Erbscheins oder einer anderen Urkunde, die dem Schuldner auf Antrag von einer Behörde, einem Beamten oder einem Notar zu erteilen ist, so kann er die Erteilung an Stelle des Schuldners verlangen." Die hier dem Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung beigelegte Befugnis wird ihm durch § 896 ZPO. auch für den Fall verliehen, daß der Schuldner zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung verurteilt ist, die Eintragung auf Grund des Urteils aber nicht erfolgen kann, weil der Schuldner nicht als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist (GBO. § 40). Dadurch wird dem Gläubiger ermöglicht, die Eintragung des Schuldners herbeizuführen, wozu ihn der § 14 GBO. berechtigt. Verlangt der Gläubiger die Erteilung eines Erbscheins vom Nachlaßgerichte, so hat er an Stelle des Schuldners die nach § 2356 BGB. erforderliche Versicherung an Eides Statt abzugeben. (Begr. d. Entw. z. Ges. v. 17. Mai 1898 zu § 779 b und 700 a ZPO.; KG. RJA. 1 S. 102.) Der Gläubiger ist auch legitimiert zu dem Antrage, daß der Grundbuchrichter die bei demselben Amtsgerichte befindlichen Testamentsakten einsehe (GBO. §§ 29, 36; RG. JW. 1901 S. 307 Nr. 11). Im übrigen vgl. in Bd II die Anm. zu §§ 14 u. 40 GBO.

7. Der § 897 ZPO. bestimmt:

Ist der Schuldner zur Übertragung des Eigentums oder zur Bestellung eines Rechts an einer beweglichen Sache verurteilt, so gilt die Übergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

Das gleiche gilt, wenn der Schuldner zur Bestellung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder zur Abtretung oder Belastung einer Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld verurteilt ist, für die Übergabe des Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs.

Die bisher streitige Frage, ob im Falle der Verurteilung des Schuldners zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache die dazu erforderliche Übergabe (BGB. §§ 929, 1032, 1205) als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (ZPO. § 883 Abs. 1), entscheidet der Abs. 1 des § 897 ZPO. im bejahenden Sinne. Dementsprechend wird im Abs. 2 des § 897 der für die Bestellung, Abtretung oder Belastung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld erforderlichen Übergabe des Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldbriefs (BGB. §§ 1117 1154, 1192 1199, 1274) die Wegnahme des Briefes durch einen Gerichtsvollzieher gleichgestellt, falls der Schuldner zu der Bestellung, Abtretung oder Belastung verurteilt ist.

8. Der § 898 ZPO. bestimmt:

Auf einen Erwerb, der sich nach den §§ 894, 897 vollzieht, finden die Vorschriften

Digitized by Google

des bürgerlichen Rechtes zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung.

Die Vorschriften des BGB. (§§ 892, 893, 932 ff., 1242) und des HGB. (§§ 366, 367) über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gelten nur für den Erwerb durch Rechtsgeschäft und finden daher auf einen Erwerb, der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, an sich keine Anwendung. Es liegt jedoch im Sinne dieser Vorschriften, daß der Schutz auch demjenigen zuteil wird, der nach §§ 894, 897 erwirbt. Der § 898 dehnt daher die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den letzteren Fall aus. (Begr. d. Entw. z. Ges. v. 17. Mai 1898 zu § 779 d ZPO.) Vgl. auch Anm. I 2 a. E. zu § 892 BGB.

9. Die in einem gerichtlichen Vergleiche (ZPO. § 794 Nr. 1) übernommene Verpflichtung, die zur Bestellung, Übertragung, Änderung oder Aufhebung von Rechten an Grundstücken oder von Rechten an solchen Rechten erforderlichen Erklärungen abzugeben, bildet keine genügende Grundlage für Eintragungen in das Grundbuch (K. Förster im „Recht" 1903 S. 260; hinsichtlich der Auflassung übereinstimmend RG. E. 55 S. 58).

§ 874.

Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

1. In Preußen gab es nur für die Eintragung des Altenteils die Vorschrift des § 76 GBO. v. 1872. Ob die Anwendung dieser Bestimmung auf verwandte Rechtsverhältnisse zulässig sei, war streitig. Eine Übertragung auf die Belastungen der III. Abteilung wurde nicht für zulässig gehalten (KG. JW. 15 S. 140).

2. Eine allgemeine, alle ein Grundstück belastenden Rechte umfassende Vorschrift hatte der Entw. I nicht. Für die Eintragung eines Erbbaurechts war im § 962 Abs. 2 Satz 2, einer Grundgerechtigkeit im § 969, eines Nießbrauchs im § 982, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im § 1048, einer Realtast im § 1054 und einer Hypothek im § 1064 die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes zugelassen. Und im § 28 des Entw. I. der GBO. war eine mit dem § 50 RGBO. übereinstimmende Vorschrift gegeben. Hierdurch sollte verhindert werden, daß das Grundbuch in einem Umfange beschwert werde, der die Übersichtlichkeit gefährde und mit ihrer praktischen Bedeutung in keinem Verhältnisse stehe. (Mot. III. S. 472, 586, 643; Mot. z. § 28 Entw. I. e. GBO. S. 63.) Bei der 2. Lesung wurden die Bestimmungen des Entw. I widerspruchslos gebilligt, es wurde jedoch die Redaktionskommission ermächtigt, eine alle diese Einzelbestimmungen zusammenfassende allgemeine Vorschrift aufzunehmen. (Prot. III S. 762 III, Bd IV S. 586 III.) Diese enthält der § 874 BGB.

3. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nur bei der Eintragung solcher Rechte zugelassen, mit denen ein Grundstück belastet wird (Erbbaurecht § 1012, Grunddienstbarkeit § 1018, Nießbrauch § 1030, beschränkte persönliche Dienstbarkeit § 1090, Vorkaufsrecht § 1094, Reallast § 1105), also nicht bei der Eintragung des Eigentumsübergangs und der Belastung eines Rechtes am Grundstücke (Predari S. 120, Kober S. 59 Nr. 1; a. M. Fuchs S. 74 Nr. 2, Biermann SR. S. 50, Oberneck § 38 S. 273, Planck 3 S. 92 Nr. 3, die auch entsprechende Anwendung des § 874 bei der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung, eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einem Rechte an einem Grundstücke zulassen). Auf die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld findet § 874 keine Anwendung, da bezüglich ihrer das Gesetz ein anderes vorschreibt (§ 1115). Für die Eintragung der Vormerkungen ist eine besondere Bestimmung im § 885 Abs. 2 gegeben. Auch bei der Eintragung der Änderungen des Inhalts jener Rechte ist die Erleichterung des § 874 gestattet (§ 877). Vgl. auch BGB. § 1010 und ZPO. § 800.

Zur Eintragung eines dinglichen Rechtes genügt die Bezeichnung des Berechtigten einer natürlichen oder juristischen Person oder des jedesmaligen Besitzers eines Grundstücks)

und des Rechtes nach seiner Art (Vorkaufsrecht ꝛc.) und seinem Umfang, überhaupt nach seinen wesentlichen Merkmalen. Im übrigen kann die Eintragung durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ergänzt werden, namentlich bezüglich der Modalitäten der Ausübung des Rechtes und der dem Berechtigten etwa obliegenden Gegenleistungen usw. (RG. JW. 23 S. A 134). Für die Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten, deren Inhalt ein Leibgedinge bilden, genügt die Eintragung als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug; der Bezeichnung der einzelnen Rechte (Wohnung, Unterhalt, Taschengeld ꝛc.) bedarf es nicht, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (GBO. § 50).

Für die Hypothek, Grund- und Rentenschuld gelten besondere Bestimmungen. Bei der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung bezw. bei der Grundschuld die Geldsumme, die aus dem Grundstücke zu zahlen ist (§ 1191), und bei der Rentenschuld die Ablösungssumme (§ 1199 Abs. 2), ferner bei verzinslichen Forderungen und Grundschulden der Zinssatz und der Geldbetrag anderer Nebenleistungen, bei Rentenschulden die bestimmte in regelmäßig wiederkehrenden Terminen zu zahlende Geldsumme angegeben werden (§§ 1115 Abs. 1, 1191 Abs. 2, 1199 Abs. 1). Es muß ferner eingetragen werden die Ausschließung der Erteilung des Briefes und ihre Aufhebung (§ 1116), bei einer Hypothek der im § 1184 bezeichneten Art die Bezeichnung als Sicherungshypothek (§ 1184 Abs. 2), bei einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem anderen indossablen Papier (an Stelle der Bezeichnung des Gläubigers) diese Eigenschaft und die Bestellung des Vertreters, wenn sie erfolgt ist (§ 1187—1189). Letzteres gilt auch für die Bestellung einer Grundschuld mit Ausstellung des Grundschuldbriefs auf den Inhaber (§ 1195). Im übrigen kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Es kommen insbesondere in Betracht der Anfangstag der Verzinsung, die Zinstermine, die Zahlungsbedingungen (Zeit, Ort und Art der Zahlung). Ausdrücklich zugelassen ist die Bezugnahme auf die Satzung bezüglich der außer den Zinsen satzungsmäßig zu entrichtenden Nebenleistungen bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehn einer Kreditanstalt (§ 1115 Abs. 2).

Alle ein Grundstück belastenden Rechte betreffen folgende Bestimmungen: Der Eintragung in das Grundbuch bedürfen a) eine abweichende Bestimmung des gesetzlichen Rangverhältnisses (§ 879 Abs. 2); b) die bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte vorbehaltene Befugnis, ein anderes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen (§ 881 Abs. 2); c) die Bestimmung des Höchstbetrags des Ersatzes im Falle des § 882. Hier kann die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung die Eintragung nicht ersetzen.

Ob das Grundbuchamt von der Befugnis zur Bezugnahme Gebrauch machen will, unterliegt seinem Ermessen; an Anträge der Beteiligten ist es nicht gebunden (RG. E. 50 S. 153; KG. JW. 24 S. A 127, Rsp. 4 S. 198).

4. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Eintragungsvermerke hat die Bedeutung, daß, soweit sie zugelassen ist, der Inhalt der Eintragungsbewilligung als im Grundbuch eingetragen gilt und daher unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (BGB. § 892) steht. Die Eintragungsbewilligung ist vom Grundbuchamt aufzubewahren und kann von jedem, der ein berechtigtes Interesse darlegt, eingesehen werden (GBO. §§ 9, 11). In den Motiven ist wiederholt die Entscheidung der Frage, ob die Eintragungsbewilligung durch Anlagen, die ihr beigefügt und in ihr in Bezug genommen sind, namentlich durch die Schuldurkunde, ergänzt werden kann, der GBO. vorbehalten. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in der GBO. nicht. Es bedarf ihrer auch nicht. Wird bei der Eintragungsbewilligung eine Urkunde überreicht, worin das einzutragende Recht näher bezeichnet ist, und wird die Eintragung desjenigen Rechtes bewilligt, über das sich die Urkunde verhält, so bildet der Inhalt der Urkunde einen Teil der Eintragungsbewilligung und es erübrigt sich die Wiederholung der in der Urkunde enthaltenen Bestimmungen in der Bewilligung. In solchen Fällen erstreckt sich die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung

auch ohne besondere Erwähnung auf den Inhalt der Urkunde (RG. Rsp. 4 S. 81). Zur Verdeutlichung wird es immerhin dienen, wenn im Eintragungsvermerk auch auf die Urkunde verwiesen wird, z. B. das Leibgedinge für den X., das in der Eintragungsbewilligung vom . . . und dem Gutsüberlassungsvertrage vom . . . näher bezeichnet ist.

5. Wollen die Beteiligten ein mit dem früheren Rechte untergegangenes Rechtsinstitut, soweit das zulässig ist, wieder beleben, z. B. einer Grunddienstbarkeit einen Inhalt geben, wie er dem früheren Rechte eigentümlich war, dann muß entweder das Recht mit seinem gesamten gewollten Inhalt eingetragen oder in der Eintragungsbewilligung, sofern darauf Bezug genommen wird, enthalten sein. Insbesondere ist auch keine Bezugnahme auf frühere aufgehobene Rechtsätze zulässig. Denn aus dem Grundbuch und den zugehörigen Urkunden muß ein dritter Interessent den Rechtsinhalt klar und vollständig ersehen können; von dem früheren nicht mehr geltenden Rechte braucht er nichts zu wissen. (RG. JW. 26 S. A 271.)

6. Wer das Eigentum eines Grundstücks durch Auflassung erwirbt, übernimmt das aufhaftende Leibgedinge so, wie es eingetragen ist, bezw. wie es sich aus der im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Urkunde ergibt. Spätere Vertragsänderungen zwischen dem Auszugsberechtigten und dem Vorbesitzer, die nicht eingetragen sind, binden den Erwerber des Grundstücks nicht. (RG. Bolze 1 Nr. 130.)

Es ist die Frage hervorgetreten, ob der Erwerber eines mit einem Leibgedinge belasteten Grundstücks das Leibgedinge auch dann nur so gelten zu lassen braucht, wie es sich aus der in Bezug genommenen Urkunde ergibt, wenn die Begründungsurkunde mit der in Bezug genommenen Ausfertigung oder Abschrift nicht übereinstimmt. Nach § 892 BGB. wird die Entscheidung so ausfallen müssen: In dem vorausgesetzten Falle ist das Grundbuch unrichtig. Ist die Unrichtigkeit der Eintragung dem Erwerber des Grundstücks bekannt oder ist ein Widerspruch eingetragen, so muß er den richtigen Sachverhalt anerkennen. Anderenfalls hat er das Leibgedinge nur so zu übernehmen, wie es in der in Bezug genommenen, wenn auch infolge Irrtums oder Schreibfehlers unrichtigen Urkunde festgesetzt ist. Freilich läßt sich der Einwand nicht ohne weiteres abweisen, daß das Leibgedinge, wie es in der Begründungsurkunde abweichend von dem Inhalte der in Bezug genommenen Urkunde festgesetzt worden, weil nicht eingetragen, überhaupt nicht als Recht am Grundstück entstanden sei.

Bisher ist angenommen, daß in dem Falle, wenn in dem in Bezug genommenen Vertrage bestimmt ist, das festgesetzte Leibgedinge solle im Falle der Wiederverheiratung des Auszüglers auch seiner Ehefrau bis zu deren Tode gewährt werden, der Erwerber des Grundstücks das Recht der Ehefrau nur dann anzuerkennen brauche, wenn dessen in dem Eintragungsvermerk ausdrücklich Erwähnung geschehen sei (RG. E. 33 S. 229). Nach § 874 BGB. wird die Entscheidung anders ausfallen müssen, da zum Inhalte des eingetragenen Rechtes, zu dessen näherer Bezeichnung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, auch dessen eventueller Übergang auf eine andere Person gehört.

7. Das ein Grundstück belastende Recht gilt nur dann als eingetragen, wenn es als solches besonders eingetragen ist. Die Stelle im Grundbuche (die II. oder die III. Abteilung), wo sich die Eintragung findet, ist von keiner Erheblichkeit. Der Umstand, daß etwa in der I. Abteilung als Grund des Erwerbs der Vertrag angegeben ist, durch den das Recht begründet worden, und daß bei Angabe des Erwerbspreises das Recht erwähnt ist, ersetzt die besondere Eintragung in der II. Abteilung nicht; denn die I. Abteilung des Grundbuchs hat nicht die Bestimmung, über die auf dem Grundstücke haftenden Lasten Auskunft zu geben, und es besteht deshalb auch keine Verpflichtung, die I. Abteilung einzusehen, wenn es sich darum handelt, festzustellen, ob und welche Lasten vorhanden sind. (OTrib. E. 60 S. 1, Arch. 35 S. 317; RG. Gruch. 41 S. 961, JW. 1902 S. 233 Nr. 9; Dernburg-Hinrichs 1 S. 139 Anm. 6.)

8. „Soweit nach den Vorschriften des BGB. und der GBO. im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, kann bei der Anlegung des

Grundbuchs auf die der Eintragung zugrunde liegende Urkunde Bezug genommen werden" (PVerord. v. 13. November 1899 Art. 9, GS. S. 519).

8. Die Bezugnahme oder Verweisung muß erkennen lassen, daß sie sich auf eine Eintragungsbewilligung bezieht. Die Eintragung z. B.: „nach Maßgabe" (vgl. Grundbuchformular Abt. II Nr. 2) „der Urkunde vom . . ." ist nicht genügend, weil nicht ersichtlich ist, ob diese Urkunde die Bewilligung enthält. (KG. JW. 21 S. A 142, Kober S. 59 Nr. 5; a. M. Planck 3 S. 92 Nr. 5, Oberneck 1 S. 273.)

§ 875.

Zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt.

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

1. Die §§ 875, 876 regeln die Aufhebung der Rechte an Grundstücken durch Rechtsgeschäft (Denkschr. S. 175). Aus der Vergleichung der Aufhebungsgründe, für die das Gesetz ein anderes vorschreibt (vgl. Anm. 3 Abs. 2 S. 143), ergibt sich von selbst, daß es sich im § 875 nur um die rechtsgeschäftliche Aufhebung handelt.

Während im § 834 Entw. I die Aufhebung nicht nur der Rechte an einem Grundstücke, sondern auch der Rechte an einem solchen Rechte unter dieselben Vorschriften gestellt war, läßt der § 875 BGB. die Rechte der letzten Art unberücksichtigt, weil darauf die Vorschrift nicht paßt. Es ist deshalb die Aufhebung solcher Rechte durch Rechtsgeschäft besonders geregelt, bezüglich des Nießbrauchs an einem eingetragenen Rechte durch die §§ 1072, 1063, 1064, bezüglich des Pfandrechts an Rechten durch die §§ 1273, 1252, 1255, 1256.

2. Das PEigG. enthielt im § 57 lediglich den Satz, daß das Hypotheken- und Grundschuldrecht nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben wird. Die Löschung anderer Rechte an Grundstücken hatte nicht das Erlöschen der Rechte, sondern nur die Aufhebung ihrer Wirkung gegen Dritte zur Folge (§ 12). Außerdem fehlte es an Bestimmungen über das rechtsgeschäftliche Aufgeben des Eigentums an einem Grundstücke durch Dereliktion und anderer dinglichen Rechte. Die Verzichtleistung auf ein Recht erforderte einen Vertrag, also die Annahme des Verzichts von der Gegenseite (vgl. PALR. I 22 § 43, I 16 §§ 387 ff.).

Der Entw. I e. BGB. hatte für das Aufgeben nicht nur des Eigentums, sondern jedes beschränkten Rechtes an einem Grundstück eine besondere Vorschrift in den §§ 872, 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061, 1091, 1108, 1136. Abgesehen von der Dereliktion des Eigentums, bei der die Eintragung des Verzichts des eingetragenen Eigentümers im Grundbuche gefordert wurde (§ 872), war bei den übrigen Rechten die Aufhebung von ihrer Löschung im Grundbuch abhängig gemacht. Weiteres Erfordernis war für alle Rechte, mit Ausnahme der Hypothek und Grundschuld (vgl. Anm. zu § 1183 BGB.), die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, die bei dem Erbbaurechte vor dem Grundbuchamte, bei dem Vorkaufsrechte, den Dienstbarkeiten und den Reallasten gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden sollte. Behufs Erleichterung des Verkehrs wurde von der Hineinziehung des Eigentümers, dessen Recht entlastet wird, abgesehen. Die vor oder gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Verzichterklärung sollte unwiderruflich sein. (Vgl. Mot. III S. 461.)

Bei der 2. Lesung wurden die für die einzelnen Rechte an Grundstücken getroffenen Vorschriften in die allgemeine Bestimmung des § 875 BGB. zusammengefaßt und dieser auch die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts unterworfen, wodurch das Erbbaurecht seiner Besonderheit, daß die Aufhebungserklärung vor dem Grundbuchamt abgegeben werden müsse, entkleidet ist. Mit dem Entw. I wurde der einseitige Verzicht des Berechtigten mit hinzutretender Löschung für genügend erachtet, jedoch als Form des Verzichts neben der Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte seine Erklärung gegenüber demjenigen, in dessen Interesse verzichtet wird (dem Eigentümer, dem nach-

stehenden Berechtigten), zugelassen und die Unwiderruflichkeit der Erklärung daran geknüpft, daß sie entweder gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben oder in einer der GBO. entsprechenden Form demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, ausgehändigt und dieser damit in den Stand gesetzt wird, die Löschung ohne Mitwirkung des Verzichtenden herbeizuführen. (Prot. III S. 69, Bd VI S. 232 V.)

3. Der § 875 BGB. findet Anwendung auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts (§§ 1012 ff.), der Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff.), des Nießbrauchs an einem Grundstücke (§ 1062), der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff.), des Vorkaufsrechts (§§ 1094 ff.), der Reallast (§§ 1105 ff.).

Anderen Vorschriften unterliegen: der Ausschluß des Eigentümers eines Grundstücks mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens (BGB. § 927), das Erlöschen der Rechte an dem Grundstück infolge der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG. §§ 52, 91, 158), infolge der sich nach den Landesgesetzen richtenden Zwangsenteignung des Grundstücks (PG. v. 11. Juni 1874 § 45; EG. z. BGB. Art. 109) und der agrarrechtlichen Prozeduren (EG. z. BGB. Art. 113), das Erlöschen des unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins bestellten Rechtes mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermins (BGB. § 158 Abs. 2, § 163), das Erlöschen der Grunddienstbarkeit durch Verjährung (§ 1028), das Erlöschen des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit dem Tode des Berechtigten oder dem Erlöschen der berechtigten juristischen Person (§§ 1061, 1090 Abs. 2), das Erlöschen des Vorkaufsrechts und der Reallasten durch Ausschluß des unbekannten Berechtigten im Aufgebotsverfahren (§§ 1104, 1112). Eine Vorschrift, daß mit dem Untergange des Grundstücks auch die Rechte an ihm erlöschen, ist für entbehrlich erachtet. Verschwindet das Grundstück selbst von der Oberfläche durch die Gewalt des Wassers, durch Erdbeben oder Bergrutsch, so erledigen sich die Rechte daran von selbst, ob das Gesetz es ausspricht oder nicht. Schweigt das Gesetz, so ergibt sich zugleich der Vorteil, daß auch der Fall, wenn das verschwundene Grundstück wieder erscheint, nicht geregelt zu werden braucht. In einer Vernichtung der auf dem Grundstück errichteten Gebäude liegt nur eine tatsächliche Veränderung des Gegenstandes, die den Bestand der Rechte am Grundstück in der Regel nicht berührt. (Vgl. Mot. III S. 716.) Beim Erbbaurechte, wo dies zweifelhaft sein kann, ist besonders vorgeschrieben, daß der Untergang des Bauwerks das Erlöschen des Erbbaurechts nicht zur Folge hat (§ 1016). Dagegen erlischt mit der Beseitigung des Überbaues oder des Notwegs das Recht auf die Überbau- oder Notwegrente (§ 914 Abs. 1 Satz 2. § 917 Abs. 2).

In einem Falle unterliegt die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines Rechtes am Grundstücke nicht der Vorschrift des § 875: für den Verzicht des Eigentümers auf sein Eigentum an dem Grundstück ist im § 928 eine besondere Bestimmung gegeben. Der Verzicht auf die Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld gehört überhaupt nicht hierher, da er nicht die Aufhebung des Rechtes, sondern dessen Übergang auf den Eigentümer bewirkt (§ 1168); nur bei der Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld hat der Verzicht des Gläubigers auf sein Recht an einem der belasteten Grundstücke das Erlöschen an diesem zur Folge (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Vgl. im übrigen Vorbem. III 3 Abs. 2 zu § 1113.

Inwiefern auf die Aufhebung der Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld der § 875 Anwendung findet, wird zu § 1183 dargelegt werden.

4. Nach der Regel des § 875 müssen zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke die Verzichterklärung des Berechtigten und die Löschung des Rechtes im Grundbuche (GBO. § 47) zusammentreffen. So wenig der Verzicht ohne Löschung, bewirkt die Löschung ohne Verzicht die Aufhebung. Das ohne Verzicht zu Unrecht gelöschte Recht bleibt als dingliches bestehen, es kann nach § 894 wieder eingetragen werden und erlischt erst durch Verjährung nach § 901 BGB. Aber die unrechtmäßige Löschung begründet die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes (§ 891 Abs. 2). Daher tritt das wieder eingetragene Recht hinter die nach der Löschung entstandenen dinglichen Rechte gutgläubiger Dritter zurück.

Die Verzichterklärung hat für die Aufhebung der Rechte dieselbe Bedeutung wie die Einigung für deren Erwerbung (§ 873 Abs. 1). Sie unterscheidet sich von der in der Einigung enthaltenen Veräußerungserklärung nur dadurch, daß ihre Wirksamkeit von einer Annahme nicht abhängig ist. (Mot. III S. 200.) Sie gehört zu den empfangsbedürftigen Willenserklärungen des § 130 BGB.

Die Verzichterklärung ist *wirksam*, wenn sie dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abgegeben wird, zu dessen Gunsten sie erfolgt, mag dieser der Eigentümer oder ein Miteigentümer, ein dem Verzichtenden nachstehender Berechtigter oder ein anderer sein, dem sie zum Vorteile gereicht. In welcher Form der Verzicht erklärt wird, ist für seine Wirksamkeit von keiner Bedeutung: aber dem Grundbuchamte muß er in der Form des § 29 GBO. vorgelegt werden. Erfolgt die Löschung des Rechtes ordnungswidrig auf einen formlosen Verzicht, z. B. auf einen privatschriftlich dem Grundbuchamte gegenüber oder einen mündlich oder privatschriftlich dem anderen Teile gegenüber erklärten Verzicht, so ist das Recht wirksam aufgehoben; die Löschung erfolgt nicht mit Unrecht, da beiden Voraussetzungen des § 875 Abs. 1 entsprochen ist. Der Verzicht wird erst in dem Zeitpunkte wirksam, in dem er dem Grundbuchamt oder demjenigen, zu dessen Gunsten er erfolgt, zugeht. Auf seine Wirksamkeit ist es ohne Einfluß, wenn der Verzichtende nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. (BGB. §§ 130—132; vgl. Anm. II 4 S. 98.) Ob der Verzicht vor oder nach der Löschung erklärt wird, ist unerheblich. Bis zur Löschung kann der Verzichtende seine Erklärung widerrufen. *Unwiderruflich wird die Verzichterklärung vor* der Löschung erst dadurch, daß sie für den Verzichtenden *bindend* wird. Dazu fordert der Abs. 2 des § 875, daß sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder daß demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine dem § 29 GBO. entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt wird, wodurch dieser in den Stand kommt, die Löschung ohne Mitwirkung des Verzichtenden herbeizuführen. Der Verzicht muß entweder *vor* dem Grundbuchrichter zu Protokoll erklärt oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde bei dem Grundbuchamt eingereicht werden (vgl. Anm. 3 b, c S. 110 f. und KG. Rsp. 6 S. 210, JW 25 S. A 277); es genügt nicht, daß er dem Grundbuchamt in einer Privatschrift eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wird. Wird der Verzicht *nach* erfolgter Löschung erklärt, dann ist er sofort unwiderruflich.

Tritt zu der Gebundenheit des Verzichtenden noch der Antrag auf Löschung beim Grundbuchamte, so wird die Verzichterklärung nicht dadurch unwirksam, daß der Verzichtende in der Verfügung beschränkt wird (§ 878). Für den Fall, daß der Verzicht von der Zustimmung eines Dritten abhängig ist, gilt das S. 110 f. Ausgeführte.

Die Verzichterklärung wird durch die rechtskräftige Verurteilung des Verpflichteten zu ihrer Abgabe nach §§ 894, 895 ZPO. ersetzt (vgl. S. 124, 137). Über eine Verpflichtung zum Verzichte vgl. § 1169 BGB.

Vor der Löschung hat auch die bindende Verzichterklärung Dritten gegenüber keine Wirksamkeit; sie bewirkt keine dem § 892 unterfallende Verfügungsbeschränkung des Gläubigers (so Biermann SR. S. 51 Nr. 1 a, Planck 3 S. 93 Nr. 2, Kober S. 60 Nr. 2; a. M. Fuchs 1 S. 77 Nr. 5). Erst der beim Grundbuchamte gestellte Löschungsantrag sichert gegen widersprechende Verfügungen des Verzichtenden (GBO. § 17), z. B. gegen seinen Umschreibungsantrag. Vorher bedarf es zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Rechtes der Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883 ff. Vgl. auch Anm. 1 zu § 893 BGB.

Auf Grund des obligatorischen Rechtsgeschäfts, auf dem der Verzicht beruht, findet eine Anfechtung der Löschung nicht statt. Dazu berechtigt nur die Nichtigkeit oder die Anfechtung der Verzichterklärung (vgl. Anm. III 7 S. 113 ff.).

5. Bei der Hypothek, Grund- und Rentenschuld ist zwischen dem *Aufgeben* und der *Aufhebung* des Rechtes durch Rechtsgeschäft zu unterscheiden. Gibt der Gläubiger die Hypothek ꝛc. auf, verzichtet er auf sie, so wird dadurch die Lage des Eigentümers nicht verschlechtert, sondern verbessert; denn der Eigentümer erwirbt die Hypothek ꝛc. (§§ 1168,

1192, 1199). Da die Aufhebung der Hypothek ꝛc. nur zur Löschung führen kann, der Eigentümer dadurch also sein Recht auf den Erwerb der Hypothek einbüßt, so muß hier den Erfordernissen des § 875 die Zustimmung des Eigentümers hinzutreten (§§ 1183, 1192, 1199). Über die Löschung vgl. Bd II § 27 GBO. mit Anm. Der Verzicht auf die Hypothek für die Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten bedarf der Zustimmung des Eigentümers nicht, da die Hypothek für diese Leistungen vom Eigentümer nicht erworben wird, sondern erlischt (§ 1178).

6. Die für das dingliche Rechtsgeschäft im § 875 gegebenen Formvorschriften gelten nicht auch für das obligatorische Kausalgeschäft, wodurch sich der Berechtigte zum Aufgeben oder zur Aufhebung seines Rechtes verpflichtet. Das Kausalgeschäft ist, abgesehen von gewissen Ausnahmen formfrei (S. 101). Aus diesem erwächst für den Berechtigten nicht nur die Verpflichtung, es durch die zur Löschung des Rechtes erforderliche Erklärung in der Form des § 29 GBO. zu erfüllen, sondern es kann auch der klageweisen Geltendmachung des den Gegenstand jener Verpflichtung bildenden Rechtes einredeweise widersprochen werden. (RG. Gruch. 48 S. 350.)

7. Entsprechende Anwendung findet der § 875 im Falle des § 1132, der Abs. 2 des § 875 in den Fällen der §§ 1168 Abs. 2 und 1180 Abs. 2.

8. Über die Befreiung eines Grundstücks von den Belastungen auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses vgl. Art. 120 EG. z. BGB. und für Preußen Art. 19 AG. z. BGB. und Art. 20 AG. z. GBO. sowie Anm. B IV zu § 1120.

9. „Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Blatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen, so gilt es in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht (GBO. § 47 Abs. 2), aber nicht als aufgehoben, falls die Nichtmitübertragung zu Unrecht erfolgt ist (vgl. Anm. zu § 47 GBO.).

§ 876.

Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes die Zustimmung des Dritten erforderlich. Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

I. Eine dem § 876 BGB. entsprechende allgemeine Bestimmung hatte der Entw. I nicht. Im § 960 Abs. 2 und im § 965 Abs. 2 das. waren im wesentlichen mit dem § 876 BGB. übereinstimmende Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Löschung des mit dem Rechte eines Dritten belasteten, dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehenden Vorkaufsrechts und des ebenso belasteten nicht subjektiv-dinglichen Erbbaurechts vorgeschlagen, und diese Vorschriften waren für entsprechend anwendbar erklärt auf die Grundgerechtigkeit, den Nießbrauch, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und die Reallast (§§ 977 Abs. 2, 1015, 1048, 1061 Abs. 2). Dementsprechend waren in den Motiven (III 463, 474) nur der § 960 Abs. 2 und der § 965 Abs. 2 besonders gerechtfertigt, und bei den übrigen Bestimmungen war hierauf verwiesen (III S. 489, 531, 568, 593). Bei der 2. Lesung wurden die im Entw. I für einzelne Rechte getroffenen Vorschriften in der allgemeinen Bestimmung des § 876 BGB. zusammengefaßt. Im übrigen ist aus den Materialien folgendes mitzuteilen.

1. In den Motiven (III S. 463 Nr. 3) wird davon ausgegangen, daß der Berechtigte nicht in der Lage sei, die vollständige Aufhebung seines Rechtes herbeizuführen, wenn das Recht zugunsten eines Dritten belastet sei. Es wird nicht verkannt, daß eine solche Belastung den Berechtigten an der Verfügung über sein Recht, an dessen Übertragung, weiteren Belastung und Aufhebung nicht hindere, wenn nur das belastete Recht in seinem Bestande nicht davon berührt werde, und daß deshalb auch einer Löschung des belasteten

Rechtes mit Vorbehalt des belastenden Rechtes nichts entgegenstehe. Es wird jedoch vorgezogen, durch positive Vorschrift überall die Einwilligung des dritten Berechtigten zur Wirksamkeit der Aufhebung zu verlangen, weil durch den Vorbehalt im Löschungsvermerk und den dadurch gesicherten relativen Fortbestand des aufgehobenen Rechtes sich Unzuträglichkeiten, Unsicherheit und Verwickelungen ergeben würden. — Hieran wurde bei der 2. Lesung festgehalten. Dagegen meinte man, folgender in den Motiven vertretenen Auffassung entgegentreten zu müssen: „Damit" (daß die Einwilligung des dritten Berechtigten zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung verlangt wird) „wird, wenn dem Erfordernisse nicht genügt ist, der Erklärung die Kraft abgesprochen, die beabsichtigte rechtliche Wirkung herbeizuführen, und zwar wird ihr auch nicht die Wirkung einer dinglichen Bindung beigelegt, kraft deren, ohne jedes Widerrufsrecht des Erklärenden, mit Hebung des Mangels die beabsichtigte rechtliche Wirkung nunmehr einträte." Man meinte, die Verzichterklärung dessen, dem das belastete Recht zustehe, sei auch ohne die Zustimmung des dritten Berechtigten für den Verzichtenden bindend und unwiderruflich dergestalt, daß, wenn hinterher jene Zustimmung und die Löschung des belasteten Rechtes hinzukommen, die vorbehaltlose Aufhebung des belasteten Rechtes eintrete. Es wurde noch bemerkt, daß die Unwiderruflichkeit der Zustimmung § 876 Satz 3 eine ganz andere Bedeutung habe, als die der Erklärung § 875 Abs. 2. Die Unwiderruflichkeit der letzteren bedeute, daß die dingliche Gebundenheit des Erklärenden eintrete, nicht aber auch die Aufhebung des belasteten Rechtes; dagegen habe die Zustimmung die unmittelbare Wirkung, daß das belastende Recht die Kraft verliere, die Aufhebung des belasteten Rechtes zu hindern, ohne daß es der Löschung bedürfe. Nur mit dieser Abschwächung könne das belastende Recht noch auf einen dritten Erwerber übergehen, soweit nicht der § 892 BGB. Platz greife. (Prot. III S. 69 III.)

2. In den Motiven (III S. 464 Nr. 4) wird bemerkt, daß die Einwilligung des dritten Berechtigten in ihrer Natur der Verzichterklärung des Berechtigten insofern ähnlich sei, als es sich bei beiden Erklärungen um die Aufhebung eines belasteten Rechtes handle; daß das Recht, welches das aufzuhebende Recht belaste, seinerseits wieder belastet, z. B. der Nießbrauch an einer Reallast verpfändet und daß deshalb die Einwilligung des weiteren Berechtigten erforderlich sei. Es wird ausgeführt, daß zur Wirksamkeit der Einwilligung in allen Fällen die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber demjenigen, der auf sein belastetes Recht verzichte, erfordert werde und genüge, und daß die Einwilligung ein selbständiges Rechtsgeschäft, nicht eine Einwilligung im Sinne des § 127 Entw. I (BGB. §§ 182 f.), sei. — Bei der 2. Lesung wurde der Schlußsatz des § 797 Entw. II so gefaßt, wie er im § 876 BGB. lautet (Prot. VI S. 221 VIII).

3. Das aufzuhebende Recht am Grundstücke kann, wenn es ein veräußerliches Recht ist, unmittelbar belastet sein, entweder nach den Vorschriften über die Belastung von Grundstücken, wenn das aufzuhebende Recht Grundstücksqualität hat, oder nach den Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht. Bei subjektiv-dinglichen Rechten ist nur eine mittelbare Belastung möglich, welche das verbundene Recht als Bestandteil des Grundstücks ergreift. (Mot. III S. 464 Nr. 5.)

4. Im Falle der mittelbaren Belastung, also bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung von subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechten, Grunddienstbarkeiten und Reallasten bleibt die Möglichkeit, daß das Grundstück mit Rechten, insbesondere Gebrauchsrechten belastet ist, für deren Verwirklichung der Fortbestand des aufzuhebenden Rechtes ohne jede Bedeutung ist. In solchen Fällen werden die aufzuhebenden Rechte in Wirklichkeit von der mittelbaren Belastung überall nicht betroffen. Pfandrechte treffen immer alle subjektiv-dinglichen Rechte als Bestandteile des Grundstücks. Der Nießbrauch trifft nicht das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht, weil dieses seinem Inhalte nach weder zu Nutzungen noch zu einem nutzbaren Surrogate führt. Soweit die Verwirklichung des belastenden Rechtes durch die Aufhebung nicht berührt wird, was unschwer vom Grundbuchamte festzustellen ist, soll die Einwilligung des dritten Berechtigten nicht erfordert werden. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des dritten Berechtigten, die für den Fall der Umwandlung seines Rechtes in einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse sich ergeben könnte, kommt hier ebensowenig wie in dem Falle des § 975 Satz 2 (BGB. § 1026) in Betracht. Zu einer weiteren Erleichterung führt der Vorbehalt zugunsten der Landesgesetze, die ein behördliches Unschädlichkeitsattest die fehlende Einwilligung ersetzen lassen. (Vgl. Anm. II 7 S. 149.) (Mot. III S. 464 Nr. 6.)

II. 1. Ist das aufzuhebende Recht am Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet, so muß das darin der Aufhebung entgegenstehende Hindernis durch die Zustimmung des Dritten beseitigt werden, bevor die Aufhebung erfolgen kann. Es bedarf dann neben der Aufhebungserklärung des Berechtigten und der Löschung (§ 875) noch der Zustimmung

des Dritten (§ 876). Die Auffassung, daß die Aufhebung mit Vorbehalt des Rechtes des Dritten erfolgen dürfe, ist abgewiesen (vgl. Anm. I 1).

2. Wenn auch die Zustimmung des Dritten inbezug auf die Aufhebung erfolgt, ist sie doch ein selbständiges Rechtsgeschäft, welches nicht die bereits erklärte Aufhebung zur Voraussetzung hat. Anderseits ist es für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung nicht von Bedeutung, ob die Zustimmung des Dritten gleichzeitig mit ihr gegeben wird oder ob sie ihr vorhergeht oder nachfolgt; sie kann auch noch nach der Löschung erteilt werden und macht dann die bisher ungerechtfertigte Löschung zu einer gerechtfertigten. Die Aufhebungserklärung kommt nicht erst zu Kräften durch die Erteilung der Zustimmung des Dritten (vgl. § 185 BGB.); ist sie nach § 875 Abs. 2 bindend erfolgt, so ist und bleibt sie unwiderruflich, mag auch die Zustimmung ausbleiben, es sei denn, daß die Aufhebung unter der Bedingung der nachfolgenden Zustimmung des Dritten erklärt ist. Ob die Selbständigkeit der Erklärung des Dritten so weit geht, daß die Erklärung auch ohne Rücksicht auf die Aufhebung des Rechtes zur alleinigen Aufhebung des Rechtes des Dritten verwertet werden kann, hängt von ihrem Inhalt ab. Ist sie in die Form eingekleidet, daß der Dritte die Löschung seines Rechtes unbedingt bewilligt hat, so kann sie auch zur Löschung dieses belastenden Rechtes dienen, wenn die Aufhebung des Rechtes am Grundstücke nicht gleichzeitig erfolgt. Ist sie dagegen nur zum Zwecke der Aufhebung des Rechtes am Grundstück erteilt, so kann sie auch nur zu diesem Zwecke verwendet werden und ist für sich allein bedeutungslos.

3. Die Zustimmung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, untersteht daher den Regeln der §§ 104—144, 158—181, 184, 185 BGB. Wird sie dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber erklärt, zu dessen Gunsten sie gereicht (z. B. gegenüber dem Eigentümer oder einem Miteigentümer, dem Berechtigten, einem nachstehenden Berechtigten, demjenigen, der nach der Aufhebung des Rechtes ein Recht am Grundstück erwerben will), so ist sie unwiderruflich, und zwar, abweichend vom § 183, auch dann, wenn sie vor der Aufhebungserklärung erteilt wird, und, abweichend vom § 875 Abs. 2, auch dann, wenn sie nicht in einer den Vorschriften der GBO. entsprechenden Form erklärt und die Urkunde nicht dem Begünstigten ausgehändigt ist. Hieraus ergibt sich, daß die dem Begünstigten gegenüber erklärte Zustimmung auch dann definitiv bindend ist, wenn sie formlos erteilt wird. Der Grundbuchrichter soll aber nicht eintragen, wenn die Zustimmung nicht vor dem Grundbuchamte zu Protokoll erklärt oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Die erst nach der Löschung erteilte Zustimmung wirkt auf den Zeitpunkt der Löschung zurück (BGB. § 184). Mit ihr wird also das Grundbuch richtig. Die Zustimmung ist ein abstrakt dingliches Rechtsgeschäft (vgl. Planck 3 S. 95 Nr. 2). Aus einem solchen kann nach der herrschenden Meinung nicht auf Erfüllung, auch nicht auf Erfüllung der nach den Ordnungsvorschriften der GBO. erforderlichen Form geklagt werden (vgl. Anm. 1 S. 104). Danach würde dann der Begünstigte außerstande sein, die Eintragung zu erlangen, wenn der Zustimmende sich weigert, die nach § 29 Satz 1 GBO. erforderliche Form zu erfüllen. Dem Begünstigten muß jedoch eine Klage auf Anerkennung der Rechtstatsache, daß die Zustimmung erteilt ist, zugestanden werden. Das obsiegliche Urteil ersetzt dann die nach § 29 Satz 1 GBO. erforderliche Form. — Aus dem formlosen obligatorischen Versprechen, die Zustimmung zu erteilen, kann auf Erteilung geklagt werden und das obsiegliche rechtskräftige Urteil ersetzt dann auch die Form des § 29 Satz 1 GBO. (ZPO. § 894).

Der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Dritten, wenn sie nach der unwiderruflich erklärten Zustimmung eintritt, beeinträchtigt die Wirksamkeit der Zustimmungserklärung nicht (BGB. § 130 Abs. 2). Die Frage, ob auch der § 878 auf die Zustimmungserklärung des § 876 Anwendung finde, obwohl in ihm der § 876 nicht erwähnt ist, kann nicht aufgeworfen werden. Das Rechtsgeschäft der Zustimmung ist mit der unwiderruflichen Erklärung abgeschlossen und wird von einer nachher eintretenden Verfügungsbeschränkung des zustimmen-

den Dritten in seiner Wirksamkeit nicht mehr berührt, mögen auch die Voraussetzungen des § 878 nicht vorliegen. Die von dem Dritten vor der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen unwiderruflich erklärte Zustimmung muß daher auch der Konkursverwalter gelten lassen. (RG. E. 52 S. 411; vgl. Anm. I 1 a. E. S. 146.) Vgl. auch § 1072 in Verb. mit § 1064, § 1273 in Verb. mit § 1255.

4. Die Zustimmung wirkt eine außerhalb des Grundbuchs zustande kommende dingliche Rechtsänderung. Daher wirkt sie auch Dritten gegenüber, falls ihnen nicht der Schutz des § 892 Abs. 1 Satz 1 zur Seite steht (Prot. III S. 73, Planck Nr. 4, Biermann Nr. 1 c zu § 876, Kober S. 62 Nr. III, Oberneck 1 S. 268). Derjenige, zu dessen Gunsten die Zustimmung erkärt ist, kann seinen Anspruch gegen ihm nachteilige Verfügungen gutgläubiger Dritter durch Eintragung eines Widerspruchs schützen.

5. Das Recht des Dritten belastet das Recht am Grundstück entweder unmittelbar oder mittelbar. Unmittelbar nach den Vorschriften über die Belastung von Grundstücken beim Erbbaurechte (§ 1017), nach den Vorschriften über Nießbrauch und Pfandrecht bei anderen Rechten (§§ 1068 ff., 1273 ff.); mittelbar nur bei subjektiv-dinglichen Rechten. Steht das belastende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zu, so wird dadurch der Wert des berechtigten Grundstücks und die Sicherheit der auf diesem haftenden Rechte erhöht. Ohne Zustimmung der an diesem Grundstücke Berechtigten darf daher durch Aufhebung des ihnen als Bestandteil (§ 96) mithaftenden Rechtes ihre Sicherheit nicht geschmälert werden. Steht z. B. dem berechtigten Grundstück eine Grundgerechtigkeit zu, so kann diese nicht ohne Zustimmung aller auf dem berechtigten Grundstück eingetragenen Hypotheken- ꝛc. Gläubiger und anderen Berechtigten aufgehoben werden. Es kann auch vorkommen, daß das Recht, welches das aufzuhebende Recht belastet, wieder belastet ist, z. B. daß der Nießbrauch an einer Reallast verpfändet ist. Da bedarf es zur Aufhebung der Reallast neben der Erklärung des zur Reallast Berechtigten der Zustimmung des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers, die auch dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären sind, zu dessen Gunsten sie erfolgen (vgl. § 1071 Abs. 1 Satz 2, § 1276 Abs. 1 Satz 3). Nur bei der mittelbaren Belastung ist es möglich, daß das Recht des Dritten von der Aufhebung des subjektiv-dinglichen Rechtes nicht berührt wird. Daher wird auch im Satz 2 des § 876 von der Zustimmung des Dritten nur bei der Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechtes abgesehen. Ob das Grundbuchamt so leicht, wie die Motive (vgl. Anm. 1 Nr. 4) annehmen, feststellen kann, daß das Recht des Dritten durch die Aufhebung des subjektiv-dinglichen Rechtes nicht berührt wird, bleibt abzuwarten. Selbst bei dem in den Motiven gewählten Beispiele des Nießbrauchs an einem zu einem Vorkaufe berechtigten Grundstücke sind Zweifel nicht ausgeschlossen. Es wird jedoch mit der Denkschr. S. 119 und mit der herrschenden Meinung anzunehmen sein, daß es der Zustimmung des Nießbrauchers in diesem Falle nicht bedarf.

6. Zur Löschung eines mit dem Rechte eines Dritten belasteten Rechtes an einem Grundstücke bedarf es neben der Löschungsbewilligung des Berechtigten auch der formgerechten Zustimmung des Dritten (GBO. § 19). Ob Löschungsbewilligung und Zustimmung in einer oder mehreren Urkunden enthalten sind, ist unerheblich. Steht die Löschung eines subjektiv-dinglichen Rechtes (§ 876 Satz 2) in Frage, so bedarf es der Zustimmung derjenigen, mit deren Rechte das berechtigte Grundstück belastet ist, nur dann, wenn das aufzuhebende Recht auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks nach § 8 GBO. vermerkt ist (GBO. § 21). Hierdurch wird jedoch nicht nur das Verfahren erleichtert, sondern auch das materielle Recht wird dadurch berührt. Auch wenn die Zustimmung des Dritten fehlt, erlischt das belastete Recht schon durch die Löschung, nicht erst durch die Dazwischenkunft redlichen Erwerbs (vgl. Bd II Anm. 1 zu § 21 GBO., Predari S. 407). Ist das zu löschende Recht auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt, so muß untersucht werden, ob das Recht des Dritten von der Aufhebung des subjektiv-dinglichen Rechtes berührt wird oder nicht. Im Verneinungsfalle ist die Löschung ohne Zustimmung des Dritten zu bewirken.

Digitized by Google

Ist im Falle des § 876 Satz 1 das zu löschende Recht eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, so bedarf es zu seiner Löschung und zu der damit verbundenen Löschung des Rechtes des Dritten auch der formgerechten Zustimmung nicht nur des Eigentümers des Grundstücks, sondern auch des Hypotheken- ꝛc. Gläubigers (GBO. § 27 Abs. 2). Jedoch bedarf es der Zustimmung des letzteren nicht, wenn die Löschung zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Nachweises beantragt wird, daß das Grundbuch unrichtig geworden, z. B. das Pfandrecht durch Verzicht des Pfandgläubigers erloschen ist (GBO. § 27 Abs. 2 Satz 2). Ist das Recht des Dritten. zu Unrecht gelöscht und infolge dessen auch das mit ihm belastete Recht gelöscht, so kann der Dritte die Wiedereintragung des belasteten Rechtes mit seinem belastenden Rechte nach § 894 BGB. verlangen.

Zum Löschungsantrage berechtigt sind diejenigen, deren Recht von der Löschung betroffen wird, nämlich der Eigentümer, der Berechtigte und der Dritte, ferner jeder andere, zu dessen Gunsten die Löschung erfolgen soll (GBO. § 13 Abs. 2). Der Antrag, dem alle zur Löschung erforderlichen Bewilligungen beiliegen, kann privatschriftlich beim Grundbuchamte gestellt werden (GBO. § 30).

7. Der Zustimmung des dritten Berechtigten zur Löschung bedarf es dann nicht, wenn nach landesgesetzlicher Vorschrift im Falle des § 876 Satz 2 BGB. die Zustimmung derjenigen, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist, unter der Voraussetzung nicht erforderlich ist, daß von der zuständigen Behörde die Unschädlichkeit der Aufhebung für die Berechtigten festgestellt wird (EG. z. BGB. Art 120 Abs. 2 Nr. 2). Besondere Vorschriften für die Fälle des § 876 Satz 2 BGB. sind für Preußen nicht gegeben. Der Art. 19 PAG z. BGB. und der Art. 20 PAG. z. GBO. sind auf Grund des Vorbehalts im Abs. 1 des Art. 120 EG. z. BGB. erlassen.

8. Die Vorschriften des § 876 finden entsprechende Anwendung in den Fällen der §§ 877, 880, 1109 Abs. 2, 1116, 1132 Abs. 2, 1172 Abs. 2, 1168 Abs. 2, 1180, die Vorschrift des Satzes 3 des § 876 in den Fällen der §§ 1071 und 1276. Vgl. auch § 1255 Abs. 2, der nach § 1273 auch für das Pfandrecht an Rechten gilt.

§ 877.

Die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 finden auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück Anwendung.

I. Der Entw. I hatte eine allgemeine dem § 877 BGB. entsprechende Bestimmung nicht, weil die Änderung des Inhalts von Rechten an Grundstücken nichts anderes als teilweise Aufhebung und Begründung sei (Mot. III S. 465 Nr. 7). Die Bestimmungen über Begründung und Aufhebung sollten daher auf die Änderung der Rangordnung und die Umwandlung der Hypotheken und Grundschulden zur entsprechenden Anwendung gelangen (Entw. I §§ 841, 1134, 1144; Mot. III S. 230, 779, 795). Bei der 2. Lesung wurde dies für die Änderung der Rangordnung im § 880 BGB. beibehalten, die Anwendung der §§ 873, 874, 876, 878 auf die Umwandlung der Hypothek, der Grund- und Rentenschuld für selbstverständlich erachtet und deshalb die Bezugnahme auf jene Vorschriften in den §§ 1186, 1198, 1203 weggelassen. Man hielt jedoch eine die nachträgliche Änderung des Inhalts aller dinglichen Rechte umfassende Bestimmung für geboten, weil sonst eine Lücke entstehen würde. Die Umwandlung der Hypotheken, der Grund- und Rentenschulden seien nämlich nicht die einzig möglichen Änderungen des Inhalts, vielmehr könnten alle dinglichen Rechte an fremden Grundstücken nachträglich modifiziert werden, wenn sich nur die Modifikation innerhalb der für solche Rechte verordneten gesetzlichen Schranken halte. So könne z. B. der Inhalt einer Grunddienstbarkeit, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, einer Reallast unbedenklich geändert werden. Daß auf die Änderung des Inhalts die Vorschriften der §§ 873, 874, 876, 878 BGB. zur Anwendung kommen müßten, könne nicht zweifelhaft erscheinen. (Prot. III S. 693, Bd IV S. 586 IX.)

II. 1. Der § 877 betrifft nur die Änderungen eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück, also nicht das Eigentum und die Änderungen des Rechtes an einem Rechte am Grundstücke. Für den Nießbrauch ist im § 1071 Abs. 2, für das Pfandrecht im § 1276 Abs. 2 besonders gesorgt. Der § 877 bezieht sich auch nur auf die rechts-

geschäftlichen, nicht auf die kraft Gesetzes eintretenden Änderungen des Inhalts (vgl. §§ 1025, 1026, 1177),

2. Eine Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke liegt nicht nur dann vor, wenn an die Stelle einer Art der Grundstücksbelastung eine ganz andere Art der Belastung (z. B. an die Stelle einer Hypothek eine Grundschuld) gesetzt wird, sondern auch schon dann, wenn innerhalb derselben Art der Belastung eine Veränderung in der Berechtigung stattfindet. Sobald das Recht in einer Weise geändert wird, daß eine teilweise Aufhebung oder eine teilweise Neubegründung oder neben einer teilweisen Aufhebung eine teilweise Neubegründung in Ansehung des Rechtes erfolgt, liegt eine Änderung des Rechtsinhalts vor (vgl. Nr. 1). Das trifft namentlich auch zu, wenn unter Aufhebung der Ausschließung des Briefes eine Briefhypothek begründet werden soll. Die Änderung im Inhalte des Rechtes liegt dabei in der Veränderung der Verkehrsform und damit der Verkehrsfähigkeit des Rechtes. (RG. RJA. 2 S. 36; vgl. Planck 3 S. 97 Nr. 2 Abs. 3.)

3. Zur Änderung, gleichviel ob sie eine Erweiterung oder eine Einschränkung des Rechtes bedeutet (RG. JW. 1904 S. 282 Nr. 1), bedarf es der Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über den Eintritt der Änderung und der Eintragung der Änderung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1). Ist das Recht, dessen Inhalt geändert wird, mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich (§ 876). Der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nur in den Fällen der §§ 1119, 1186, 1189, 1203 nicht. Sind die Einigungserklärungen des Eigentümers und des Gläubigers bindend geworden (§ 873 Abs. 2) und ist der Antrag auf Eintragung der Änderung beim Grundbuchamte gestellt, so wird die Erklärung des Eigentümers oder des Gläubigers nicht dadurch unwirksam, daß der Eigentümer oder der Gläubiger in der Verfügung beschränkt wird (§ 878). Für die Anwendung des § 874 wird sich hier mit Rücksicht auf § 1145 kaum Gelegenheit finden. Zur Eintragung der Änderung des Inhalts in das Grundbuch bedarf es nur der Bewilligung des davon Betroffenen, nicht auch der Bewilligung des dadurch Begünstigten (GBO. § 19). Antragsberechtigt ist jeder von beiden (GBO. § 13 Abs. 2).

Für die Änderung des Rangverhältnisses sind in den §§ 880, 1151, für die Einschränkung der Reallast auf einen Teil des belasteten Grundstücks im § 1109 Abs. 2, für die Änderung der Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, im § 1180, für die Verteilung des Betrags der Forderung, für die eine Gesamthypothek haftet, auf die einzelnen Grundstücke durch den Gläubiger im § 1132 Abs. 2 besondere Bestimmungen gegeben, so daß § 877 nur subsidiäre Geltung hat.

4. Über die Änderungen, die bei der Teilung des Grundstücks, dessen jeweiligem Eigentümer eine Reallast oder eine Grunddienstbarkeit zusteht, eintreten, vgl. die §§ 1025 und 1109. Die Verlegung einer Grunddienstbarkeit von einem Teile des belasteten Grundstücks auf einen anderen betrifft nicht den Inhalt, sondern die Ausübung des Rechtes (§ 1023 BGB.), es ist daher die Zustimmung der übrigen Realgläubiger des Grundstücks nicht erforderlich (Fuchs Anm. 6 zu § 877, Oberneck 1 S. 548; a. M. Dernburg SR. § 44 Nr. IV und Biermann SR. S. 53).

5. Vgl. auch die Übersicht in Nr. III 2 der Vorbemerkungen zu § 1113 BGB. und die Übergangsbestimmung im Art 189 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB.

§ 878.

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist.

I. 1. Die Frage, welche Wirkung der Verfügungsbeschränkung dessen, der eine Eintragung im Grundbuche bewilligt hat, beizumessen ist, wenn sie erst eintritt, nachdem die

Eintragung bei dem Grundbuchamte beantragt worden, hat eine ausdrückliche Lösung in den bisherigen Gesetzen nicht gefunden. In Preußen wurde unter der Herrschaft des ALR. und der Grundbuchgesetze v. 1872 früher angenommen, daß die Hypothek mit dem Zeitpunkte der Vorlegung des begründeten Eintragungsgesuchs bei der Hypothekenbehörde für erworben zu erachten sei dergestalt, daß, wenn nach diesem Zeitpunkte der Eigentümer in Konkurs verfalle, hierdurch die Eintragung der Hypothek und folglich auch die Erwerbung des Hypothekenrechts nicht gehindert werde (OTrib. E. 47 S. 178, Bd. 58 S. 196, Bd. 76 S. 103, Bd. 78 S. 299; RG. II HS. E. 4 S. 324). Das RG. hat dagegen ausgesprochen, daß die Hypothek erst mit ihrer Eintragung zur Entstehung gelange, daß die Entstehung nicht auf den Zeitpunkt der Vorlegung des Eintragungsgesuchs zurückbezogen werden könne und daß deshalb eine vor der Konkurseröffnung zur Eintragung gehörig angemeldete Hypothek in ihrer Wirkung nicht wie eine vor der Konkurseröffnung durch Eintragung erlangte Hypothek zu behandeln sei (E. 28 S. 282).

2. Bei Beratung des BGB. bestand darüber kein Zweifel, daß die Beteiligten gegen die mit dem Eintragungsprinzip und dem sich daraus ergebenden Eintragungszwange verbundenen Nachteile zu schützen seien, die daraus entstehen können, daß die Beteiligten es nicht in der Hand haben, den Zeitpunkt der Vollendung der von ihnen gewollten Rechtsänderung zu bestimmen, und daß das Grundbuchamt oft verhindert ist, die gestellten Eintragungsanträge sofort zu erledigen. Den früher in Preußen eingeschlagenen Weg hielt man nicht für gangbar. Man meinte, um dem praktischen Bedürfnisse Rechnung zu tragen, bleibe nur übrig, gewissen nach dem Eingange des Eintragungsantrags eintretenden Ereignissen den Einfluß auf die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung zu entziehen. Nachdem bereits dem Tode und der Geschäftsunfähigkeit eines Vertragschließenden der Einfluß auf den dinglichen Vertrag versagt sei (vgl. Anm. II 4 S. 98), bedürfe es eines besonderen Schutzes nur gegen Verfügungsbeschränkungen, die gegen den Urheber der Bewilligung verhängt werden. Eine Verfügungsbeschränkung, die den Urheber *vor* dem Eingange des dinglichen Vertrags beim Grundbuchamte treffe, mache den dinglichen Vertrag insoweit unwirksam, als dieser mit ihr im Widerspruche stehe. Wenn dagegen die Verfügungsbeschränkung erst eintrete, *nachdem* auf Grund des dinglichen Vertrags die Eintragung bei der Buchbehörde beantragt sei, müsse der Erwerber darauf rechnen können, daß die Eintragung nicht durch Veräußerungsverbote eines Dritten ausgeschlossen werde. Es wurde deshalb im § 831 Entw. I die Bestimmung vorgeschlagen. „Auf die Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung ist es ohne Einfluß, wenn, nachdem der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt eingegangen ist, derjenige, welcher die Eintragung bewilligt hat, in der Verfügung über das für ihn eingetragene Recht beschränkt wird." Dabei wurde bemerkt, daß zu den hier gemeinten Verfügungsbeschränkungen auch die durch Konkurseröffnung und das ihr vorangehende allgemeine Veräußerungsverbot begründete gehöre und daß unter Verfügungsbeschränkung nicht bloß die teilweise, sondern auch die gänzliche Entziehung des Verfügungsrechts zu verstehen sei. (Mot. III S. 190.)

Bei der 2. Lesung wurde daran festgehalten, daß erst mit dem Eingange des Eintragungsantrags beim Grundbuchamte der Verfügungsbeschränkung des Berechtigten die Wirksamkeit gegenüber der in der Eintragungsbewilligung getroffenen Verfügung zu versagen sei. Es wurde aber das weitere Erfordernis hinzugefügt, daß die Einigungserklärung des Berechtigten zur Zeit des Eintritts der Verfügungsbeschränkung bereits für ihn bindend, also unwiderruflich geworden sei, wenn die Verfügungsbeschränkung ihre Wirkung nicht äußern solle. (Prot. III S. 65 VI, Bd IV S. 586 IV; Gruch. 42 S. 100.)

Über die durch § 878 BGB. erforderlich gewordenen Änderungen der KO. vgl. Anm. III.

II. 1. Die nach Bewilligung der Rechtsänderung eintretende Verfügungsbeschränkung des Berechtigten macht nur unter zwei Voraussetzungen, die zusammentreffen müssen, die Bewilligung nicht unwirksam: 1. es muß die Bewilligung für den Berechtigten bindend geworden und 2. der Antrag auf Eintragung der bewilligten Rechtsänderung beim Grundbuchamte gestellt sein (§ 878). Die Aushändigung der formgerechten Eintragungsbewilligung an den anderen Teil bewirkt wohl die Bindung (§ 873 Abs. 2), steht aber dem Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte nicht gleich (RG. JW. 23 S. A 242).

2. Bindend ist die Bewilligung, welche die *Begründung, Übertragung* oder *Belastung* eines Rechtes an einem Grundstücke betrifft: a) wenn die Einigung der Beteiligten über die Rechtsänderung, also die Bewilligung der Rechtsänderung seitens des Berechtigten und deren Annahme seitens des anderen Teiles, gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht ist; oder b) wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der GBO. entsprechende

Eintragungsbewilligung ausgehändigt und ihn dadurch in den Stand gesetzt hat, die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch ohne seine Mitwirkung zu bewirken (§ 873). Im Falle zu b wird eine vorausgegangene Einigung mit dem anderen Teile nicht gefordert. In diesem Falle ist der Berechtigte an seine Bewilligung nicht gebunden, wenn er sie dem anderen Teile nicht ausgehändigt hat; er kann sie auch dann widerrufen, wenn er selbst sie dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung eingereicht hat, solange die Eintragung nicht erfolgt ist. Tritt hier die Verfügungsbeschränkung des Berechtigten vor der Eintragung ein, so übt sie ihre Wirkung aus, auch wenn der Berechtigte die Bewilligung nicht widerrufen und den Eintragungsantrag nicht zurückgenommen hat: die Bewilligung wird gegenüber dem, zu dessen Schutze die Verfügungsbeschränkung erlassen ist, unwirksam, und die auf Grund derselben erfolgte Eintragung unterliegt der Anfechtung. Die gleiche Folge tritt ein, wenn die Bewilligung um deswillen nicht bindend geworden ist, weil sie zwar dem anderen Teile ausgehändigt ist, aber nicht der Vorschrift des § 29 GBO. entspricht.

3. Steht die *Aufhebung eines Rechtes* am Grundstück in Frage, so bedarf es nicht der Einigung des Berechtigten mit dem, zu dessen Gunsten sie erfolgt, sondern es genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er seine Rechte aufgebe. Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der GBO. entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat (§ 875). Auch hier tritt die Bindung des Berechtigten nicht ein, wenn er die Löschungsbewilligung zwar den Vorschriften der GBO. entsprechend ausgestellt, sie aber dem Begünstigten nicht ausgehändigt hat, oder wenn die dem Begünstigten ausgehändigte Löschungsbewilligung der Vorschrift des § 29 GBO. nicht entspricht. Hierin wird dadurch nichts geändert, daß der Berechtigte selbst die dem Begünstigten nicht ausgehändigte Löschungsbewilligung dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Löschung eingereicht hat. Tritt in diesen Fällen die Verfügungsbeschränkung des Berechtigten vor der Löschung ein, so verliert dadurch seine Erklärung, daß er sein Recht aufgebe, ihre Wirkung gegenüber demjenigen, zu dessen Schutze die Verfügungsbeschränkung erlassen ist. Die Erklärung des Berechtigten wird unter den angegebenen Voraussetzungen auch dann bindend, wenn es zur Aufhebung des Rechtes oder zur Änderung des Inhalts des Rechtes der Zustimmung eines Dritten bedarf, zu dessen Gunsten das Recht belastet ist (§§ 876, 877), oder wenn das aufzuhebende Recht eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ist und deshalb zur Aufhebung die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks erforderlich ist (§ 1183). Durch den Eintritt der Verfügungsbeschränkung des Berechtigten wird daher seine Aufhebungserklärung nicht unwirksam, wenn im Zeitpunkte der Bindung die Zustimmung des Dritten bezw. des Eigentümers noch nicht unwiderruflich erklärt ist. Wohl aber kann das Fehlen der Zustimmung von Bedeutung sein für das zweite Erfordernis, wonach der Berechtigte oder der andere Teil den Antrag auf Eintragung der unwiderruflich bewilligten Rechtsänderung oder Löschung beim Grundbuchamte bereits gestellt haben muß, damit der eintretenden Verfügungsbeschränkung des Berechtigten die Wirkung entzogen wird.

4. *Nur durch die Anbringung eines begründeten Antrags* beim Grundbuchamte, nämlich eines Antrags, der den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und daher auch zur Eintragung oder Löschung führen kann, wird die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung verhindert (Kober S. 64 Lit. a.). Die bloße Aushändigung einer dem § 29 GBO. entsprechenden Eintragungsbewilligung genügt nicht. Beim Grundbuchamte *gestellt* ist ein in einer notariellen Urkunde enthaltener Antrag erst mit dem Augenblicke des Eingehens beim Grundbuchamte (RG. E. 53 S. 88). Wird der Antrag zurückgewiesen, sei es unmittelbar, sei es nach fruchtlosem Erlaß einer Zwischenverfügung (GBO. § 18), und erreicht der Antragsteller auch im Beschwerdewege die beantragte Eintragung oder Löschung nicht, so tritt die Verfügungsbeschränkung in Wirksamkeit. Wird der Antrag später ergänzt und mit Erfolg wiederholt, so kann dadurch der bereits in Wirksamkeit getretenen Verfügungs-

beschränkung die Wirkung nicht wieder entzogen werden. Wird der Antrag nicht zurückgewiesen, sondern erfolgt auf ihn die Eintragung, so findet (nach Plancks Ansicht, 3 S. 99 Nr. 3), sofern der Antrag selbst den Vorschriften der GBO. entsprach, der § 878 selbst dann Anwendung, wenn dem Antrage wegen des Fehlens der sonstigen Voraussetzungen der Eintragung nicht stattgegeben werden durfte. Dem ist beizutreten.

5. Die Vorschrift des § 878 findet Anwendung auch in den Fällen der §§ 880 Abs. 2, 1109 Abs. 2, 1116 Abs. 2, 1132 Abs. 2, 1154 Abs. 3, 1168 Abs. 2, 1180 Abs. 1, 1195 Abs. 2, 1260 Abs. 1 BGB. Sie findet keine Anwendung auf die ohnedies unwiderruflichen Zustimmungen der §§ 876, 880 Abs. 2, 1183 BGB. (RG. E. 52 S. 411).

6. In allen erwähnten Fällen soll durch die Eintragung ein dingliches Recht begründet, geändert, aufgehoben werden. Da dies bei der Vormerkung nicht zutrifft, durch die Vormerkung vielmehr nur der Anspruch auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines dinglichen Rechtes gesichert werden soll, so ist die Anwendung des § 878 BGB. bei einer Vormerkung in den §§ 883 ff. BGB. nicht angeordnet (vgl. Anm. II 1 zu § 885). Tritt eine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten, auf dessen erklärte oder gemäß §§ 894, 895 ZPO. durch Urteil ersetzte Bewilligung die Eintragung der Vormerkung erfolgen soll, vor der Eintragung der Vormerkung ein, so ist die Bewilligung und die auf Grund derselben eingetragene Vormerkung unwirksam, mag auch der Antrag auf Eintragung vor dem Eintritte der Verfügungsbeschränkung beim Grundbuchamte gestellt sein. Dasselbe gilt schon nach § 14 KO., wenn die Vormerkung durch eine einstweilige Verfügung angeordnet ist. Anderseits entscheidet über die Wirksamkeit der Vormerkung die Reihenfolge oder das Datum der Eintragungen. Ist z. B. die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für den Besteller bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt, wird aber, bevor diese Eintragung erfolgt, eine Vormerkung eingetragen, wodurch das Recht des Bestellers betroffen wird, so geht die Vormerkung der Eintragung der Hypothek vor. Wäre die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung, so würde durch ihre Eintragung die Hypothekenbestellung nicht unwirksam gemacht, die Eintragung der Hypothek dadurch nicht berührt werden. (Biermann WB. S. 182, Sekler S. 177 c.)

Besonderheiten sind zu erwähnen für die Vormerkungen, die nach § 18 Abs. 2, § 76 GBO. von Amts wegen auf Anordnung des Beschwerdegerichts einzutragen sind. Hier wird durch die Eintragung der Vormerkung die rechtliche Lage des Grundbuchs, wie sie beim Eingange des Eintragungsantrags beim Grundbuchamte bestand, erhalten. War die zur beantragten Eintragung erforderliche Erklärung des Berechtigten für ihn in diesem Zeitpunkte bindend geworden, so wird sie nach § 878 BGB. nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt, daß z. B. der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird. Fehlen dagegen die Voraussetzungen des § 878 BGB., so ist die Erklärung des Berechtigten und die daraufhin eingetragene Vormerkung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (KO. § 15); sie ist aber nicht nach § 14 KO. von der Eintragung ausgeschlossen, also nicht, wenn eingetragen, nichtig, da dies nur für eine durch einstweilige Verfügung angeordnete Vormerkung im § 14 Abs. KO. bestimmt ist. (Biermann WB. S. 186 und Sekler S. 227.)

III. 1. Unter Verfügungsbeschränkung ist nicht bloß die teilweise, sondern auch die gänzliche Entziehung des Verfügungsrechts zu verstehen. Über Verfügungsbeschränkungen vgl. Anm. III 2 zu § 892 BGB. Als gesetzliche Beschränkungen kommen namentlich die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB., insbesondere die Versteigerungsbeschlagnahme (ZVG. §§ 20 ff.) und die Eröffnung des Konkurses in Betracht: „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB bleiben unberührt." (KO. § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1.) Der (gesperrt gedruckte

Zusatz ist neu und entscheidet die bisher bestrittene Frage, inwieweit hier für die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs Raum ist, in Übereinstimmung mit § 135 Abs. 2 BGB. dahin, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch gegenüber der Verfügungsbeschränkung, die der Gemeinschuldner nach §§ 6, 7 KO. zugunsten der Konkursgläubiger erleidet, Wirksamkeit hat. Der gutgläubige Erwerb ist also auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam (BGB. § 892). Leistungen auf ein für den Gemeinschuldner eingetragenes Recht sowie Kündigungen sind auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam (§ 893). Aber alles dies gilt nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, nicht für Zwangsvollstreckung, Arrest, Zwangsvormerkung (KO. § 14). Gegen Benachteiligung der Konkursgläubiger bietet die schleunige Eintragung der Konkurseröffnung oder des vorher erlassenen allgemeinen Veräußerungsverbots in das Grundbuch (KO. §§ 106, 113) ein ausreichendes Sicherungsmittel. Die Eintragung ist auf Ersuchen oder auf Benachrichtigung (KG. Rsp. 3 S. 196) des Konkursgerichts oder auf Antrag des Konkursverwalters, der seine Legitimation durch Vorlegung seiner Bestellung nachzuweisen hat (GBO. § 29), zu bewirken. Mit der Eintragung wird die Verfügungsbeschränkung auch gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam. Die öffentliche Bekanntmachung der Konkurseröffnung hat nicht diese Wirkung, sondern Dritte können sich auch nach der Bekanntmachung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen und es muß ihnen dann die *Kenntnis* von der Konkurseröffnung *nachgewiesen* werden. Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Der § 8 KO. kommt dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber nicht in Betracht (Jaeger KO. Nr. 5 zu § 7). Auch das allgemeine Veräußerungsverbot (KO. § 106 Abs. 1) wird für den Grundbuchverkehr erst mit der Eintragung voll wirksam. Nur in Ansehung der Rechte an Grundstücken und der Rechte an solchen Rechten, nicht auch in Ansehung des beweglichen Vermögens ist der gutgläubige Erwerb geschützt.

2. Mit der Befugnis zur Verfügung verliert der Gemeinschuldner nicht die *Verfügungsfähigkeit*, er kann also auch nach der Konkurseröffnung noch über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen verfügen. Nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners, nur ihnen gegenüber sind deshalb seine nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen grundsätzlich unwirksam. Dagegen sind Verfügungen des Gemeinschuldners über Gegenstände der Konkursmasse zwischen ihm und dem Erwerber und ebenso in Ansehung dritter Personen, die nicht zu den Konkursgläubigern gehören, nicht ihrer Wirksamkeit beraubt; sie sind, wenn ihnen sonstige Mängel nicht anhaften, wirksam und bleiben es, wenn die Unwirksamkeit nicht vom Konkursverwalter geltend gemacht wird, auch den Konkursgläubigern gegenüber. Es steht deshalb auch der Eintragung solcher Verfügungen in das Grundbuch aus dem Umstande des schwebenden Konkurses nichts im Wege; denn selbst durch die Eintragung der Konkurseröffnung im Grundbuche wird dieses gegen Eintragungen, die den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, nicht gesperrt. Das Grundbuchamt ist mit der Tragweite der Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners nicht befaßt. Die Eintragung einer auf einer Verfügung des Gemeinschuldners beruhenden Rechtsänderung erfolgt, wenn ihren allgemeinen Erfordernissen entsprochen ist. Ist z. B. eine für den Gemeinschuldner eingetragene Grundschuld vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner einem Dritten abgetreten, so kann der Umstand, daß möglicherweise die Übergabe des Grundschuldbriefs erst nach der Konkurseröffnung und in Kenntnis des Erwerbers von ihr erfolgt ist, die beantragte Umschreibung auf den Erwerber auch dann nicht hindern, wenn bei der Grundschuld die Eröffnung des Konkurses eingetragen ist. (KG. RJA. 2 S. 139.) Dies ist jedoch auf die Fälle zu beschränken, in denen durch die Verfügung des Gemeinschuldners die Existenz des eingetragenen Rechtes den Konkursgläubigern gegenüber nicht gefährdet wird und somit den letzteren, für die durch die Vorschriften des § 113 KO. (Eintragung des allgemeinen Veräußerungsverbots sowie der Eröffnung des Konkursverfahrens in das Grundbuch) gesorgt ist, die Möglichkeit gewahrt bleibt, das Recht zur Masse zurückzuver-

langen. Dies trifft nicht zu, wo ein zur Konkursmasse gehörendes dingliches Recht gelöscht und dadurch gänzlich aufgehoben werden soll. Da muß die durch die Konkurseröffnung hervorgerufene Verfügungsbeschränkung des Gläubigers berücksichtigt werden. Der den Konkursgläubigern durch § 15 KO. gewährte Schutz würde hier versagen, denn nach der Löschung des Rechtes bliebe nichts für sie übrig, woran sie sich halten könnten. Auf Grund einer vom Berechtigten vor der Konkurseröffnung erteilten Löschungsbewilligung darf die Löschung nicht erfolgen, wenn der Antrag auf Löschung des eingetragenen Rechtes erst nach der Konkurseröffnung bei dem Grundbuchamte gestellt wird, mag auch die formgerechte Löschungsbewilligung für den Berechtigten vorher durch ihre Aushändigung an den dadurch Begünstigten bindend geworden sein (§ 875 Abs. 2). Die vom Berechtigten erklärte Löschungsbewilligung ist durch die infolge der Konkurseröffnung eingetretene Verfügungsbeschränkung (KO. § 6) unwirksam geworden und kann nicht mehr zur Löschung führen (BGB. § 878). Zur Löschung muß der Eigentümer eine Bewilligung des Konkursverwalters, auf den das Verfügungs- und Verwaltungsrecht hinsichtlich der Konkursmasse übergegangen ist, beibringen. (KG. RJA. 3 S. 46.) Die Frage, ob das Grundbuch durch die Eintragung des Konkursvermerks gesperrt wird, ist jedoch streitig. Dafür nur Biermann Nr. 4 zu §§ 892 ff., Schöller DJZ. 7 S. 165, Kretschmar GBR. 1 S. 114 und Jaeger KO. Nr. 7 zu § 113.

3. Mit Rücksicht auf die Gleichstellung der Konkursgläubiger bestimmte die KO. a. F. im § 11: „Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. § 12. Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist." Diese Bestimmungen lauten in der neugefaßten KO. (RGBl. 1898 S. 614):

§ 14. Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

In Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke, sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten kann während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden. Das gleiche gilt von der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines Schiffspfandrechts.

a. Unter § 14 Abs. 1 fallen die Zwangs- und Arresthypotheken (ZPO. §§ 866–868, 932). Solche können während der Dauer des Konkursverfahrens über das Vermögen des Grundeigentümers weder auf die zur Konkursmasse gehörenden, noch auf die konkursfreien (z. B. erst nach der Konkurseröffnung erworbenen; KO. § 1 Abs. 1) Grundstücke des Gemeinschuldners eingetragen werden. Das Konkursverfahren beginnt mit dem Erlasse des Eröffnungsbeschlusses, nicht etwa erst mit der Zustellung, öffentlichen Bekanntmachung oder Rechtskraft (KO. § 108), und endigt mit der öffentlichen Bekanntmachung des Einstellungs- oder Aufhebungsbeschlusses (KO. §§ 163, 190, 205, 206, 76 Abs. 1). Die Eintragung ist absolut, also auch dem Gemeinschuldner gegenüber, unwirksam (RG. E. 28 S. 283). Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann der Arrest- oder Vollstreckungsgläubiger sich nicht berufen, da der § 892 BGB. nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb schützt. Der Grundbuchrichter muß die Eintragung, selbst wenn er sie schon verfügt haben sollte, ablehnen, falls der Konkursvermerk im Grundbuch eingetragen (KO. § 113) oder die Konkurseröffnung ihm sonst bekannt geworden ist und er auch die Eigenschaft des beantragenden Gläubigers als Konkursgläubigers kennt. Die dennoch erfolgte Eintragung kann der Grundbuchrichter unter keinen Umständen von Amts wegen löschen, da sie ihrem Inhalte nach nicht unzulässig ist

(GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2) und eine Eintragung, bei der dies nicht zutrifft, von Amts wegen oder auf Beschwerde nicht gelöscht werden kann (GBO. § 71 Abs. 2 Satz 1). Hat der Grundbuchrichter die Eintragung in Kenntnis der gedachten Umstände, also aus Versehen, bewirkt, so hat er von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 1). In allen Fällen haben der Konkursverwalter und, wenn die Eintragung auf ein konkursfreies Grundstück erfolgt ist, der Gemeinschuldner die Unwirksamkeit geltend zu machen, und zwar durch Erwirkung einer vollstreckbaren Entscheidung, daß die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung unzulässig sei (ZPO. §§ 766, 775 Nr. 1, 776, 868, 924, 926, 927, 932). Aber auch auf Grund einer solchen Entscheidung kann die Hypothek nicht ohne weiteres gelöscht werden, da sie nach § 868 ZPO. zur Eigentümergrundschuld geworden ist, die bei Massegrundstücken für die Konkursmasse verwertet wird, bei konkursfreien Grundstücken dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung anheimfällt, sondern es bedarf dazu im ersten Falle des Antrags des Verwalters, im zweiten des Antrags des Gemeinschuldners (GBO. §§ 13, 22, 27). — *Für Gläubiger, die nicht Konkursgläubiger sind*, können Zwangs- und Arresthypotheken auch während der Dauer des Konkursverfahrens eingetragen werden, und zwar sowohl auf den dem Gemeinschuldner konkursfrei, als auch auf den zur Masse gehörenden Grundstücken. Die Eintragung auf den konkursfreien Grundstücken ist vollwirksam, die auf Massegrundstücken ist dagegen nach § 15 Satz 1 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, und zwar auch dann, wenn dem Gläubiger die Konkurseröffnung nicht bekannt war, da der Schutz des § 892 BGB. beim Vollstreckungserwerbe versagt. Auch § 878 BGB. findet keine Anwendung, da er nur den *rechtsgeschäftlichen* Erwerb sichern soll. Die Eintragung ist daher auch dann den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, wenn der Eintragungsantrag vor Eröffnung des Konkursverfahrens beim Grundbuchamt eingegangen war. Die Unwirksamkeit hat der Verwalter geltend zu machen.

b. In Abweichung vom § 14 Abs. 1 KO. kann nach Abs. 2 das. eine *Zwangsvormerkung* auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugunsten einzelner Konkursgläubiger in Ansehung der nicht zur Konkursmasse gehörenden Grundstücke und eingetragenen Rechte des Gemeinschuldners auch während der Dauer des Konkursverfahrens vollwirksam eingetragen werden. Nur in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände ist die Eintragung einer solchen Vormerkung unzulässig. Das Wort „gehörigen" im § 14 Abs. 2 Satz 1 scheint sich zwar nur auf „Grundstücke" zu beziehen; nach der Entstehungsgeschichte ist es aber nicht zweifelhaft, daß es auch auf die eingetragenen Rechte bezogen werden muß (Jaeger KO. S. 122). Die Eintragung der Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung auf Massegrundstücke ist nur während der Dauer des Konkursverfahrens unzulässig (vgl. Anm. a.). Der § 878 BGB. findet auf Vormerkungen überhaupt nicht (S. 153 N. 6) und jedenfalls auf die Zwangsvormerkung keine Anwendung; § 15 KO. ist auf Zwangsvormerkungen nicht anzuwenden. Daher kann eine Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung auf Massegrundstücke zugunsten einzelner Konkursgläubiger auch dann nicht mehr eingetragen werden, wenn der Konkurs erst eröffnet wird, nachdem der Eintragungsantrag bereits gestellt oder die Eintragung bereits verfügt war. Der Grundbuchrichter muß also solche Eintragungen ablehnen, wenn ihm bekannt ist, daß der Konkurs eröffnet ist, daß das Grundstück zur Masse gehört und daß der Gläubiger, der den Eintragungsantrag stellt oder für den das Vollstreckungsgericht das Eintragungsersuchen stellt, Konkursgläubiger ist. Eine gegen das Verbot des § 14 Abs. 2 KO. erfolgte Eintragung ist absolut, auch dem Gemeinschuldner gegenüber, unwirksam, und zwar auch dann, wenn der Vorgemerkte die Konkurseröffnung und die Zugehörigkeit des Grundstücks zur Masse nicht kannte, denn der Schutz des § 892 BGB. trifft auf Zwangsvormerkungen nicht zu. Hat der Grundbuchrichter die Vormerkung, obwohl ihm das Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 KO. bekannt war, also aus Versehen, eingetragen, so hat er von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 1). In *keinem* Falle kann die Löschung von Amts wegen oder im Wege der Beschwerde angeordnet werden, da die Eintragung nicht ihrem

Inhalte nach unzulässig ist (GBO. §§ 54 Abs. 1 Satz 2, 71 Abs. 2 Satz 1), sondern es hat der Konkursverwalter und im Falle der Aufhebung des Konkurses der Eigentümer die Aufhebung der einstweiligen Verfügung herbeizuführen (ZPO. §§ 945, 926 Abs. 2) und dann die Löschung zu beantragen.

Für Gläubiger, die nicht Konkursgläubiger sind, kann eine Zwangsvormerkung während der Dauer des Konkursverfahrens auch auf Massegrundstücke u.s.w. eingetragen werden; aber nicht mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern. Die Vormerkung ist kein Recht an den zur Masse gehörigen Gegenständen. Daher findet § 15 Satz 1 KO. keine Anwendung. Können aber selbst Rechte an Massegegenständen nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, so ist noch viel weniger die Wirksamkeit der Zwangsvormerkung gegenüber den Konkursgläubigern anzunehmen. An einer besonderen Bestimmung für diesen Fall fehlt es. Die relative Unwirksamkeit ist jedenfalls eine Folge der Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners. Die §§ 878, 892 BGB. finden auch auf diesen Fall keine Anwendung (a. M. Jaeger KO. Nr. 9 zu § 24).

Auf Grund der Bewilligung des Verwalters oder des Gemeinschuldners können auch während der Dauer des Konkursverfahrens in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände Vormerkungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger eingetragen werden. Die Eintragungsbewilligung des Gemeinschuldners und damit die Eintragung ist zwar nach § 7 Abs. 1 KO. den übrigen Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; aber dem Gemeinschuldner und Dritten gegenüber wirkt sie, was z. B. von Bedeutung wird, wenn das Konkursverfahren eingestellt wird (KO. §§ 205, 206). Der § 878 BGB. und § 15 KO. finden auch auf die bewilligte Vormerkung keine Anwendung. Der Bewilligung stehen die Fälle der §§ 894, 895 ZPO. gleich. Auf sie bezieht sich § 14 Abs. 2 KO. nicht.

c. Ist schon vor der Konkurseröffnung ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Gemeinschuldner erlassen und eingetragen (KO. § 106 Abs. 1 Satz 3, § 113), so finden die unter a und b entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung.

d. Einzelnes. Der § 14 KO. findet keine Anwendung auf Sicherungshypotheken oder Vormerkungen, die für Ansprüche eingetragen werden, denen das Gesetz einen Titel auf Einräumung einer Sicherungshypothek verleiht, wie z. B. Art. 26, 29 WO. (CTrib. E. 76 S. 103) und § 648 BGB. — Beim Nachlaßkonkurse ist eine nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam (KO. § 221 Abs. 2). Diese Bestimmung findet entsprechende Anwendung, wenn im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Konkursverfahren über das Gesamtgut eröffnet ist (KO. § 236).

e. Ein Widerspruch kann auch noch nach Eröffnung des Konkurses eingetragen werden. § 14 Abs. 2 KO. findet auf ihn offensichtlich keine Anwendung; ebensowenig aber § 15, da der Widerspruch nicht zur Sicherung erst zu erwerbender, sondern bereits oder noch bestehender Rechte dient (Jaeger KO. 2. Nr. 28 zu § 14).

f. Aus § 14 KO. folgt nicht, daß vorhandene Arrestbefehle, sobald das Konkursverfahren eröffnet ist, unter allen Umständen aufgehoben werden müßten, daß sie nicht mehr bestätigt und daß, wenn in der ersten Instanz der Arrest aufgehoben ist, in der zweiten Instanz eine entsprechende Änderung des ersten Urteils nicht mehr vorgenommen werden dürfte. Nur dann, wenn bei Eröffnung des Konkursverfahrens weder der Arrest ganz oder zum Teil vollstreckt, noch auch ein Geldbetrag zum Zwecke der Hemmung der Arrestvollziehung hinterlegt ist, kann die Aufhebung des Arrestbefehls, weil derselbe alsdann nicht nur für die Zukunft keine Wirkung mehr zu äußern vermag, sondern auch für die Vergangenheit bedeutungslos geworden ist, geboten und seine Bestätigung ausgeschlossen sein. (RG. E. 56 S. 145.)

§ 15. Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch

wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. Die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 und des § 1260 Abs. 1 BGB. bleiben unberührt.

A. Zu Satz 1. a. Allgemeines. Der § 15 handelt nur von dem Erwerbe dinglicher Rechte (Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden). Daher fallen nicht unter ihn Vormerkungen, weil diese nicht dingliche Rechte sind, und Widersprüche, weil durch diese dingliche Rechte nicht erworben, sondern bestehende Rechte gegen die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbundenen Gefahren geschützt werden. Der § 15 bezieht sich auch nicht auf Verfügungen, die der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen hat, weil für diese Fälle bereits § 7 Vorsorge getroffen hat (Begr. z. KNovelle von 1898 S. 28). Er bezieht sich ferner nicht auf die Eintragung von Zwangs- und Arresthypotheken auf die zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke zugunsten einzelner Konkursgläubiger, weil darüber bereits im § 14 Abs. 1 Bestimmung getroffen ist. Er bezieht sich auch nicht auf den durch Verfügungen des Konkursverwalters vermittelten Erwerb, weil die Wirksamkeit dieser Verfügungen — insbesondere auch den Konkursgläubigern gegenüber — sich aus den §§ 6, 117, 134 Nr. 2 KO. ergibt (Prot. 6 S. 757). Er bezieht sich endlich nicht auf den nur durch § 14 Abs. 1 beschränkten Erwerb von Rechten an konkursfreien Gegenständen.

b. Erwerb. Mit Rücksicht auf das bisherige rheinische Recht, nach dem zwar nicht die Entstehung von Privilegien und Hypotheken, aber regelmäßig ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten von der Eintragung abhing, war im § 12 KO. a. F. neben dem Erwerbe von Rechten an Gegenständen der Konkursmasse noch die Eintragung solcher Rechte besonders hervorgehoben. Vom Standpunkte des BGB., das zur Entstehung (Erwerb) liegenschaftlicher Rechte der Regel nach die Eintragung fordert (§ 873 Abs. 1), war dies nicht mehr geboten. Freilich bleiben nach Art. 189 EG. z. BGB. für den Erwerb liegenschaftlicher Rechte auch nach dem Inkrafttreten des BGB. die bisherigen Gesetze so lange in Kraft, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, und es war mit Rücksicht hierauf bei der 2. Lesung des BGB. die Bestimmung vorgeschlagen: „Soweit die Wirksamkeit eines bestehenden Rechtes Dritten gegenüber von einer Eintragung abhängt, erlangt das Recht durch eine nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgende Eintragung nicht Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern" (Prot. 6 S. 756 f.); aber, da es sich nur um eine Bestimmung für die Übergangszeit handelte, hielt man die Vorschrift im Art. VI EG. zur Konkursnovelle vom 17. Mai 1898 für ausreichend, daß, soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechtes maßgebend sind, für das Rechtsverhältnis auch die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend bleiben.

Der § 15 trifft alle Arten von Erwerb von Rechten an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, der nach der Konkurseröffnung vollzogen oder vollendet werden soll. Wo der Erwerb sich aus verschiedenen Rechtsakten zusammensetzt, müssen alle Akte vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sein, wenn der Erwerb gegenüber den Konkursgläubigern wirksam sein soll. Wird der Erwerb, was die Regel ist (BGB. §§ 873, 925, 1015, 1017, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1154 Abs. 3), durch Einigung und Eintragung vermittelt, so müssen diese beiden Akte — auch wenn die Einigung der Eintragung nachfolgt — vor der Konkurseröffnung liegen; beim Erwerb einer Briefhypothek überdies noch die Übergabe des Briefes (§ 1117 Abs. 1) oder ihr Ersatz (das. Abs. 2). Ist der Gemeinschuldner zur Auflassung seines Grundstücks vor der Konkurseröffnung rechtskräftig verurteilt (ZPO. § 894), aber der Erwerber hat seine Auflassungserklärung erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vor dem Grundbuchamt abgegeben, so ist die demnächst erfolgte Eintragung des Eigentumswechsels den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Aber auch wenn die beiden Auflassungserklärungen vor der Eröffnung abgegeben sind, die Eintragung aber erst nachher erfolgt, gilt § 15. Zur Abtretung einer dem Gemeinschuldner zustehenden Briefhypothek sind Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form oder Eintragung der Abtretung und Übergabe des Briefes erforderlich (BGB. § 1154 Abs. 1, 2).

Digitized by Google

Beide Akte müssen vor der Konkurseröffnung liegen. Zur Entstehung der Zwangs- und Arresthypothek genügt die Eintragung (ZPO. §§ 867 Abs. 1 Satz 2, 932 Abs. 2). Im Falle des § 1075 BGB. entsteht der Nießbrauch, und in den Fällen des § 1287 Satz 2 BGB. und § 848 Abs. 2 ZPO. entsteht die Sicherungshypothek ohne Eintragung; die Eintragung ist nur erforderlich, um den Erwerb seitens gutgläubiger Dritter auszuschließen. Es genügt, wenn in diesen Fällen die Entstehungstatsachen sich vor der Konkurseröffnung ereignet haben; die später noch hinzukommende Eintragung schadet dem schon vollendeten Erwerbe nicht. Im Falle des § 900 BGB. muß die dreißigjährige Frist vor der Konkurseröffnung abgelaufen sein, im Falle des § 927 müssen Ausschlußurteil und Eintragung vor jenem Zeitpunkte liegen. Vormerkungen erzeugen kein dingliches Recht, sondern ein solches wird erst durch Definitiveintragung erworben. Die Definitiveintragung fällt an sich unter § 15 KO., es ist aber durch § 24 besondere Vorsorge getroffen. Nicht um einen Erwerb im Sinne des § 15 handelt es sich, wenn ein an einem Konkursgegenstande wirksam bestelltes Recht an einen Dritten abgetreten wird (RG. E. 34 S. 59). Jaeger (KO. Nr. 23 zu § 15) will unterscheiden, je nachdem durch eine solche Abtretung ein anfechtbares Recht unanfechtbar wird oder nicht. Die Unterscheidung findet aber im Gesetze keinen Anhalt. Insbesondere ist auch der sich kraft Gesetzes vermittelnde Übergang von Rechten, die am Massegrundstücke bestehen, nicht an die Schranken des § 15 gebunden (Beispiel: BGB. § 1150). Die Erweiterung eines an Massegegenständen bestehenden Rechtes, z. B. Erhöhung des Zinssatzes oder des Geldbetrags anderer Nebenleistungen bei der Hypothek, fällt unter § 15 (Jaeger KO. Nr. 27 zu § 15).

c. Einzelfälle. Die Änderung des Rangverhältnisses von Rechten, die an dem Massegrundstücke bestehen (BGB. § 880), berührt die Rechte der Konkursgläubiger nur und fällt nur dann unter § 15, wenn der Masse ein dazwischen stehendes Recht (Eigentümergrundschuld) zusteht und der Gemeinschuldner nur dem zurücktretenden Gläubiger auch persönlich haftet; denn dann kann der Zurücktretende, der ohne die Rangänderung volle Befriedigung aus dem Grundstücke erlangen würde, für den Ausfall, den er bei der Zwangsversteigerung erleidet, als Konkursgläubiger Ansprüche erheben (KO. § 64; Jaeger a. a. O. Nr. 25; RG. Gruch. 35 S. 1020). Steht einem Gemeinschuldner ein Recht an einem Grundstücke zu, bei dem ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB. für einen Dritten eingetragen ist, so wird die Verwirklichung des Rangvorbehalts vom § 15 nicht betroffen (Jaeger a. a. O.). — Auch nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Eigentümers kann der Hypothekengläubiger, zwar nicht durch Pfändung, aber durch neue, im Wege einstweiliger Verfügung (ZPO. § 938) eingeleitete Zwangsverwaltung des Pfandgrundstücks (ZVG. § 148) die Beschlagnahme der Mietzinsforderungen für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr (BGB. § 1124) erwirken, um den Untergang seines dinglichen Rechtes an den Mietzinsen, die sonst zur Konkursmasse einzuziehen und abzuführen wären, zu verhüten, da sich die Zwangsverwaltung als ein Ausfluß des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers, wegen seiner Ansprüche Befriedigung durch Zwangsvollstreckung zu suchen (BGB. § 1147), und als Geltendmachung seines Absonderungsrechts darstellt (KO. §§ 4 Abs. 2, 47), die durch die §§ 14, 15 KO. nicht verhindert wird (RG. E. 52 S. 138). — Unter Umständen kann auch eine Erweiterung der hypothekarischen Haftung durch Erstreckung auf Massegegenstände, die bisher nicht hafteten, noch nach der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sein, nämlich dann, wenn kein neues Hypothekenrecht erworben wird, sondern das an der Hauptsache bereits bestehende Hypothekenrecht infolge eines nach Gesetzesvorschrift sich von selbst erweiternden Umfanges der Hauptsache nur verstärkt wird. Gehen z. B. Sachen (Maschinen, Gerätschaften), die als Zubehörstücke des belasteten Grundstücks benutzt werden und als solche für die Hypothek haften würden, wenn sie im Eigentume des Gemeinschuldners ständen, dadurch in das Eigentum des letzteren über, daß der Konkursverwalter den Rest des Kaufpreises, bis zu dessen völliger Bezahlung sich der Verkäufer das Eigentum an diesen Sachen vorbehalten

hatte, bezahlt und dadurch den Vertrag erfüllt (KO. § 17), so kommt die Ausnahmebestimmung des § 1120 BGB. in Wegfall und das Hypothekenrecht erstreckt sich auf jene Sachen als dem Grundstückseigentümer gehöriges Zubehör, so daß den Hypothekengläubigern nach § 47 KO. das Recht auf abgesonderte Befriedigung daraus zusteht (RG. E. 53 S. 350, V. 209. 1903). Ebenso treten die Zubehörstücke, die bisher im fremden Eigentume standen, während des Konkurses in die hypothekarische Haftung ein, wenn der im Konkurse befindliche Grundstückseigentümer Erbe des Eigentümers der Zubehörstücke wird.

d. Die Unwirksamkeit ist — anders wie in den Fällen des § 14 — nur relativ. Der Erwerb ist nur gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam (RG. E. 28 S. 284); anderen Gläubigern und dem Gemeinschuldner gegenüber ist er wirksam (OTrib. E. 47 S. 381, Bd. 76 S. 104, 108). Daher kann die Eintragung — anders als in den Fällen des § 14 — nicht abgelehnt werden (Mot. zu § 12 a. F.). Auch Zwangs- und Arresthypotheken für Nichtkonkursgläubiger muß der Grundbuchrichter eintragen. Die Konkursgläubiger können sich nicht nur während der Dauer des Konkurses auf die Unwirksamkeit berufen, sondern bis zu ihrer Befriedigung wegen ihres Ausfalls (KO. § 164) oder ihrer Zwangsvergleichsrate (das. §§ 193, 194) sowie im Falle der Einstellung des Verfahrens (§ 206).

B. Satz 2 enthält eine durch die Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs gebotene Beschränkung der Vorschrift des Abs. 1 (Begr. S. 28), durch die der Konkursverwalter selbstverständlich nicht gehindert wird, den Erwerb, insbesondere auch die Eintragung nach §§ 29 ff., 42 KO. anzufechten (RG. E. 51 S. 284). Vormerkung und Widerspruch werden durch Satz 2 ebensowenig betroffen, wie durch Satz 1 (Anm. A a). Die Beschränkungen gehen nach zwei Richtungen.

a. § 878 BGB. Ist eine Eintragungsbewilligung nach § 873 Abs. 2 BGB. oder nach § 894 ZPO. bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt, so muß die Eintragung erfolgen, wenn auch in der Zwischenzeit der Konkurs über das Vermögen des Bewilligenden eröffnet ist, und die Eintragung ist auch den Konkursgläubigern gegenüber voll wirksam. Letzteres würde sich nicht aus § 878 ergeben, da der Erwerb sich in diesen Fällen erst mit der Eintragung vollendet und § 15 Satz 1 KO. entgegenstehen würde. Daher bedurfte es des Satzes 2 (Mot. z. EG. z. BGB. S. 110). Eine Zwangs- oder Arresthypothek kann nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht eingetragen werden, wenn auch der Eintragungsantrag schon vorher gestellt war, weil § 878 BGB. und somit auch § 15 Satz 2 KO. auf solche Hypotheken keine Anwendung findet.

b. § 892 BGB. Aus der Anwendung des Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Abs. 2 ergibt sich, daß die Eintragung, die auf Grund einer vor oder nach der Konkurseröffnung bindend erklärten Bewilligung des Gemeinschuldners bewirkt ist, den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist, wenn zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags oder, wenn die Einigung erst später zustande kommt, zur Zeit der Einigung die Eröffnung des Konkurses noch nicht in das Grundbuch eingetragen (KO. § 113) oder dem, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgt ist, nicht bekannt war. — Die Konkurseröffnung enthält eine Verfügungsbeschränkung. Die Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB. scheint daher nicht geboten. Im § 15 Satz 2 ist jedoch der ganze § 892 bezogen. Daraus folgert Jaeger (KO. Nr. 42 zu § 15), daß ein nach § 15 Satz 1 den Konkursgläubigern gegenüber unwirksames Recht an einem Massegegenstande noch während des Konkurses Wirksamkeit auch den Konkursgläubigern gegenüber erlangen könne, wenn es von einem redlichen Dritten durch Rechtsgeschäft erworben wird. So erlange eine erst nach der Konkurseröffnung eingetragene Hypothek, deren erster Erwerber um die Konkurseröffnung wußte, in der Hand eines Sonderrechtsnachfolgers Wirksamkeit auch gegen die Masse, wenn die Konkurseröffnung weder eingetragen noch dem Nachfolger bekannt war. Dieser Annahme wird umsomehr zu folgen sein, als schon die Motive zu § 12 KO. a. F., der nicht einmal eine dem § 15 Satz 2 n. F. entsprechende Vorschrift enthält, in dieser Beziehung die bürgerlichen und

Hypotheken-Gesetze für maßgebend erklären. — Den den Konkursgläubigern aus § 892 drohenden Gefahren kann dadurch vorgebeugt werden, daß das Grundbuchamt unverzüglich um Eintragung der Konkurseröffnung (KO. § 113) ersucht wird. Die Zwangs- und Arresthypotheken stehen nicht unter dem Schutze des § 892 BGB. und daher muß der Gläubiger solcher den Konkursgläubigern auch dann weichen, wenn die Konkurseröffnung weder eingetragen noch ihm bekannt war (Prot. 3 S. 77, 707). Vgl. den besonderen Fall des § 14 Abs. 1 KO.

C. § 15 KO. handelt nur vom Erwerbe dinglicher Rechte. Er hindert nicht die Eintragung oder Wiedereintragung bestehender dinglicher Rechte, die durch ihre zu Unrecht erfolgte Löschung oder Nichtmitübertragung (insbesondere auch bei Anlegung des Grundbuchs) ihre Wirksamkeit nicht verlieren. Der Konkursverwalter hat nach § 894 BGB. seine Zustimmung zur Eintragung oder Wiedereintragung zu erklären (vgl. Köln im Rhein. Arch. 100 Abt. I S. 158). Er hindert auch nicht die Eintragung dinglicher Rechte, die unter der Herrschaft des früheren Rechtes ohne Eintragung entstanden und nach Art. 184 EG. z. BGB. bestehen geblieben sind (RG. JW. 1904 S. 403 Nr. 1).

Ist ein Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen und soll der angeblich durch constitutum possessorium vermittelte Eigentumsübergang (z. B. von Zubehörstücken) sich erst mit dem Eintritte der Bedingung vollziehen, so wird der Eigentumserwerb dadurch, daß der Konkurs über das Vermögen des Verkäufers vor dem Eintritte der Bedingung eröffnet wird, verhindert (RG. V. 487. 02).

Analog sind die Beschränkungen in der Verfügung des Erben für den Fall der Anordnung einer Nachlaßverwaltung in den §§ 1975 ff. BGB. geregelt. An die Stelle des Konkursvermerks tritt der Vermerk über die Anordnung der Nachlaßverwaltung, an die Stelle der Konkursgläubiger treten die Nachlaßgläubiger. Die §§ 7, 8 KO. finden entsprechende Anwendung. Abweichend vom § 14 KO. bestimmt jedoch § 1984 Abs. 2 BGB.: „Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, sind ausgeschlossen."

§ 879.

Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen. Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen, so hat das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang; Rechte die unter Angabe desselben Tages eingetragen sind, haben gleichen Rang.

Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist.

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

I. 1. Soll das Grundbuch seinen Zweck erfüllen, so muß aus ihm nicht nur das Bestehen von Rechten an einem Grundstücke, sondern auch das Rangverhältnis unter den Rechten erkennbar sein.

Die Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück enthält eine Belastung des Eigentums, eine Einschränkung der in diesem liegenden Befugnisse; sie fällt unter den Begriff der Veräußerung im weiteren Sinne. Nach dem Satze, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selber hat, kann daher über das Grundstück nur unbeschadet der das Eigentum belastenden Rechte verfügt, das Eigentum nur insoweit, als es sich mit der Ausübung eines solchen Rechtes verträgt, von dem Eigentümer ausgeübt werden. Daß das Eigentum an dem Grundstück allen Rechten nachsteht, mit denen das Grundstück belastet ist, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Was aber die letzteren Rechte betrifft, so folgt aus jenem Satze auch, daß das ältere Recht dem jüngeren vorgeht, daß das jüngere sich mithin nur so weit zu betätigen vermag, als nicht das Grundstück von

dem älteren ergriffen wird. Das Alter der Rechte aber bestimmt sich, sofern zu deren Entstehung nach § 873 Abs. 1 BGB. die Eintragung erforderlich ist, nach der Eintragung.

In dieser Hinsicht lassen sich zwei Auffassungen unterscheiden. Die eine legt der Rangordnung die räumliche Folgeordnung, die andere die Zeitfolge der Eintragungen zugrunde.

Das preuß. Recht betonte den räumlichen Anschluß der einen Eintragung an die andere, „die im Hypothekenbuch einmal angenommene Folgeordnung" (ALR. I 20 § 502). Es wurde davon ausgegangen, daß, weil die Rechte an einem Grundstück auf dessen Blatte hintereinander ohne Freilassung eines Zwischenraums eingetragen werden, das vorstehende Recht früher als das nachstehende zur Eintragung gelangt und daher notwendig das ältere sein müsse. Von diesem Standpunkte bestimmte sich „die Rangordnung der auf demselben Grundstück eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge der Eintragungen" (EigG. §§ 17, 34). Handelt es sich um Rechte, die nicht in der nämlichen Abteilung des Grundbuchblatts eingetragen sind, so kann von einer räumlichen Folgeordnung nicht die Rede sein. Für diesen Fall verordnete das EigG. im § 36: „Die Rangordnung zwischen den Belastungen zur zweiten und dritten Abteilung des Grundbuchs bestimmt sich nach dem Datum der Eintragung. Eintragungen unter demselben Datum stehen zu gleichem Recht, wenn nicht besonders dabei bemerkt ist, daß die eine der anderen nachstehen soll."

Das BGB. schließt sich im wesentlichen dem preuß. Rechte an. (Mot. III S. 225; Denkschr. S. 177.)

2. a. Der Entw. I ließ im § 840 Abs. 1 prinzipiell die Priorität des Datums entscheiden und modifizierte dieses Prinzip nur insofern, als das Rangverhältnis zwischen mehreren Rechten, die in derselben Abteilung eingetragen sind, sich nach der Reihenfolge der Eintragungen bestimmen sollte. Der § 879 BGB. steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt; er läßt der Regel nach die Reihenfolge der Eintragungen entscheiden und legt auf die Priorität des Datums nur Gewicht, sofern es sich um mehrere Eintragungen handelt, die in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs gebucht sind. (Vgl. über die Gründe Prot. III S. 88 IV.)

b. Im § 840 Abs. 1 Entw. I war ausdrücklich ausgesprochen, daß die Bestimmungen dieses § auch dann Anwendung finden sollen, wenn das Recht als ein bedingtes eingetragen sei. Bei der 2. Lesung hielt man dies zwar für richtig, aber es ausdrücklich auszusprechen mit Rücksicht auf § 161 BGB. für überflüssig. Dagegen erachtete man die Aufnahme einer dem Abs. 2 des § 879 BGB. entsprechenden Vorschrift für zweckmäßig, um klarzustellen, daß die Reihenfolge der Eintragungen hinsichtlich der Rangordnung mehrerer Eintragungen auch dann entscheide, wenn die Willenseinigung der Parteien über ein voreingetragenes Recht erst nach der Eintragung der hinterstehenden Post erfolge. (Prot. III S. 91 Abs. 3.) Dadurch ist zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich klargestellt, daß die Eintragung, d. h. je nach Verschiedenheit der Fälle die Stelle der Eintragung, der angegebene Tag oder der ihr beigefügte Vermerk, für das Rangverhältnis auch dann maßgebend ist, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande kommt (vgl. Anm. II 2 Abs. 2 Anm. B 4 S. 97, 110) und inzwischen bereits ein anderes Recht durch Eintragung zur Entstehung gelangt ist (Denkschr. S. 177). Obwohl in solchem Falle wegen mangelnder Einigung das Recht durch die Eintragung noch nicht zur Entstehung gelangt ist, bleibt doch der durch die Eintragung bestimmte Rang dafür maßgebend, wenn durch die nachfolgende Einigung die Rechtsänderung bewirkt wird, und zwar auch gegenüber einem solchen nachstehenden Rechte, das durch Einigung und Eintragung früher begründet war.

c. Der Abs. 2 des § 840 Entw. I lautete: „Ist in das Grundbuch ein anderes Rangverhältnis als das aus den Vorschriften des ersten Absatzes sich ergebende eingetragen, so ist das eingetragene Rangverhältnis maßgebend." Dazu bemerken die Motive (III S. 227 Nr. 2): „Die Rangordnung bestimmt sich nach dem Datum bezw. der Reihenfolge der Eintragung nur insoweit, als nicht das Grundbuch selbst ergibt, daß ein anderes Rangverhältnis gelten soll. Da der Vorzug, den das eine Recht vor dem andern hat, zu den Wirkungen des Rechtes gehört, so folgt aus den §§ 828 und 837 (BGB. §§873 und 892), daß in erster Linie das eingetragene Rangverhältnis maßgebend ist." Bei der 2. Lesung wurde der Vorschrift die Fassung gegeben, die sie im Abs. 3 des § 879 BGB. hat. In den Prot. (VI S. 221 IX) heißt es: „Die Eintragung hat auch hier nicht konstitutive, sondern nur die gewöhnliche Bedeutung, insbesondere den öffentlichen Glauben (vgl. Mot. III S. 227 Nr. 2). Wird auf einem mit zwei Hypotheken belasteten Grundstück eine dritte Hypothek eingetragen, die der zweiten vorgehen soll, so erlangt sie nicht dadurch den Rang vor der ersten, daß der Grundbuchbeamte aus Versehen den Vermerk wegen des Ranges dahin abfaßt, daß sie der ersten vorgehe. Die Unrichtigkeit der Eintragung kann vielmehr so lange geltend gemacht werden, als nicht ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 BGB. die Geltendmachung ausschließt."

3. Die 1. Komm. hat nicht für erforderlich gehalten, die Folgen des vorschrifts-

widrigen Verfahrens im Gesetze zu bestimmen, weil derartige Fälle verhältnismäßig selten seien und ihre Entscheidung auch besonderen Schwierigkeiten nicht begegnen könne (Mot. III S. 226). Auch bei der 2. Lesung herrschte Einigkeit darüber, daß im BGB. eine Antwort auf die Frage nicht zu geben sei, welche materiellrechtlichen Folgen es für die Beteiligten habe, wenn der Grundbuchbeamte die ihm nach § 46 GBO. vorgeschriebene Reihenfolge bei der Vornahme der Eintragungen außer acht lasse. Von einer Seite wurde betont, es fehle für die Aufstellung einer *solchen* Vorschrift das praktische Bedürfnis. Das dingliche Recht entstehe erst mit der Eintragung; wer sich ein dingliches Recht, z. B. eine Hypothek, bestellen lasse, dürfe mithin vorsichtigerweise die Gegenleistung erst gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs gewähren und sei in der Lage, die Gegenleistung zu verweigern, falls der Brief ergebe, daß die Post an einer späteren als der ausbedungenen Stelle im Grundbuch eingetragen worden sei. Zahle er die Valuta vor Aushändigung des Hypothekenbriefs, so handle er auf seine Gefahr, er müsse alsdann mit dem Umstande rechnen, daß andere Gläubiger ihm möglicherweise zuvorkommen. Beruhe die spätere Eintragung der ihm bewilligten Post auf einem Versehen des Grundbuchbeamten, so genüge der Regreß gegenüber dem Staate, um den Berechtigten schadlos zu halten (GBO. § 12); zweifelhaft könne es aber sein, ob nicht auch der Regreß wegen konkurrierenden Verschuldens des Benachteiligten in diesem Falle ausgeschlossen sei. Von anderer Seite wurde geltend gemacht, die Möglichkeit eines Versehens des Grundbuchbeamten brauche der Gläubiger nicht in Betracht zu ziehen; dem Gläubiger stehe deswegen unter allen Umständen ein Regreßanspruch gegen den Staat zu. Zweifelhaft sei nur, ob er auch einen Anspruch gegenüber dem infolge dieses Versehens vor ihm Eingetragenen erheben könne. Es wurde betont, daß der Benachteiligte keinenfalls einen materiellrechtlichen Berichtigungsanspruch nach Maßgabe des § 894 BGB. erheben könne. Ebensowenig könne er die Priorität seines Vormanns als solche anfechten; die Kenntnis des eingetragenen Berechtigten von einem früheren Eintragungsantrage stehe seinem Rechtserwerbe nicht entgegen, weil er nur solche Tatsachen, die aus dem Grundbuche, nicht aber solche, die sich nur aus dem Präsentationsregister ergäben, gegen sich gelten lassen müsse. Dagegen werde der benachteiligte Gläubiger einen Bereicherungsanspruch gegen den Voreingetragenen erheben können: der Gläubiger, dessen Forderung an einer früheren als derjenigen Stelle eingetragen worden sei, an der sie bei Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften hätte eingetragen werden müssen, habe einen Vorteil erlangt und zwar auf Kosten des Gläubigers der zurücktretenden Post, weil der gesetzliche Anspruch auf die Eintragung an einer früheren Stelle ein schon existierendes Vermögensrecht bilde. Hiergegen wurde eingewendet, daß der Benachteiligte in keinem Falle gegen den Gläubiger der vortretenden Post irgend welche Ansprüche erheben könne. Der Berichtigungsanspruch aus § 894 habe zur Voraussetzung, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage im Widerspruche stehe. Der Erwerb des früher Eingetragenen stehe aber mit der wirklichen Rechtslage selbst dann im Einklange, wenn ein anderer auf Grund eines früher präsentierten Antrags nach § 46 GBO. hätte früher eingetragen werden müssen. Denn die Anmeldung eines Rechtes beim Grundbuchamte gebe der Eintragung kein dem Präsentatum entsprechendes Realrecht (Dernburg-Hinrichs I S. 117 Anm. 15). Aus den gleichen Gründen sei auch, im Gegensatze zur Praxis des Obertribunals (Arch. 37 S. 217, Bd 62 S. 31), die Zulässigkeit eines Anspruchs auf Einräumung der Priorität ausgeschlossen. Ebensowenig bestehe ein Bereicherungsanspruch gegen den voreingetragenen Gläubiger; denn der Vorteil, den dieser erlangt habe, sei nicht auf Kosten des zurücktretenden Gläubigers erlangt. „Im Anschluß an diese Erörterungen „wurde die Frage angeregt, ob man nicht bestimmen solle, daß für die Reihenfolge der Eintragungen der Eingang der Eintragungsanträge entscheidend sei, und daß, wenn irrtümlich von dieser Reihenfolge abgewichen sei, ein Anspruch auf Berichtigung bestehe. Man erachtete jedoch diese Regelung nicht für zweckmäßig, weil dadurch der öffentliche Glaube des Grundbuchs in einer den Grundbuchverkehr gefährdenden Weise beeinträchtigt werden würde. Für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs müsse lediglich dessen Inhalt maßgebend sein und es erscheine nicht zulässig, zur Ergänzung noch das Präsentationsregister zu Hilfe zu nehmen". (Prot. III S. 89 Abs. 3 bis S. 91.)

II. 1. Der § 879 BGB., der sich *nur auf Rechte an Grundstücken*, nicht auf Rechte an solchen Rechten bezieht, setzt das im § 46 GBO. vorgeschriebene Verfahren voraus. Danach erfolgt jede Eintragung in das Grundbuch auf dem Blatte des Grundstücks an der zunächst offenen Stelle der Abteilung, in die sie gehört. Liegen mehrere Eintragungsanträge vor, so ist die Eintragung in der durch den Zeitpunkt der Anbringung jedes einzelnen Antrags (GBO. § 13 Abs. 1 Satz 2) bestimmten Reihenfolge zu vollziehen. Sind die Anträge gleichzeitig gestellt, so ist im Grundbuche zu vermerken, daß die Eintragungen

Digitized by Google

gleichen Rang haben. Werden mehrere Eintragungen, die nicht gleichzeitig beantragt sind, in verschiedenen Abteilungen unter Angabe desselben Tages bewirkt, so ist im Grundbuche zu vermerken, daß die später beantragte Eintragung der früher beantragten im Range nachsteht. Diese Vorschriften finden jedoch insoweit keine Anwendung, als ein Rangverhältnis nicht besteht — wenn z. B. die Eintragung des Eigentumsübergangs und die Eintragung einer Hypothek gleichzeitig beantragt sind und beide Eintragungen unter Angabe desselben Tages erfolgen — oder als das Rangverhältnis von den Antragstellern abweichend bestimmt ist. Unter Hypotheken, die auf verschiedenen Miteigentumsanteilen an demselben Grundstücke lasten, besteht kein Rangverhältnis (RG. RJA. 4 S. 36). Werden mehrere Eintragungen beantragt, durch die dasselbe Recht betroffen wird, so darf die später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen (GBO. § 17). Über die Behandlung der Anträge, deren Erledigung ein Hindernis entgegensteht, vgl. § 18 GBO.

a. Das Rangverhältnis unter Rechten, die in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, wird durch die Reihenfolge der Eintragungen bestimmt ohne Rücksicht auf den im Grundbuch angegebenen Tag der Eintragung und der dem Vermerke vorgesetzten Nummer. Die an zweiter Stelle eingetragene Post geht der an dritter Stelle eingetragenen unbedingt vor, auch wenn sie unter gleichem oder späterem oder ohne Datum oder unter der Nummer 3 eingetragen ist. Sie steht der an dritter Stelle eingetragenen Post nur dann gleich oder nach, wenn dies nach § 879 Abs. 3 BGB. und § 46 Abs. 1 GBO. bei beiden Eintragungen im Grundbuch ausdrücklich vermerkt ist. (Fuchs S. 87 Nr. 2aa; Planck Nr. 1 zu § 879; Biermann SR. S. 55 Nr. 1). Mehrere Eintragungen in derselben Abteilung haben nur dann gleichen Rang, wenn dies bei jeder von ihnen vermerkt ist; daß sie unter derselben Nummer eingetragen werden, genügt nicht (Biermann SR. S. 56 Nr. 2; Planck 3 S. 100 Nr. 1; a. M. Dernburg SR. § 216 Anm. 3 S. 636). Das RG. (JW. 20 S. A 101) hält die Eintragung mehrerer Hypotheken unter derselben Nummer überhaupt für unzulässig, keinenfalls aber sind die Hypotheken aus diesem Grunde unwirksam.

Die Regel, daß sich das Rangverhältnis unter mehreren in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragenen Rechten nach der räumlichen Reihenfolge der Eintragungen bestimmt, bezieht sich, wenn Eintragungen in der III. Abteilung in Frage stehen, nur auf die in der Hauptspalte „Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden" erfolgten Eintragungen. Deren Reihenfolge kann durch nachträgliche Eintragungen in der Spalte „Veränderungen" ohne Zustimmung der Beteiligten, die in Form von Vorrechtseinräumungen zu erklären sein würde, nicht verschoben werden. Nur in Beziehung auf die Eintragung oder Erhöhung des Zinssatzes bis auf fünf vom Hundert und auf die Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist im § 1119 BGB. eine Ausnahme von diesem Grundsatze gestattet. Andere Erweiterungen und Veränderungen der Hypothek ꝛc., die nicht in der Hauptspalte an der zunächst freien Stelle, sondern unzulässigerweise neben der erweiterten Hypothek in der Spalte „Veränderungen" vorgenommen sind, haben dem Range nach die Stelle, die sie bei ordnungsmäßiger Eintragung erhalten haben würden, d. h. es ist das Datum der Eintragung maßgebend. Ist z. B. unter Nr. 4 eine Hypothek eingetragen und nachträglich, nachdem bereits unter Nr. 5 eine Hypothek für einen anderen Gläubiger eingetragen war, zu derselben in der Spalte „Veränderungen" als zu Nr. 4 gehörig eine Kautionshypothek (z. B. zur Sicherung der Rückzahlung in Pfandbriefen) unter einem jüngeren Datum, als dem Eintragungstage der Hypothek Nr. 5, eingetragen, so geht die Hypothek Nr. 5 im Range der Kautionshypothek zu Nr. 4 vor. Letztere geht nicht der Hypothek Nr. 5 im Raume vor, sondern steht in einem Nebenraume. (Vgl. RG. JW. 1899 S. 120 Nr. 93.) Die in der Nebenspalte „Veränderungen" derselben Abteilung eingetragenen Belastungen desselben in der Hauptspalte eingetragenen Rechtes haben untereinander das durch den Tag der Eintragung, nicht das durch die Reihenfolge bestimmte Rangverhältnis. Die Innehaltung einer räum-

lichen der Zeitfolge des Eingangs der Anträge entſprechenden Reihenfolge iſt hier nicht möglich, da ſich im voraus nicht überſehen läßt, welcher Raum für die in der Spalte „Veränderungen“ erfolgenden Eintragungen erforderlich ſein wird. Biermann (SR. S. 56 Nr. 6, WB. S. 158, Kober S. 67 Nr. IV 2) und Maenner (S. 48 Anm. 10) wollen auch hier für das Rangverhältnis die räumliche Aufeinanderfolge entſcheiden laſſen. Für Grundbücher, die keine Nebenſpalte „Veränderungen“ haben, wie das ſächſiſche und das heſſiſche, iſt dem gewiß beizutreten. Übrigens wird in der Regel die räumliche Aufeinanderfolge mit dem Tage der Eintragung zuſammentreffen, ſo daß beide Anſichten zu demſelben Ergebniſſe führen werden. Aber für die Fälle, wo ohne Rückſicht auf die Innehaltung der räumlichen Aufeinanderfolge die Eintragungen in der Spalte „Veränderungen“ vorgenommen ſind, wie es in Preußen früher vorkam, läßt ſich ein befriedigender Ausweg nur in der vom RG. in dem bezeichneten Urteile angegebenen Weiſe finden. Fuchs (S. 91 Nr. 8 b), der den Zeitpunkt der Entſtehung der Rechte als das Rangverhältnis der Eintragungen in der Spalte „Veränderungen“ beſtimmend anſieht, will auch wohl nur ſagen, daß der Zeitpunkt der Eintragung, nicht etwa der Zeitpunkt der Einigung, maßgebend ſei.

Die Anſprüche aus einem und demſelben Rechte haben untereinander (entſprechend dem § 367 BGB.) folgende Rangordnung: 1) der Anſpruch auf Erſatz der Koſten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundſtücke bezweckenden Rechtsverfolgung: 2) die Anſprüche auf wiederkehrende Leiſtungen und andere Nebenleiſtungen, aber nur wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückſtändigen Beträge; 3) der Hauptanſpruch (ZVG. §§ 12, 10 Abſ. 1 Nr. 4, Abſ. 2, § 13).

b. Handelt es ſich um Rechte, die in *verſchiedenen Abteilungen* eingetragen ſind, ſo hat das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang, während Rechten, die unter Angabe desſelben Tages eingetragen ſind, gleicher Rang zuſteht. Auch hier beſteht unter den Rechten nur dann ein anderes Rangverhältnis, wenn dies bei den betreffenden Eintragungen im Grundbuche vermerkt iſt. Iſt bei den in verſchiedenen Abteilungen eingetragenen Rechten die Angabe des Tages der Eintragung unterblieben, ſo ſind die Eintragungen zwar nicht unwirkſam, da der § 45 GBO. nur eine Ordnungsvorſchrift enthält, aber ſie ſind unvollſtändig, weil die zur Beſtimmung des Rangverhältniſſes nach § 879 Abſ. 1 Satz 2 BGB. erforderliche Angabe fehlt. Im Geſetz iſt dieſer Fall nicht ausdrücklich geregelt, die Motive zu § 52 Entw. 1 der GBO. (S. 91) bemerken: „Wenn den Eintragungen auf demſelben Grundbuchblatt ein Datum nicht beigefügt iſt, ſo muß dasſelbe gelten, als wenn das gleiche Datum beigefügt iſt; das Grundbuch würde alſo Gleichheit des Ranges der ohne Datum eingetragenen Rechte ergeben, ſoweit nicht nach § 840 Entw. 1 des BGB.; jetzt § 879 Abſ. 1 Satz 1 BGB.) die räumliche Reihenfolge entſcheidet. Daneben würde die nicht datierte Eintragung gegenüber der datierten Eintragung zurückſtehen.“ Mittelbar ergibt ſich dies auch aus den § 879 Abſ. 1 Satz 2. Denn danach hat von den in verſchiedenen Abteilungen eingetragenen Rechten das eine vor dem andern nur dann den Vorrang, wenn es unter Angabe eines früheren Tages eingetragen iſt. Dies trifft aber weder bei mehreren ohne Angabe des Tages in verſchiedenen Abteilungen erfolgten Eintragungen noch bei einer nicht datierten Eintragung der einen Abteilung gegenüber einer datierten Eintragung der anderen Abteilung zu. Biermann (SR. S. 55 Nr. 1) bemerkt: „Die undatierte Eintragung geht jedenfalls allen Eintragungen derſelben Abteilung vor, die ihr räumlich folgen. Sie muß damit auch allen Eintragungen der anderen Abteilungen vorgehen, denen dieſe Eintragungen ihrerſeits vorgehen. Dies erfordert die Rechtslogik.“ Ebenſo Planck (S. 100 Nr. 2 Abſ. 2) und Dernburg (SR. S. 138 A. 3).

2. Durch die Eintragung wird der Rang eines Rechtes auch dann begründet, wenn das Recht *bedingt* oder *befriſtet* eingetragen iſt (vgl. Anm. I 2 b S. 162). Hat der Eigentümer des Grundſtücks, nachdem er unter einer aufſchiebenden Bedingung ein Recht darauf hat eintragen laſſen, das Grundſtück weiter belaſtet, ſo geht im Falle der Erfüllung der Bedingung das damit unbedingt gewordene Recht dem ſpäteren unbedingt eingetragenen

Digitized by Google

Rechte vor. Dies bringt § 161 Abs. 1 BGB. zum Ausdrucke (vgl. auch ZVG. §§ 48, 50, 51, 119, 120). Dasselbe gilt nach § 163 BGB., wenn ein Recht unter Beifügung eines Anfangstermins für seine Wirksamkeit eingetragen ist. (Mot. I S. 250.) Ist ein Recht unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins eingetragen, so tritt es sofort mit dem ihm nach seiner Eintragung gebührenden Range in Wirksamkeit; mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermins verliert es mit seiner Existenz auch seinen Rang und werden die durch Abtretung oder Verpfändung daran begründeten Rechte unwirksam (BGB. §§ 158, 161, 163).

3. Ist ein Recht an einem Grundstück im Grundbuche zwar eingetragen, aber noch nicht zur Entstehung gelangt, weil es an der dazu nach § 873 erforderlichen Einigung des Eigentümers und des anderen Teiles fehlt, so ist gleichwohl die Eintragung für das Rangverhältnis maßgebend, falls später die Einigung zustande kommt (§ 879 Abs. 2). Der nacheingetragene Gläubiger kann demnach dem voreingetragenen Gläubiger das Vorrecht für dessen Hypothek nicht aus dem Grunde bestreiten, daß seine Hypothek in einem früheren Zeitpunkte durch Einigung und Eintragung begründet worden sei, als die Einigung des voreingetragenen Gläubigers zustande gekommen ist. (Anm. I 2 b S. 162.) Dies muß auch gelten, wenn die Einigung zwar vorhanden, aber von Anfang an oder infolge von Anfechtung nichtig war und später durch eine gültige Einigung ersetzt ist. Die Herstellung einer gültigen Einigung wird erst durch die Löschung der Eintragung ausgeschlossen. Anders im Falle der Anm. 6.

4. Entsteht dem eingetragenen Berechtigten dadurch Schaden, daß er infolge vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht des Grundbuchbeamten durch die Eintragung den seinem Rechte gebührenden Rang nicht erhalten hat, sei es, daß der Grundbuchrichter das der Zeitfolge der Anträge entsprechende oder von den Antragstellern abweichend bestimmte Rangverhältnis (GBO. § 46) nicht eingehalten, sei es, daß er der beantragten Eintragung nicht nach § 18 GBO. den Rang durch Eintragung einer Vormerkung bis zum Ablaufe der Frist, die zur Hebung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses bestimmt ist, vorbehalten hat, so kann er vom Staate Ersatz verlangen (GBO. § 12; BGB. § 839; vgl. Anm. 5 zu § 12 GBO.).

5. Bei der Reihenfolge, in welcher der Grundbuchrichter die Eintragungen vorgenommen hat, verbleibt es, und es bestimmt sich danach das Rangverhältnis selbst dann, wenn durch ein Versehen des Richters die eine Eintragung einen besseren und die andere einen schlechteren Rang erhalten hat, als ihr bei richtigem Verfahren (GBO. § 46) gebührt hätte. Doch kann der Richter seine Verfügung, auch wenn dadurch eine Eintragung angeordnet ist, so lange ändern, als sie ein Internum des Gerichts geblieben, als sie den Beteiligten noch nicht bekannt geworden ist. Selbstverständlich darf er die unrichtige Reihenfolge berichtigen, wenn die Beteiligten sich damit einverstanden erklären. Liegt ein solcher Fall nicht vor, dann ist mit der Eintragung eines Widerspruchs gegen die unrichtige Reihenfolge nicht zu helfen und auch im Beschwerdewege keine Berichtigung zu erlangen. Denn auch dann, wenn die zu Unrecht vorgestellte Post noch in der Hand des ursprünglichen Gläubigers sich befindet, liegt kein Erwerb vor, der ihn zur Zurückstellung seiner Post verpflichtet; außerdem ist die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig (GBO. § 71 Abs. 1). Selbst wenn der Gläubiger weiß, daß der ihm nacheingetragene Gläubiger seinen Eintragungsantrag früher zur Präsentation gebracht hat und deshalb hätte voreingetragen werden müssen, kann bei ihm von einer Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht die Rede sein, da für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs lediglich der Inhalt des Grundbuchs, nicht aber der die Zeitfolge der Anträge ergebende Inhalt der Grundakten maßgebend ist. Der zu Unrecht nacheingetragene Gläubiger hat keinen dinglichen Anspruch auf Berichtigung der Reihenfolge gegen den aus Versehen ihm voreingetragenen Gläubiger; denn es fehlt an der Voraussetzung des § 894 BGB., daß der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der wirklichen Rechtslage im Einklange steht, da der Antrag auf Eintragung nicht ein dem

Zeitpunkte seines Eingangs beim Grundbuchamt entsprechendes Realrecht für die nachfolgende Eintragung begründet. Auch steht dem aus Versehen nacheingetragenen Gläubiger gegen den ihm vorgestellten kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu; denn letzterer hat durch die unrichtige Reihenfolge der Eintragungen nichts auf Kosten des ersteren erlangt, da in dessen Vermögen durch den früher gestellten Antrag auf Eintragung noch nichts gelangt war (§ 812). Besteht zwischen dem nacheingetragenen und dem ihm zu Unrecht vorangestellten Berechtigten kein Schuldverhältnis, aus welchem sich eine Verpflichtung des letzteren herleiten läßt, die vorrechtliche Befriedigung des ersteren aus dem Grundstücke zu gestatten, und fällt auch dem vorangestellten Berechtigten eine unerlaubte Handlung nicht zur Last, aus der dem Verletzten ein Anspruch auf Schadenersatz, auf Herstellung oder Geltenlassen des richtigen Rangverhältnisses (BGB. 249), entstanden ist, so kann der Verletzte den Staat auf Schadenersatz in Anspruch nehmen (GBO. § 12; BGB. § 839; RG. E. 60 S. 392). Dieser Anspruch fällt aber weg, wenn die Grundbuchbeamten das Versehen bei Bestimmung der Reihenfolge nur aus Fahrlässigkeit begangen haben und der Verletzte auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, wenn er sich z. B. für den bei der nachgestellten Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren erlittenen Ausfall durch Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners Ersatz verschaffen kann oder wenn er in dem erstandenen Pfandgrundstücke, dessen Wert sein Meistgebot übersteigt, Deckung seines Ausfalls erhalten hat (RG. E. 57 S. 277). Die frühere Rechtsprechung (RG. E. 4 S. 324, Bd 11 S. 329, Bd 43 S. 216, Bd 53 S. 283; vgl. auch Turnau I S. 148) kommt gegenüber den Vorschriften des neuen Reichsrechts nicht mehr in Betracht.

6. Ist eine Eintragung wegen Verletzung wesentlicher (sog. Muß-) Vorschriften nichtig, ist z. B. eine Höchstbetragshypothek des § 1190 ohne Angabe des Höchstbetrags eingetragen oder entgegen den §§ 1114, 2033 der Anteil eines Miterben an einem Nachlaßgrundstücke vor geteilter Erbschaft belastet, so kann (nach dem Grundsatze des § 141) der Mangel nur durch eine neue wirksame Eintragung gehoben werden. Sind inzwischen andere Eintragungen erfolgt, so kommt der neuen Eintragung der Rang hinter diesen zu; denn die nichtige Eintragung gilt als nicht vorhanden, geht also den nacheingetragenen Posten nicht vor. Im Grundbuche ist dies entweder in der Weise darzustellen, daß in der Spalte „Veränderungen" die Heilung der in der Hauptspalte eingetragenen Post unter Bezeichnung des ihr nunmehr gebührenden Ranges vermerkt wird, oder (besser) in der Weise, daß die nichtige Eintragung gelöscht und die gültige neue Eintragung post omnes gestellt wird. Mit der Nichtigkeit der Eintragung ist nicht die Nichtigkeit der Einigung (vgl. Anm. 3) zu verwechseln. (Fuchs S. 88 Lit. d; a. M. Böhm S. 35 Nr. II.)

7. Wie nach § 880 die Beteiligten das Rangverhältnis eingetragener Rechte nachträglich ändern können, so können sie auch bei Bestellung mehrerer Rechte das Rangverhältnis abweichend vom § 879 Abs. 1 regeln. Dazu ist Einigung der Beteiligten und Eintragung der Abweichung erforderlich. Unterbleibt die Eintragung der Abweichung, so ist die Reihenfolge im Grundbuche maßgebend. Ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs steht dem zu Unrecht nachgestellten Berechtigten nicht nach § 894 zu; denn eine wirkliche Rechtslage in Ansehung des Rangverhältnisses besteht außerhalb des Grundbuchs überhaupt nicht, da sie weder durch die Einigung der Beteiligten noch — abgesehen von den §§ 914, 917 — durch das Gesetz, sondern nur durch Eintragung geschaffen wird (a. M. Planck 3 S. 101 Nr. 4 a, Achilles-Strecker S. 283 Nr. 7 a, Kober S. 67 Nr. III a, Biermann SR. S. 55 Nr. 2; vgl. auch Anm. 5 S. 166). Maßgebend ist nach § 46 Abs. 3 GBO. die Bestimmung des Antragstellers; vorausgesetzt ist dabei jedoch, daß der Antrag in dieser Beziehung mit der Eintragungsbewilligung nicht im Widerspruche steht.

Die durch Vereinbarung bevorrechtete Rangstellung darf nicht arglistig mißbraucht werden. Hat z. B. der Verkäufer eines Grundstücks den vom Käufer aufzunehmenden Baugeldern das Vorrecht vor seinem Kaufgeld eingeräumt, damit durch die Verwendung der Baugelder der Wert des Grundstücks erhöht werde, und ist demgemäß auf die Bewilligung

des Käufers die Eintragung der Baugelder mit dem Vorrechte vor dem Kaufgeld erfolgt; sind aber Baugelder nicht hergegeben, hat vielmehr der Käufer der Baugeldhypothek eine andere Forderung des Baugeldgebers an ihn untergelegt und ist die Hypothek durch diese andere Valutierung wirksam geworden: so handelt auch der Baugeldgeber argliftig und kann sein Vorrecht gegenüber der Kaufgeldhypothek nicht geltend machen, wenn er den Sachverhalt kennt und gleichwohl die ihm gewährleistete Rangstellung dazu benutzt, um hinter dem Rücken des Verkäufers und zu dessen Nachteil andere Forderungen an die Stelle der mit Vorrecht ausgestatteten Baugeldforderung zu setzen (RG. V. 175. 02).

III. 1. „Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879—881 und des § 1151" (BGB. § 1261).

2. Für den Rang eines durch Tabularersitzung erworbenen Rechtes ist die Eintragung maßgebend (BGB. § 900 Abs. 2 Satz 2).

3. Der Rang des durch eine Vormerkung gesicherten Rechtes bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung (BGB. § 883 Abs. 3). Die Beteiligten können jedoch bei Bewilligung und Beantragung des Vormerkungseintrags sich dahin einigen, daß die Vormerkung einen anderen Rang haben, daß sie anderen Eintragungen (auch Vormerkungen) im Range gleich- oder nachstehen soll. Die abweichende Rangbestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch (§ 879 Abs. 3). (Reichel Umschr. S. 53.) Der Rang des nach § 899 durch Widerspruch geschützten Rechtes wird — vorbehaltlich der unter dem Schutze des § 892 erworbenen Rechte — nicht durch das Datum der Eintragung des Widerspruchs, sondern nach dem Zeitpunkte der Entstehung oder bei einem zu Unrecht gelöschten Rechte nach dem früheren Range der Eintragung des geschützten Rechtes bestimmt (Anm. I 3 b zu § 883 und Anm. I 3 zu § 899 BGB.).

4. Rechte, mit denen das nach § 890 Abs. 2 BGB. als Bestandteil zugeschriebene Grundstück bei seiner Zuschreibung belastet ist, gehen den Hypotheken auf dem Grundstücke, zu dem die Zuschreibung erfolgt, vor (BGB. § 1131).

5. Die Reihenfolge der Eintragungen und der Tag der Eintragung (BGB. § 879 Abs. 1) können nicht maßgebend sein für die ohne Eintragung entstehenden Rechte. Die Überbau- und die Notwegrente gehen allen Rechten an dem mit ihnen belasteten Grundstück, auch den älteren, vor (BGB. § 914 Abs. 1, § 917 Abs. 2). Der Rang des Nießbrauchs (§ 1075) und der Sicherungshypothek (BGB. § 1287; ZPO. § 848 Abs. 2) kann sich nur nach dem Zeitpunkte der Entstehung richten. Vgl. im übrigen Anm. VIII zu § 892 BGB.

6. Über die Rangordnung, in der im Zwangsversteigerungs- und im Zwangsverwaltungsverfahren die Ansprüche aus dem Grundstück befriedigt werden, vgl. die §§ 10 ff., 155 ZVG. und die Art. 1, 2, 3, 12, 13 PAG. z. ZVG.

IV. **„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche einer Geldrente, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehns zusteht, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen. Zugunsten eines Dritten finden die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. Anwendung." (EG. z. BGB. Art. 118.)**

Für Preußen werden hierdurch die Vorschriften des G., betr. die Errichtung von Landeskultur-Rentenbanken, v. 13. Mai 1879 (GS. S. 367) über das Vorzugsrecht der Landeskulturrenten (§§ 11 ff.) aufrecht erhalten. Da dieses Vorzugsrecht erst mit der Eintragung in das Grundbuch entsteht (§ 25), der Art. 118 S. 2 EG. sich aber nur gegen solche Landesgesetze richtet, nach denen der Vorrang nicht in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht, indem er bestimmt, daß der nicht eingetragene Vorrang Dritten gegenüber nur nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. über den Schutz Dritter durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs wirksam ist: so fehlt die Voraussetzung für das Eingreifen der Vorschrift des Art. 118 Satz 2 EG. Dagegen ist in einigen anderen Punkten das preuß. Gesetz dem neuen Reichsrecht im Art. 21 AG. z. BGB. angepaßt. Davon sind nur diejenigen Vorschriften betroffen, welche die Gewährung eines Darlehns zur Ausführung von Drainierungsanlagen betreffen (§§ 10 ff.) Diese gestalten sich unter Berücksichtigung der durch Art. 21 PAG. z. BGB. angeordneten — hier gesperrt gedruckten Änderungen so: Das Darlehn wird entweder in barem Gelde oder in Landeskultur-Rentenbriefen nach dem Nennwerte gewährt (§ 4), durch Eintragung der Rente und

der etwaigen Zuschläge im Grundbuche sichergestellt (§ 24) und durch Zahlung der Rente während der bestimmten Zeit getilgt (§ 12). Der Darlehnssucher kann unter bestimmten Voraussetzungen beanspruchen, daß der Rente und den Zuschlägen das Vorzugsrecht vor allen anderen auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Belastungen gewährt werde (§ 11). Nur soweit der Rente dieses Vorzugsrecht gesichert ist, wird das Darlehn gewährt. „Der Darlehnssucher hat zunächst eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Rente in das Grundbuch eintragen zu lassen" (§ 14 Abs. 1 PAG. Art. 21 Nr. I), wodurch die Rente gegen alle späteren Eintragungen und ihr der Rang nach § 883 Abs. 2 u. 3 BGB. gesichert wird. Sodann hat er die Gewährung des Vorzugsrechts bei der Auseinandersetzungsbehörde zu beantragen (§ 14). Diese fordert, nachdem ihr durch das Gutachten einer zu diesem Zwecke eingesetzten Kommission nachgewiesen ist, daß die beabsichtigte Drainierungsanlage geeignet sei, das Grundstück mindestens in Höhe der erforderlichen Kosten zu verbessern, durch öffentliche Bekanntmachung die Realberechtigten auf, etwaige Widersprüche gegen die beabsichtigte Gewährung des Vorzugsrechts innerhalb einer Frist von sechs Wochen schriftlich bei ihr anzubringen, mit der Eröffnung, daß bei Ablauf der Frist nach Lage der Sache über die Gewährung des Vorzugsrechts Beschluß gefaßt und ein Widerspruch, der nach der Beschlußfassung eingeht, nicht berücksichtigt werde (§§ 15—20). Durch den rechtzeitigen, d. h. vor der Beschlußfassung angebrachten, Widerspruch eines Realberechtigten wird die Gewährung des Vorzugsrechts vor dem Anspruche des Widersprechenden und jedes ihm vorgehenden anderen Realberechtigten ausgeschlossen (§ 21). Nach Ablauf der Frist beschließt die Auseinandersetzungsbehörde darüber, welches Vorzugsrecht der Rente für den Fall der zweckmäßigen Ausführung der beabsichtigten Drainierungsanlage zu gewähren ist (§ 22). Um das erbetene Darlehn zu erlangen, hat nunmehr der Darlehnssucher durch Eintragung der Rente und der etwaigen Zuschläge im Grundbuche die Sicherheit zu bestellen (§ 24). „Bei der Eintragung der Rente ist zugleich auf Grund des Beschlusses der Auseinandersetzungsbehörde (§ 22) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorzugsrechts für die Rente einzutragen." (PAG. Art. 21 Nr. II.) Die Eintragung der Vormerkung ist vorgeschrieben, weil durch die Versäumung des rechtzeitigen Widerspruchs zunächst nur gegenüber den nicht widersprechenden Realberechtigten selbst ein durch die Ausführung der geplanten Drainierungsanlage bedingter Anspruch auf Gewährung des Vorzugsrechts für die Rente begründet erscheint, ein solcher persönlicher Anspruch aber Dritten gegenüber grundsätzlich nur dann Wirksamkeit erlangt, wenn er durch eine Vormerkung gesichert ist (BGB. § 883). „Die Eintragung des Vorzugsrechts im Grundbuch erfolgt auf Grund einer Bescheinigung der Auseinandersetzungsbehörde, daß die zweckmäßige Ausführung der Drainierungsanlage geschehen ist." (PAG. Art. 21 Nr. III.) Bescheinigt die Auseinandersetzungsbehörde, daß ein Teil der planmäßigen Anlage ausgeführt und dadurch eine dauernde Substanzverbesserung herbeigeführt ist, so kann die Eintragung des Vorrechts für einen von der Auseinandersetzungsbehörde zu bestimmenden Teil der Rente erfolgen (G. § 26). Der nochmaligen Vorlegung des bereits zum Zwecke der gleichzeitig mit der Rente eingetragenen Vormerkung vorgelegten Beschlusses der Auseinandersetzungsbehörde über das der Rente zu gewährende Vorzugsrecht (§ 22), die § 25 G. erforderte, bedarf es nicht mehr. „Die Eintragung der im § 24 Abs. 3 bezeichneten (mit der Rente zugleich einzutragenden) Vormerkung und des Vorzugsrechts der Rente erfolgt ohne Vorlegung der über die vorhandenen Realrechte ausgefertigten Urkunden. Wird eine solche Urkunde nachträglich vorgelegt, so hat das Grundbuchamt die Eintragung auf ihr zu vermerken." (PAG. Art 21 Nr. IV.) Die hierin liegende Abweichung von den §§ 42, 43 GBO. ist nach dem § 83 GBO. und dem Art. 118 EG. z. BGB. unbedenklich zulässig. Die Löschung der Rentenpflicht im Grundbuch erfolgt auf Antrag der Landeskultur-Rentenbank, der gestellt werden muß, sobald die Rente getilgt ist (G. § 31). Über die Gewährung eines Darlehns zu Drainierungsanlagen auf einem Lehns- oder Fideikommißgute vgl. § 32 G. u. RG. E. 40 S. 318. (Die erläuternden Bemerkungen sind der Begr. des Art. 20 des Entw. des PAG. z. BGB. entnommen.) Landeskultur-Rentenbanken sind unter Allerh. Genehmigung des Statuts für Schlesien, Schleswig-Holstein (mit Ausschluß von Lauenburg), Posen u. Westfalen errichtet. (Amtsbl. der Reg. zu Breslau 1881 Nr. 39 S. 285, zu Schleswig 1881 Nr. 56 S. 423, zu Posen 1885 Nr. 49 S. 361, zu Münster, Minden und Arnsberg 1894 Nr. 36, 1896 Nr. 23.)

V. Die älteren Rechte an Grundstücken behalten auch nach Anlegung des Grundbuchs ihren bisherigen Rang. Der § 879 BGB. findet darauf keine Anwendung, es sei denn, daß die Landesgesetzgebung dies anordnete. In Preußen ist dies nicht geschehen. Da das EigG. v. 1872 in den §§ 17, 34, 36 das Rangverhältnis ebenso bestimmt, wie der

§ 879 BGB., so ist für den ursprünglichen Geltungsbereich dieses Gesetzes bezüglich des Rangverhältnisses der eingetragenen Hypotheken und Grundschulden keine Änderung gegen früher eingetreten. Anders in den Landesteilen, wo das EigG. später eingeführt ist, da die Einführungsgesetze für die bereits begründeten Rechte an Sachen ihre bisherige Rangordnung auch nach ihrer Eintragung in das Grundbuch bestehen lassen (vgl. z. B. EG. für das Jadegebiet v. 23. März 1873 §§ 22, 23, 28, 29). Vgl. V. v. 13 November 1899 Art. 5 ff. — Wird in dem ursprünglichen Geltungsbereiche der GBO. v. 1872 für ein Grundstück, das ein Grundbuchblatt noch nicht erhalten hat, ein Blatt angelegt, so bleiben für die Rangordnung der in das Grundbuch aufzunehmenden Rechte, soweit sie durch besondere, für einzelne Landesteile erlassene Gesetze bestimmt ist, diese Gesetze maßgebend. Im übrigen regelt sich die Rangordnung nach den zur Zeit der Entstehung der Rechte geltenden Gesetzen und, wenn sie hiernach nicht bestimmt werden kann, nach der Zeitfolge der Anmeldungen. (V. v. 13. November 1899 Art. 30. GS. S. 519.) Vgl. PHypO. v. 1783 IV §§ 31—33, PGBO. § 138, V. v. 16. Juni 1820 § 5 b (GS. S. 106) sowie § 91 RGBO. nebst Zus. u. Anm.

§ 880.

Das Rangverhältnis kann nachträglich geändert werden.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und des § 878 finden Anwendung. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 876 entsprechende Anwendung.

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt.

I. Das PEigG. bestimmte im § 35: „Ein voreingetragener Gläubiger kann sein Vorrecht einem nachstehenden einräumen. Die Einräumung des Vorrechts für das Kapital bezieht sich auch auf die Nebenleistungen. Die Vorrechte der Zwischenposten werden hierdurch nicht geändert." Im § 86 Abs. 1 PGBO. war hinzugefügt: „Zur Einräumung des Vorrechts genügt eine darauf gerichtete Erklärung des Einräumenden". Ob die Vorrechtseinräumung auf Hypotheken und Grundschulden beschränkt sei oder ob sie auch zwischen den dinglichen Rechten der II. Abteilung und zwischen diesen und den Hypotheken und Grundschulden stattfinden könne, war streitig (RG.JB. 10 S. 349, Bd 12 S. 362, 366). Im Gesetze war sie nur so weit geregelt, als der Rang der Hypotheken und Grundschulden in Frage kommt.

Bei der Beratung des BGB. wurde davon ausgegangen, daß den Beteiligten die Möglichkeit gegeben sein müsse, einem eingetragenen oder einzutragenden Rechte einen besseren Rang zu verschaffen, als ihm nach § 879 gebühre. „Mag auch das praktische Bedürfnis — vgl. Mot. III S. 229 — nur in der Beschränkung auf Hypotheken und Grundschulden besonders zwingend sein, jedenfalls wird es nicht selten erheischen, daß ein solches Recht den Vorrang vor einem anderen Rechte, namentlich einer persönlichen Dienstbarkeit oder einer Reallast, erhalte. Wenn aber die Umgestaltung des Rangverhältnisses auf Hypotheken und Grundschulden nicht beschränkt werden kann, so wird das Gesetz einfacher und verständlicher, wenn sie für alle begrenzten Rechte gleichmäßig zugestanden wird."

Da das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit für das Sachenrecht nicht gilt, ist die Zulässigkeit einer Änderung der Rangordnung im Abs. 1 des § 880 besonders ausgesprochen.

Die Änderung des Rangverhältnisses erfordert, wie jede Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück (vgl. §§ 877, 873 Abs. 1), Einigung der Beteiligten und

Eintragung in das Grundbuch. Fraglich kann nur sein, wer zu den Beteiligten zu rechnen ist. Nach dem Entw. I sollte die Wirkung der Vorzugseinräumung sich nicht auf die beiden Gläubiger, die sie vereinbaren, und ihre Rechtsnachfolger beschränken, sondern das nachstehende Recht sollte den Rang des vorstehenden Rechtes mit dinglicher Wirkung, und zwar nicht bloß gegen den zurücktretenden Gläubiger, sondern gegen jedermann, also auch gegen den Eigentümer und die Zwischenberechtigten, erhalten. Der § 841 Entw. I forderte daher zu der Änderung „einen Vertrag, der vom Eigentümer des Grundstücks und denjenigen Berechtigten, für deren Rechte der Rang geändert werden soll, sowie den zwischen ihnen stehenden Berechtigten zu schließen ist". Durch die Änderung würde dann der gleiche Erfolg erzielt, der einträte, wenn die betreffenden Rechte sämtlich zur Löschung gebracht und hiernächst in der von den Beteiligten vereinbarten Reihenfolge neu begründet und wieder eingetragen wären. (Mot. III S. 229—232.)

1. Bei der 2. Lesung ging man davon aus, daß zur Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung die Mitwirkung nur derjenigen Personen zu verlangen sei, die durch die Vorrechtseinräumung in ihrer Rechtslage berührt werden. Diese seien in erster Linie der Gläubiger der vortretenden und der Gläubiger der zurücktretenden Post. Deshalb sei die neben der Eintragung zur dinglichen Wirkung der Vorrechtseinräumung erforderliche Einigung dieser Gläubiger, nicht die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger der nachtretenden Post zu verlangen. Dem mittelbaren Interesse des Eigentümers könne dadurch Rechnung getragen werden, daß man die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung an seine Zustimmung knüpfe, die (in Ergänzung des § 182 Abs. 1 BGB.) nicht nur gegenüber den Beteiligten, sondern auch gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden könne. Eine Benachteiligung des Eigentümers sei jedoch nur dann zu befürchten, wenn das Zurücktreten einer Hypothek oder Grundschuld zwischen den beiden beteiligten Gläubigern vereinbart werde, weil dadurch der Eigentümer empfindlich geschädigt werde könne (vgl. Anm. II 2 S. 173). In den übrigen Fällen bestehe diese Gefahr nicht. Insbesondere nicht beim Zurücktreten einer Reallast, da die Reallast nicht, wie die Hypothek und Grundschuld, nach erfolgter Ablösung durch den Grundstückseigentümer auf diesen übergehe, sondern fortfalle. (Prot. III S. 91 Nr. VI. S. 96 c.)

2. Die Bestimmung Abs. 4 des § 880 BGB. will verhüten, daß die Wirkungen der Vorrechtseinräumung dadurch vereitelt werden, daß der Eigentümer den zurücktretenden Gläubiger befriedigt, dessen Recht zur Löschung bringt und damit dem vorstehenden Gläubiger die Möglichkeit benimmt, den ihm abgetretenen Vorrang geltend zu machen. Sie ist verallgemeinert, weil sich hierher gehörige Fälle auch abgesehen von der Hypothek oder Grundschuld denken ließen. Bei der 2. Lesung wurde zur Rechtfertigung folgendes bemerkt. Auf die Rangabtretung als eine dingliche Rechtsänderung finde auch der § 892 BGB. über den Schutz des guten Glaubens Anwendung. Hieraus folge, daß die Vorrechtseinräumung als solche von dem Schicksale der Hypothek unabhängig sei und daß insoweit der Rang, der nach der Auffassung des Verkehrs ein selbständiges wirtschaftliches Gut geworden, von der Hypothek getrennt werden müsse. Werde die zurückgetretene Hypothek gelöscht, so werde damit die dingliche Vorrechtseinräumung nicht gegenstandslos, vielmehr bleibe sie mit dem Range der gelöschten Hypothek bestehen und die Zwischenberechtigten könnten nicht aufrücken. Es fehle auch nach vorbehaltloser Löschung des zurückgetretenen Rechtes nicht an einem die Rangordnung ersichtlich machenden Vermerk im Grundbuche, da die Rangänderung nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte eingetragen werde. Die Aufhebung des zurücktretenden Rechtes von der Zustimmung des Gläubigers des vortretenden Rechtes abhängig zu machen, empfehle sich nicht. Ob der Eigentümer oder der persönliche Schuldner, dem das Eigentum nicht zustehe, die Tilgung und Aufhebung des zurücktretenden Rechtes bewirke, mache keinen Unterschied. (Prot. III S. 97 d.)

3. Bei der 2. Lesung stimmte man darin überein, daß die im § 841 Entw. I gestaltete Rangänderung, die zu ihrem Eintritte die Zuziehung der Zwischenberechtigten fordere, den Anforderungen des Verkehrs nicht genüge, da die Zustimmung der Zwischenberechtigten in der Regel nicht zu erlangen sein werde. Man meinte, daß neben der durchgreifenden Rangänderung des Entw. I auch noch eine Rangabtretung ohne Beteiligung der Zwischenberechtigten, wenn auch mit geringerem Erfolge, zugelassen werden müsse; die Rangänderung erlange dann nur im Verhältnisse zwischen dem vortretenden und dem zurücktretenden Berechtigten Wirksamkeit, während die Rechtsstellung der Zwischenberechtigten davon unberührt bleibe. Wolle man die Wirkung der Rangänderung auch auf die Zwischenberechtigten erstrecken, so genüge nicht, daß die Zwischenberechtigten dem Rechtsgeschäfte zwischen dem vortretenden und dem zurücktretenden Berechtigten durch eine einseitige Erklärung ihre Zustimmung erteilten, da dem zurücktretenden Gläubiger nicht ohne sein Zutun der Rang, der ihm ohne die Vorrechtseinräumung zukomme, entzogen werden könne, sondern dazu bedürfe es eines besonderen Vertrags, der von denjenigen Berechtigten, für

deren Rechte der Rang geändert werden solle, mit den zwischen ihnen stehenden Berechtigten zu schließen sei, und zwar unter Zustimmung des Eigentümers, wenn die zurücktretende Post eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld sei. Es empfehle sich jedoch nicht, diesen Vertrag ausdrücklich im Gesetze zu erwähnen; es genüge vielmehr, wenn im allgemeinen bestimmt werde, daß die Rechte der Zwischenberechtigten von der Rangabtretung nicht berührt würden. (Prot. III S. 95 b.)

II. Der § 880 BGB. unterscheidet sich von dem bisherigen preuß. Rechte (EigG. § 35) in folgendem. Während das preuß. Recht ausdrücklich eine Vorrechtseinräumung nur inbezug auf Hypotheken und Grundschulden gestattete, ist im BGB. die Änderung des Rangverhältnisses für alle begrenzten Rechte ohne Ausnahme zugelassen (vgl. Anm. I Abs. 1 u. 2 S. 170). Das preuß. Recht machte die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung nicht von deren Eintragung in das Grundbuch abhängig; das BGB. fordert dazu die Eintragung (vgl. Anm. II 6 S. 174). Nach preuß. Rechte war in keinem Falle die Zustimmung des Eigentümers erforderlich; das BGB. verlangt sie, wenn das zurücktretende Recht eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ist (§ 880 Abs. 2 Satz 2). Nach preuß. Praxis verlor die Vorrechtseinräumung ihre Wirkung mit der Löschung der zurückgetretenen Post; nach § 880 Abs. 4 BGB. geht der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang dadurch nicht verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

1. Um die Rangänderung möglichst zu erleichtern, wird neben der Eintragung der Änderung in das Grundbuch nur die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten gefordert (§ 880 Abs. 2). Die obligatorische Verpflichtung ist an keine Form gebunden, es sei denn, daß ein Rechtsgeschäft vorliegt, zu dessen Wirksamkeit die Beobachtung einer besonderen Form erfordert wird, z. B. eine Schenkung, ein abstraktes Versprechen (BGB. §§ 518, 780; vgl. Anm. A S. 100). Dies muß nach Lage des Einzelfalls beurteilt werden. (RG. E. 48 S. 133.) Die gegen diese Entscheidung erhobenen Bedenken sind mit Rücksicht auf die Lage des entschiedenen Falles nicht begründet. Auf die Einigung und die Eintragung findet entsprechende Anwendung, was in Anm. III B und C (S. 102—120) darüber bemerkt ist. Vor der Eintragung der Rangänderung sind die beteiligten Berechtigten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der zurücktretende Berechtigte dem vortretenden eine dem § 29 GBO. entsprechende Eintragsbewilligung ausgehändigt hat (§ 880 Abs. 2, § 873 Abs. 2). Ist die Erklärung des zurücktretenden Berechtigten für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt, so wird sie nicht dadurch unwirksam, daß der zurücktretende Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird (§ 880 Abs. 2, § 878). Sind das zurücktretende und das vortretende Recht in der Hand desselben Berechtigten, so kann von einer Einigung und von einem Gebundensein des Berechtigten nicht die Rede sein (RG. E. 47 S. 208). Eine dingliche Rangänderung kann solchenfalls nur bei oder nach Abtretung des einen Rechtes in Frage kommen (a. M. KG. RJA. 2 S. 50, JW. 26 S. A 148). Ebensowenig kann der Gläubiger einer Hypothek vor deren Abtretung einem Teile der Hypothek vor dem anderen den Vorrang einräumen (Planck Nr. 3 a zu § 880). Die Einigung braucht dem Grundbuchamte nicht nachgewiesen zu werden, sondern es genügt nach §§ 19, 20, 40 GBO. zur Eintragung, wenn die Bewilligung des Zurücktretenden und, wo es erforderlich ist, die Zustimmung des Eigentümers oder eines Dritten in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form vorliegt (RG. JW. 21 S. A 306). Enthalten die Urkunden, die zum Zwecke der Eintragung eingereicht sind, die Bewilligung des Zurücktretenden und die Zustimmung des Eigentümers oder eines Dritten, sowie den Eintragungsantrag eines von ihnen, so bedarf es nicht noch eines besonderen Eintragungsantrags oder der Bewilligung des Vortretenden (KGJW. 28 S. A 265). Zur Eintragung des Vorrangs vor den getilgten Teilen einer Hypothek genügt, solange die Tilgung noch nicht stattgefunden hat und eine Eigentümerhypothek daher noch nicht entstanden ist, nicht die Bewilligung des Eigentümers als künftigen Eigentümerhypothekars, sondern dazu ist die Bewilligung des voreingetragenen

Hypothekengläubigers und bei einer Briefhypothek die Vorlegung des Briefes (§§ 42, 62 GBO.) erforderlich (RG. RJA. 4 S. 243).

2. Der Eigentümer des Grundstücks wird durch die Rangänderung an sich nicht beeinträchtigt. Die Möglichkeit einer Schädigung ergibt sich jedoch für ihn dann, wenn eine Hypothek oder eine Grund- oder Rentenschuld zurücktreten soll, da der Eigentümer, falls das Recht des Gläubigers erlischt, dieses regelmäßig erwirbt (§ 1163). In diesem Falle wird daher die Zustimmung des Eigentümers für die Rangänderung verlangt. Sie muß dem Grundbuchamt oder dem zurücktretenden oder dem vortretenden Berechtigten gegenüber erklärt werden und ist sofort unwiderruflich (§ 880 Abs. 2). Es ist nicht erforderlich, daß der Eigentümer sich bei der Einigung der Berechtigten als Vertragschließender beteiligt. Die Einigung wird wirksam und unwiderruflich ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer der Rangänderung zugestimmt hat oder nicht. Damit aber die Einigung durch Eintragung zur Rangänderung führe, bedarf es der Zustimmung des Eigentümers, die gleichzeitig mit der Einigung erteilt werden oder ihr nachfolgen kann. Wirksam ist die Zustimmung, auch wenn sie formlos erklärt wird; dem Grundbuchamte muß sie aber zum Zwecke der Eintragung der Rangänderung in der Form des § 29 GBO. vorgelegt werden. Darüber, ob aus der formlos erklärten dinglichen Zustimmung auf Ergänzung der nach § 29 GBO. erforderlichen Form geklagt werden kann, vgl. Anm. 4 Abs. 1 S. 110. Auf die Wirksamkeit der Zustimmung ist es ohne Einfluß, daß der Eigentümer nach der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (BGB. § 130). Der § 878 kommt hier nicht zur Anwendung; an die vom Eigentümer vor der Konkurseröffnung unwiderruflich erklärte Zustimmung ist der Konkursverwalter gebunden, auch wenn die Voraussetzungen des § 878 nicht erfüllt sind (RG. E. 52 S. 411). Der Zustimmung des Eigentümers zur Rangänderung bedarf es auch dann, wenn die zurücktretende Hypothek ꝛc. und das vortretende Recht in der Hand desselben Berechtigten sind (Anm. 1). Nur in dem Falle ist die Zustimmung des Eigentümers nicht wesentlich, obwohl die Rangänderung bei einer Hypothek ꝛc. vorgenommen wird, wenn die Rangänderung nicht bei zwei verschiedenen Hypotheken ꝛc. eintreten, sondern die eine Hypothek ꝛc. in mehrere Teile zerlegt und das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander geändert werden soll (§ 1151).

Nur wenn das zurücktretende Recht eine Hypothek ꝛc. ist, bedarf es der Zustimmung des Eigentümers. Die rechtliche Natur des vortretenden Rechtes kommt nicht in Betracht. Ist das zurücktretende Recht keine Hypothek ꝛc., sondern ein dingliches Recht anderer Art (Reallast, Dienstbarkeit), so genügt die Einigung der beiden Berechtigten, mag auch die vortretende Post eine Hypothek ꝛc. sein. Das Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers auch auf den Rücktritt von Reallasten auszudehnen, ist abgelehnt (vgl. Anm. 1 1 S. 171).

Ist der Eigentümer des Grundstücks nicht der persönliche Schuldner der zurücktretenden Hypothekenforderung, so wird neben der Zustimmung des Eigentümers nicht die Zustimmung des persönlichen Schuldners gefordert, obwohl auch auf den persönlichen Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Post übergehen kann (§ 1164). Der persönliche Schuldner ist aber durch § 1165 dagegen geschützt, daß ihn sein Gläubiger und der Eigentümer durch Abtretung des Vorrangs an ein anderes Recht schädigen.

Der Satz 2 im Abs. 2 des § 880 bezieht sich nur auf die rechtsgeschäftliche Rangänderung. Wer wegen einer vollstreckbaren Forderung eine Sicherungshypothek auf dem Grundstücke seines Schuldners hat eintragen lassen und die voreingetragenen Hypotheken aus dem Ges. v. 21. Juli 1879 dahin angefochten hat, daß der Gläubiger derselben seiner Sicherungshypothek den Vorrang einzuräumen habe, kann auf Grund des vollstreckbaren Urteils die Rangänderung eintragen lassen, ohne daß es dazu der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Denn die Eintragung erfolgt hier zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB., da die Rangänderung bereits mit der Rechtskraft des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urteils eingetreten ist. (Dresden. Rsp. 6 S. 258.) Ebensowenig zur Eintragung des Vorrangs aus den §§ 128, 130 ff. ZVG. (Planck Nr. II 3 c

zu § 880.) Der vom Eigentümer bewilligten **Erweiterung** des Inhalts eines Hypothekenrechts kommt, soweit sich nicht aus der Bewilligung etwas anderes ergibt und nicht Rechte Dritter entgegenstehen, begrifflich der Rang des Rechtes selbst zu. Daher bedarf es keiner besonderen Erklärung des Eigentümers über den Rang der Erweiterung und ebensowenig seiner Zustimmung zur Einräumung des Vorrangs für die Erweiterung von seiten gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger (KG. JW. 26 S. A 140).

Die Vormerkung einer Rangänderung bedarf der Zustimmung weder des Eigentümers noch des Dritten, mit dessen Rechte das zurücktretende Recht belastet ist, da ihre Rechte durch die bloße Vormerkung nicht berührt werden.

3. Ist das zurücktretende Recht mit dem **Rechte eines Dritten belastet**, so wird auch das letztere durch die Rangänderung berührt. Entsprechend den für die Aufhebung eines belasteten Rechtes geltenden Vorschriften (§ 876) wird deshalb im § 880 Abs. 3 für eine derartige Rangänderung noch die Zustimmung des Dritten gefordert. (Denkschr. S. 178.) Vgl. Anm. II S. 146. Zur Einräumung des Vorrechts vor einem im Grundbuch eingetragenen Lehnsstamm ist nach kurmärkischem Lehnsrechte die Abfassung eines Familienschlusses erforderlich (KG. JW. 20 S. A 118).

4. Zur Rangänderung des § 880 ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten erforderlich. Daraus ergibt sich, daß sie nur unter **bereits eingetragenen Rechten** oder höchstens auch dann stattfinden kann, wenn dasjenige Recht, welches vorrücken soll, gleichzeitig mit dem Eintrage des Vorrangs durch Eintragung zur Entstehung kommt. Wie einem erst später zu begründenden Rechte der Vorrang vom Eigentümer vorbehalten werden kann, bestimmt der § 881. (KG. JW. 21 S. A 306.) Die Rangänderung setzt ferner rechtsbeständige Rechte voraus. Sowenig einem nichtigen Rechte wirksam ein Vorrang eingeräumt werden kann, so wenig kann die Rangänderung wirksam werden, wenn das zurücktretende Recht nicht besteht (Fuchs S. 96 Nr. 7). Hiergegen schützt auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht (Planck Nr. II 4 a zu § 880).

Da die **Vormerkung**, wennschon kein dingliches Recht, doch im Punkte des Ranges einem solchen gleichsteht (§ 883 Abs. 3), kann auch der Rang des durch Eintragung einer Vormerkung gesicherten Rechtes zugunsten eines anderen Rechtes, mit dem das Grundstück belastet werden soll, unter entsprechender Anwendung des § 880 geändert werden. (KG. RJA. 2 S. 145.) Es macht keinen Unterschied, ob die vor- oder die zurücktretende Post oder ob beide Posten oder die Zwischenposten Vormerkungen sind. Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es nach § 880 Abs. 2 Satz 2 dann, wenn die zurücktretende Post eine Vormerkung ist; denn ist die vorgemerkte Hypothek ꝛc. auch keine endgültige Hypothek ꝛc., so ist sie doch bestimmt, eine solche zu werden, und kann dann vom Eigentümer erworben werden (a. M. Reichel S. 121, Umschr. S. 56, Setler S. 54, Bendix in Gruch. 49 S. 519).

5. Die **Eintragung der Rangänderung** muß nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte erfolgen (vgl. Prot. in Nr. I 2 S. 171, Fuchs S. 93 Nr. 3 cc, Biermann SR. S. 58, Kober S. 68; a. M. Planck 3 S. 105 Lit. e). Für **Preußen** ist es vorgeschrieben (Formul. Abt. III Nr. 5 Sp. 7, Nr. 7 Sp. 4). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nicht zulässig. Steht die Rangänderung von Briefhypotheken in Frage, so bedarf es der Vorlegung beider Briefe, auf denen die Eintragung der Rangänderung zu vermerken ist (GBO. §§ 42, 62). Auch wenn die Rangänderung nur vorgemerkt werden soll (§ 883), muß so verfahren werden.

6. Der zurücktretende Berechtigte wird durch die Vorrechtseinräumung, nach wie vor, nicht in der Verfügung über sein Recht behindert; er bleibt befugt, ohne Zustimmung des vortretenden Berechtigten auf sein Recht zu verzichten, seine Forderung einzuziehen bezw. sein Recht vom Eigentümer ablösen zu lassen und Löschungsbewilligung zu erteilen. Auch kann der Eigentümer ohne Genehmigung des vortretenden Berechtigten das Recht löschen lassen. Früher wurde von der preuß. Praxis angenommen, daß durch die Löschung der

zurückgetretenen Poſt die Wirkung der Vorrechtseinräumung verloren gehe, daß der vorgetretene Gläubiger dann die Befriedigung nur an ſeinem urſprünglichen Platze fordern könne, weil nach der Löſchung kein Platz mehr offen ſei, den der Vorgetretene einnehmen könnte, daß die Zwiſchenberechtigten infolge der Löſchung von ſelbſt vorgerückt ſeien und daß der Vorgetretene dieſen Erfolg nur verhindern könne, wenn er auf Grund einer beſonderen Abrede mit dem Grundſtückseigentümer eine Verfügungsbeſchränkung des letzteren zu der zurückgetretenen Poſt eintragen laſſe. Es war dies eine Folge der Auffaſſung, daß durch die Vorrechtseinräumung zwiſchen dem vortretenden und dem zurücktretenden Berechtigten nur obligatoriſche Wirkungen erzeugt würden, daß der Zurücktretende nur die perſönliche Verpflichtung habe, dem Vortretenden bei der Kaufgelderverteilung die Befriedigung aus den Kaufgeldern an ſeiner Stelle zu geſtatten, falls er ſelbſt zur Hebung gelange, und daß dieſe perſönliche Verpflichtung durch die Eintragung der Vorrechtseinräumung auf den dritten Erwerber der zurückgetretenen Poſt übergehe. (Turnau I S. 461, S. 494 Anm. 9.) Dieſen Standpunkt hat das BGB. aufgegeben. Es geht davon aus, daß die Rangänderung für den vortretenden Berechtigten eine von der Verfügung des Zurücktretenden unabhängige, auch Dritten gegenüber wirkſame Rechtsſtellung begründen müſſe, weil die bloß perſönliche Verpflichtung des Zurücktretenden dem Vortretenden gegenüber den Bedürfniſſen des Verkehrs nicht genüge. „Dem Grundſatze, daß die Rangänderung dem vortretenden Berechtigten eine dinglich geſicherte Stellung gewährt, gibt das BGB. durch die Vorſchrift des § 880 Abſ. 4 Ausdruck, wonach der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nicht verloren geht, wenn das zurücktretende Recht durch *Rechtsgeſchäft* aufgehoben wird. Andererſeits ergibt ſich aus dieſer Vorſchrift, daß der durch die Rangänderung begründete Vorrang von dem Schickſale des zurücktretenden Rechtes inſofern abhängig bleibt, als eine *nicht auf Rechtsgeſchäft* beruhende Aufhebung des zurücktretenden Rechtes die Einräumung des Vorrangs gegenſtandslos macht; dies iſt z. B. der Fall, wenn der Vorrang vor einem Nießbrauch eingeräumt und der Nießbrauch nach § 1031 durch den Tod des Nießbrauchers beendigt wird." (Denkſchr. S. 178.) Durch die auf einer rechtsgeſchäftlichen Aufhebung beruhende Löſchung des zurücktretenden Rechtes wird alſo der Vorrang des vorgetretenen Rechtes nicht beeinflußt. Er bleibt beſtehen, auch wenn mit der Löſchung des zurücktretenden Rechtes die dabei vermerkte Rangänderung aus dem Grundbuch an dieſer Stelle verſchwindet; denn die Rangänderung, die zugleich bei dem vortretenden Rechte vermerkt wird, bleibt aus dieſem Vermerk erſichtlich. *Die Zwiſchenberechtigten rücken nicht vor*; ſie können durch die Rangordnung, die ohne ihr Zutun begründet iſt, in ihrer Rechtslage weder beeinträchtigt noch verbeſſert werden. Einerſeits behalten ſie den durch die Eintragung ihrer Rechte erworbenen Vorrang vor dem vortretenden Rechte auch gegenüber dem zurücktretenden Rechte. Insbeſondere können ſie das zurücktretende Recht mit dem Erfolg anfechten, daß auch das vortretende Recht, obwohl es einem ſolchen Angriffe nicht ausgeſetzt iſt, ihrem Vorrücken in die urſprüngliche Stelle des zurücktretenden Rechtes nicht widerſprechen darf. Anderſeits rücken ſie infolge der rechtsgeſchäftlichen Aufhebung des zurücktretenden Rechtes nicht in deſſen Stelle vor, da dieſe nunmehr von dem vortretenden Rechte eingenommen wird; und ebenſowenig rücken ſie, wenn das vortretende Recht ſpäter wegfällt, in deſſen Stelle ein, da dann das zurücktretende Recht ſeine urſprüngliche Stelle wieder einnimmt, wie wenn die Rangänderung nicht ſtattgefunden hätte. „Rechte, die den Rang zwiſchen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt" (§ 880 Abſ. 5). Vgl. Anm. I 2 und 3 S. 171 und Denkſchr. S. 179. Eine Konſequenz des Grundſatzes, daß die Zwiſchenrechte nicht beeinträchtigt werden dürfen, iſt, daß die vortretende Hypothek, wenn ihr Betrag größer iſt, nur zum geringeren Betrage der zurücktretenden Hypothek an deren Stelle Befriedigung erlangen kann. Mit dem Reſte erhält ſie zwar vor der zurücktretenden Hypothek, aber hinter den Zwiſchenberechtigten Befriedigung. Erliſcht das vortretende Recht, ſo gewinnt das zurücktretende Recht ſeinen alten Rang zurück (Gierke SR. S. 323 Anm. 90).

7. Bei der Rangänderung wird nicht das vortretende Recht gegen das zurücktretende ausgetauscht, sondern nur der Rang beider Rechte wird gewechselt. Der vortretende Gläubiger erhält infolgedessen Befriedigung wegen seines Rechtes an der von dem zurücktretenden Rechte eingenommenen Stelle. Wenn auch die Rangänderung mit ihrer Eintragung sofort in Kraft tritt, so wird sie wirtschaftlich erst dann von Bedeutung, wenn bei der Kaufgelderverteilung die Kaufgelder zur Befriedigung des vortretenden und des zurücktretenden Rechtes nicht ausreichen. Kommen beide Forderungen zur Hebung, so ist die Geltendmachung des Vorrangs zwecklos.

Der vortretende Gläubiger kann an der Stelle des zurücktretenden Befriedigung wegen seiner Forderung an Kapital, Zinsen und Kosten beim Vorhandensein von Zwischenberechtigten nur bis zu dem Betrage beanspruchen, der auf die zurücktretende Forderung fallen würde (Fuchs I S. 99 Nr. 12). Die Rangänderung erstreckt sich, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist, auch auf die Nebenleistungen (Zinsen, Kosten) der bevorrechteten Post (vgl. PEigG. § 35 Satz 2). Ist, was nicht unzulässig, einer nachstehenden Hypothek das Vorrecht nur vor einem Teile der voreingetragenen Forderung eingeräumt, so kommt es auf die bei der Vorrechtseinräumung getroffene und im Grundbuche zum Ausdrucke gebrachte Verabredung bei Entscheidung der Frage an, ob der von der Vorrechtseinräumung ausgeschlossene oder der davon betroffene Teil der voreingetragenen Forderung zunächst aus den Kaufgeldern befriedigt wird. Ist nichts verabredet, so haben beide Teile gleiches Recht und Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung (Dresden Sächs. A. 14 S. 508).

Bei gleichzeitiger Einräumung des Vorrangs mit einer Post für mehrere Posten stehen diese beim Mangel anderweitiger Rangänderung zu gleichem Rechte an Stelle der zurücktretenden Post und werden in deren Höhe bei der Zwangsversteigerung anteilsmäßig aus den Kaufgeldern befriedigt. Es wird so angesehen, als seien sie unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß zwischen ihnen ein Rangverhältnis nicht obwalten kann, sie vielmehr bei Unzulänglichkeit des auf die Stelle fallenden Erlöses anteilsmäßig zu befriedigen, also gleichberechtigt sind. Sollen sie nicht gleichberechtigt sein, sondern soll einer der mehreren Posten, denen der Vorrang eingeräumt ist, der Vorrang vor den anderen gebühren, so kann dies nur ebenso geschehen, wie bei der Teilung eines eingetragenen Rechtes und bei der Bestimmung des Ranges für die einzelnen Teile, nämlich auf dem Wege der Rangänderung nach § 880 BGB. Anders verhält es sich, wenn zunächst einer Post der Vorrang eingeräumt ist und dann erst für die zweite der Vorrang eingetragen werden soll. In diesem Falle vermag die zweite die ihr eingeräumte Stelle erst nach der ersten geltend zu machen, da der Gläubiger der zurücktretenden Post bereits durch die erste Vorrechtseinräumung beschränkt ist und nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. (RG. JW. 20 S. A 181.)

Ist das zurücktretende Recht nicht eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld und auch sein Höchstbetrag nicht nach § 882 eingetragen, so entscheidet sich erst durch die Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 44 ff., 52 Abs. 1, 62, 92), ob und inwieweit die eingetragenen Zwischenrechte der Rangänderung entgegenstehen (Planck Nr. II 2 zu § 880).

Ist die vortretende Hypothek eine Gesamthypothek und wird ihr Gläubiger im Wege der Zwangsversteigerung aus dem Grundstück, auf dem ihr das Vorrecht eingeräumt ist, befriedigt, so erlischt sie (nicht die zurücktretende) auf den mitverhafteten Grundstücken, sofern nicht dem Eigentümer des zwangsversteigerten Grundstücks ein Ersatzanspruch gegen die Eigentümer der anderen Grundstücke zusteht (§ 1181, 1182). Anders gestaltet sich die Sache in dem Falle, wenn auf denselben Grundstücken auch für einen Zwischenberechtigten eine Gesamthypothek eingetragen ist. Verlangt der auf dem erstversteigerten Grundstücke zurückgetretene und ausgefallene Gläubiger aus den Kaufgeldern des anderen Grundstücks an der ihm auf diesem Grundstücke verbliebenen ursprünglichen Stelle Befriedigung, so braucht der Zwischenberechtigte dessen vorrechtliche Befriedigung nicht zu dulden, soweit der auf dem erstversteigerten Grundstücke vorgetretene Gläubiger aus dessen Kaufgeldern

Befriedigung erhalten hat; denn der Zwischenberechtigte hat sich nur die einmalige Befriedigung der ihm vorgehenden Post aus den verhafteten Grundstücken gefallen zu lassen; ihm, der durch die Rangänderung nicht berührt wird (§ 880 Abs. 5), geht auf den sämtlichen mitverhafteten Grundstücken nur die eine ursprüngliche Post vor, und ist diese oder an ihrer Stelle eine andere Post aus dem versteigerten Grundstücke befriedigt, so ist sie ihm gegenüber auf dem anderen Grundstück erloschen. Die etwaige Ersatzhypothek des Eigentümers des erstversteigerten Grundstücks steht seiner Post nach (§ 1182 Satz 2).

Ist die Vorrechtseinräumung mit der Beschränkung auf eines der mehreren verhafteten Grundstücke oder auf einen bestimmten reellen, seinem Umfang und seiner Lage nach aus dem Grundbuch ersichtlichen Teil des verhafteten Grundstücks (über die Zulässigkeit vgl. § 1114 BGB. u. § 6 GBO. mit Anm.) beschränkt, so kann der vortretende Gläubiger bevorrechtete Befriedigung nur aus den Kaufgeldern des von der Vorrechtseinräumung betroffenen Grundstücks oder Grundstückteils verlangen.

Ist der Vorrang mit der Beschränkung eingeräumt, daß er der Hypothek nur so weit zustehen soll, als die Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt, so kann ihn der vortretende Gläubiger auch nur so weit in Anspruch nehmen, mag der Vorrang im Grundbuche auch unbeschränkt und unbedingt eingetragen sein; denn nur so weit ist die Eintragung wirksam, als sie der Einigung entspricht. Einem dritten gutgläubigen Erwerber steht aber der Vorrang, wie er eingetragen ist, zur Seite, wenn sein Erwerb auf Rechtsgeschäft beruht (§ 892). Wer z. B. den nicht valutierten und deshalb dem Eigentümer als Grundschuld zustehenden Teil einer Hypothek in Unkenntnis von der abweichenden Einigung durch Abtretung erwirbt, erwirbt ihn mit dem eingetragenen Vorrange. Wer ihn dagegen hat pfänden und sich überweisen lassen, hat keinen Anspruch auf den Vorrang, einerlei, ob er die Einigung gekannt hat oder nicht. (BGB. §§ 892, 1163 Abs. 1 Satz 1, § 1177; RG. E. 59 S. 314.)

Ist das Vorrecht unter einer Bedingung eingeräumt, so muß auch die Bedingung in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der Erwerber der vorgestellten Post daran gebunden sein soll. Hat z. B. der vorstehende Gläubiger einem nach ihm einzutragenden Gläubiger unter der Bedingung das Vorrecht auf einem bestimmten (abzuschreibenden GBO. § 6) Teile des Grundstücks eingeräumt, daß er mit der von ihm zu zahlenden Valuta auf jenem Teile ein Gebäude errichte, so kann ihm das Zurücktreten im Range nicht zugemutet werden, wenn das Gebäude nicht errichtet wird oder das errichtete Gebäude so erhebliche Schäden und Mängel aufweist, daß es nicht denjenigen Grad von hypothekarischer Sicherheit gewährt, der bei dem zwischen den beiden Gläubigern geschlossenen Prioritätsvertrage vorausgesetzt ist. Ist die Bedingung bei der vorgestellten Post eingetragen, so muß sich auch der Rechtsnachfolger des Gläubigers, auch wenn er der Eigentümer des Pfandgrundstücks ist, die Einrede der nicht erfüllten Bedingung entgegensetzen lassen. (Dresden, Sächs. Arch. 13 S. 252, Recht 1903 S. 237 Nr. 1257.)

Kretschmar (im Recht 1904 S. 516) hat über die Einwirkung der Rangänderung von Hypotheken auf Zwischenhypotheken eine Ansicht aufgestellt, die, wie er selbst sagt, zu einem der natürlichen Anschauungsweise und dem Willen der Beteiligten widersprechenden Ergebnisse führt, und auf einer Stellentauschtheorie beruht, die im Gesetze keine Stütze findet. Bisher hat er keine Anhänger gefunden (vgl. v. Henle im Recht 1904 Nr. 23 und Bleugels in Zeitsch. f. d. Not. 1904 S. 257). Über einen Fall, in dem für den infolge Nichtvalutierung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Höchstbetragshypothek der dieser eingeräumte Vorrang nicht geltend gemacht werden konnte, weil dem Eigentümerhypothekar mit dem Vorrechte vor der zurückgetretenen Hypothek ein Vorteil zugewendet worden wäre, den er nur ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Gläubigers der zurückgetretenen Hypothek erlangt haben würde: vgl. RG. JW. 1905 S. 434 Nr. 14.

8. Nach bisherigem preuß. Rechte war die Vorrechtseinräumung auch ohne Eintragung gültig und wirksam gegen den Einräumenden und seine Erben; ihre Wirksamkeit gegen redliche dritte Inhaber der nachtretenden Post trat aber erst mit ihrer Eintragung in das Grundbuch ein. Als redlich wurde nicht angesehen, wer beim Erwerbe der nachgestellten

Post Kenntnis von der Vorrechtseinräumung hatte. (ALR. I 20 §§ 497, 498; EigG. v. 1872 §§ 35, 54, 49; OTrib. D. JurZ. 3 S. 250; RG. E. 15 S. 264.) Unzweifelhaft muß auch nach dem BGB., wer sich zur Einräumung des Vorrechts verpflichtet hat, diese Verpflichtung durch Bewilligung der Eintragung der Vorrechtseinräumung in das Grundbuch erfüllen und, auch wenn die Eintragung nicht erfolgt ist, dem Bevorrechteten die Befriedigung aus den auf seine nachgestellte Post entfallenden Kaufgeldern gestatten; und diese Verpflichtung geht auch auf den Erben des Einräumenden über. Dagegen hat ein dritter Erwerber der nachgestellten Post die persönliche Vorrechtseinräumung seines Rechtsvorgängers nicht mehr gegen sich gelten zu lassen, auch wenn er davon beim Erwerbe der Post Kenntnis gehabt hat; denn die Rangänderung wird mit dinglicher Wirkung gegen Dritte erst durch die Eintragung begründet (§ 880 Abs. 2), das Grundbuch wird also nicht dadurch unrichtig, daß nur die persönliche Verpflichtung zur Vorrechtseinräumung übernommen ist (§ 892).

9. Bisher war in Preußen streitig, ob Vorrechtseinräumungen, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen sind, schon bei Feststellung des geringsten Gebots zu beachten seien, oder ob sie erst bei der Kaufgelderverteilung Wirkung äußern (JustMin. v. 19. Dezbr. 1888 in Gruch. 33 S. 406). Diese Frage wurde durch das G. v. 30. Mai 1893 (GS. S. 97) in der Weise geregelt, daß dem § 54 PZVG. v. 1883 am Schlusse des Abs. 1 hinzugefügt wurde: „Hierbei — d. h. bei Feststellung des geringsten Gebots — sind auch Vorrechte zu berücksichtigen, welche durch Vorrechtseinräumungen begründet und im Grundbuch eingetragen sind." Eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung findet sich in dem RZVG. v. 1897 nicht, aber es bedurfte einer solchen nicht. Nach § 45 dieses Gesetzes ist ein Recht bei Feststellung des geringsten Gebots insoweit, als es zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch ersichtlich ist, nach dem Inhalte des Grundbuchs zu berücksichtigen. Ist die Rangänderung im Grundbuch eingetragen, so muß das vortretende Recht in das geringste Gebot aufgenommen werden, wenn es dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht. Die Zwischenrechte bleiben unberührt. Vgl. über die Wirkung der Rangänderung auf das geringste Gebot Fuchs (S. 97 Nr. 9), Planck (3 S. 106 f.), Jaeckel (ZVG. S. 176 ff.).

10. Wenn auch im BGB. nicht ausdrücklich erwähnt, ist es doch nicht ausgeschlossen, daß durch Einigung der sämtlichen Beteiligten, also des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten, des Eigentümers und der Zwischenberechtigten, ein völlig neues Rangverhältnis geschaffen wird in der Weise und mit der Wirkung, wie im § 841 Entw. I vorgeschlagen war (vgl. Anm. I Abs. 4 und Anm. 1 3 S. 171). Durch die Eintragung einer solchen Rangänderung, welche nicht nur bei dem vortretenden und dem zurücktretenden Rechte, sondern auch bei allen Zwischenrechten geschehen muß, wird in einfacherer Form derselbe Erfolg erzielt, der eintreten würde, wenn alle beteiligten Rechte gelöscht und in der abgeänderten Reihenfolge von neuem eingetragen werden. Das so abgeänderte Rangverhältnis unterscheidet sich in nichts von der nach § 879 durch die Reihenfolge bzw. durch das Datum der Eintragung bestimmten. Wird also das vorgetretene Recht gelöscht, so tritt nicht etwa das zurückgetretene Recht wieder in seine frühere Stelle ein, sondern die Zwischenrechte rücken vor. Der Zwischenberechtigte kann nicht durch die Anfechtung des zurückgetretenen, sondern nur durch die Anfechtung des vorgetretenen Rechtes sich Raum zum Vorrücken verschaffen.

Ähnliches können der vortretende und der zurücktretende Hypothekengläubiger durch Einigung mit dem Eigentümer ohne Zuziehung der Zwischenberechtigten und ohne Rangänderung dadurch erreichen, daß sie, von der Befugnis des § 1180 Gebrauch machend, ihre Forderungen gegeneinander austauschen und an die Stelle der zurückgetretenen die vorgetretene und an die Stelle dieser jene in das Grundbuch eintragen lassen. Die Rücksicht auf die der zurückgestellten Forderung gleich- oder nachstehenden Berechtigten erfordert nur, daß die vorgestellte Forderung den Betrag der zurückgestellten und daß deren Zinssatz 5 Prozent nicht übersteigt (§ 1119).

11. Ist dem Gläubiger für eine Hypothek oder Grundschuld vom Eigentümer das Vorrecht vor vorstehenden Hypotheken oder Grundschulden zugesichert und hat sich der Eigentümer verpflichtet, die vorstehenden Hypotheken 2c. löschen zu lassen, falls sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, so kann dem Gläubiger die Erfüllung dieser Verpflichtung dadurch mit Wirkung gegen die Nachfolger im Eigentume gesichert werden, daß der Eigentümer zu den vorstehenden Hypotheken 2c. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eintragen läßt (§ 1179).

12. Eine Vorrechtseinräumung dahin, daß bei einer sog. Amortisationshypothek vor allen durch die regelmäßige Amortisation oder durch außerordentliche Rückzahlungen zur Tilgung gelangenden Teilen derselben einer anderen Hypothek der Vorrang zustehen soll, ist zulässig und eintragungsfähig (KG. JW. 17 S. 91). Ebenso die Einräumung des Vorrangs für die jeweilige Restforderung einer amortisierbaren Hypothek vor den abgetragenen Beträgen einer anderen amortisierbaren Hypothek (KG. JW. 26 S. A 145).

13. Über die Eintragung der Rangänderung in Preußen vgl. Bd II Anm. zu § 46 GBO.

14. Bis zur Anlegung des Grundbuchs erfolgt die Rangänderung nach den bisherigen Gesetzen (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 2).

§ 881.

Der Eigentümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll.

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über.

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

Serini, Dr. H., Rangvorbehalt und Zwischenhypothek. München, 1900.

1. Der Eigentümer kann ein Interesse daran haben, bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte sich die Befugnis vorzubehalten, das Grundstück weiter mit einem bestimmten Rechte in der Weise zu belasten, daß dieses Recht den Vorrang vor dem früher eingetragenen erhalten soll. Das Bedürfnis für den Rangvorbehalt beschränkt sich nicht auf die Fälle der Bestellung von Hypotheken; vielmehr kann es sich auch dann geltend machen, wenn ein Grundstück mit einem anderen Rechte unter dem Vorbehalte der Priorität eines später einzutragenden Rechtes belastet werden soll. Es ist deshalb der Rangvorbehalt bei allen begrenzten Rechten zugelassen. (Mot. III S. 233.)

Das preuß. Recht hatte eine ausdrückliche Bestimmung über den Rangvorbehalt für eine später einzutragende Post nicht; die Praxis ließ den Vorbehalt aber als eine Konsequenz des Instituts der Vorrechtseinräumung gelten (Turnau I S. 134; RG. RAnz. 1882 Nr. 169, E. 19 S. 343).

1. Der § 842 Entw. I stimmte in seinen beiden ersten Sätzen mit dem Abs. I und 2 des § 881 BGB. überein. Die Bestimmung im Abs. 2 des § 842 Entw. I, wonach nur bei vertragsmäßiger Veräußerung des Grundstücks die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber übergehen, diese dagegen durch die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung erlöschen sollte, weil im Falle der Zwangsversteigerung der Ersteher das Grundstück unabhängig von dem Rechte des bisherigen Eigentümers erwerbe (Mot. III S. 234), wurde bei der 2. Lesung durch den Abs. 3 des § 881 BGB. ersetzt, wonach die vorbehaltene Befugnis bei der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber übergeht ohne Unterschied, ob das Grundstück vertragsmäßig oder zwangsweise veräußert wird, weil dies der natürlichen Auffassung mehr entspreche. Schließt sich der den Vorbehalt bewilligende Gläubiger,

insofern sein Anspruch unter das geringste Gebot gehört, durch Beitritt dem Zwangsversteigerungsverfahren an, dann muß allerdings der Vorbehalt in Wegfall kommen, weil er gegenstandslos wird. (Prot. III S. 99, 102 c.)

2. Der § 842 Entw. I forderte im Satz 3 des Abs. 1 zur Eintragung des vorbehaltenen Vorrangs die vertragsmäßige Zustimmung der ohne Vorbehalt eingetragenen Zwischenberechtigten. Die 2. Komm. ging hier, wie bei § 880 (vgl. Anm. I 3 S. 171), davon aus, daß der Rangvorbehalt für den Verkehr nur eine geringe Bedeutung haben würde, wenn er ohne Zustimmung der Zwischenberechtigten seine Wirkung verlieren sollte, weil diese Zustimmung nicht zu erlangen sei. Mit einer Bestimmung, daß durch die Eintragung des Vorbehalts die Rechtslage der inzwischen im Grundbuch eingetragenen Berechtigten nicht berührt werde (vgl. § 880 Abs. 5), sei hier nicht Abhilfe zu schaffen; denn „der Fall, daß vor Eintragung der Post, der das Vorrecht vorbehalten sei, andere Posten ohne diesen Vorbehalt eingetragen werden, unterscheidet sich wesentlich von dem Falle des § 880, wo eine vorstehende Post mit einer nicht unmittelbar hinter ihr, sondern erst hinter Zwischenposten stehenden Post den Rang tauschen solle. Nämlich darin, daß im letzteren Falle der Gläubiger der zurücktretenden Post wisse, daß er infolge der Rangänderung nicht nur hinter die vortretende Post, sondern ganz oder zum Teile auch hinter die Zwischenposten zu stehen komme, während zu der Zeit, zu welcher der Rang nach § 881 BGB. vorbehalten wird, Zwischenposten noch nicht existieren und die Möglichkeit, daß solche noch eingetragen werden können, fast niemals in Betracht gezogen werde. Habe also z. B. der Eigentümer für A zur ersten Stelle 10000 Mk. eintragen lassen und sich dabei die Eintragung weiterer 10000 Mk. mit Vorrecht vorbehalten, so nehme der Gläubiger A nach natürlicher Auffassung an, er habe eine Hypothek hinter 10000 Mk. und werde bei einem Meistgebote von 20000 Mk. voll zur Hebung kommen. Würden nun nach der Eintragung des A für B im Wege der Zwangsvollstreckung 10000 Mk. und demnächst für C die vorbehaltenen 10000 Mk. eingetragen, so komme, falls das Grundstück in der Zwangsversteigerung für 20000 Mk. verkauft werde, die Sache dahin zu stehen, daß von dem Kaufgelde C infolge der vorbehaltenen Priorität die ersten 10000 Mk., B aber, weil ihm nur 10000 Mk. vorgehen, die zweiten 10000 Mk. erhalten, während A, obwohl er bei Erwerb der Hypothek habe annehmen müssen, bei einem Angebote von 20000 Mk. voll befriedigt zu werden, ganz ausfalle. Dieses Ergebnis entspreche insofern nicht der Billigkeit, als infolge der nicht vorherzusehenden Zwischeneintragung die Rechtslage des A über das bei dem Vorbehalt in Aussicht genommene Maß verschlechtert werde." Von den gestellten Anträgen wurde derjenige angenommen, der eine dem Abs. 4 des § 881 BGB. inhaltlich entsprechende Vorschrift vorschlug, weil dessen Fassung das Rechtsverhältnis am einfachsten gestalte und den Gedanken, daß durch Zwischeneintragungen die Rechtslage des Gläubigers derjenigen Post, zu deren Lasten der Vorbehalt wirken solle, nicht über den Inhalt des Vorbehalts hinaus beeinträchtigt werden dürfe, am klarsten zum Ausdrucke bringe und nicht die Eintragung der vorbehaltenen Post unter dem Hinweis auf den Vorbehalt hindere, sondern nur die Wirkung dieser Eintragung im Falle der Existenz von Zwischenposten beschränke. Dies wurde an folgenden Beispielen dargelegt. Wenn der Eigentümer für A an erster Stelle 10000 eintragen lasse und sich dabei die Eintragung weiterer 10000 mit Vorrecht vorbehalte, dann B im Wege der Zwangsvollstreckung eine Eintragung von 100 erlange und demnächst für C die vorbehaltenen 10000 eingetragen werden, so erhalte bei einem Meistgebote von 20000 C an erster Stelle 9900, dann B seine 100 und A seine 10000. Betrage das Meistgebot 11000, so erhalte B, da er nach 10000 eingetragen stehe, seine 100, A habe einen Anspruch auf Befriedigung hinter 10000, erhalte also 1000, müsse aber den C mit 9900 sich vorgehen lassen. Schließlich wurde bemerkt: „Daß der Berechtigte, dessen Recht durch den Vorbehalt beschränkt sei, in eine weitergehende Beeinträchtigung seines Rechtes willigen könne, sei selbstverständlich, brauche aber nicht besonders zum Ausdrucke gebracht zu werden; denn wenn er darin willige, so handle es sich nicht um eine Verwirklichung des Vorbehalts, sondern um eine Rangabtretung (Prot. III S. 99—102.)

II. Wie durch die nachträgliche Rangänderung (§ 880) kann eine von den Vorschriften des § 879 abweichende Rangordnung auch dadurch begründet werden, daß der Eigentümer sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugnis vorbehält, ein anderes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen (§ 881 Abs. 1). Die nach § 873 zur Bestellung des belastenden Rechtes erforderliche Einigung muß auch hinsichtlich des Rangvorbehalts vorhanden sein. Die Eintragung des Vorbehalts erfolgt mit der Eintragung des durch ihn belasteten Rechtes jedoch auf die einseitige Bewilligung des Eigentümers. Das Recht dessen, für den die Eintragung erfolgt, wird nicht im Sinne des § 19 GBO. von der gleichzeitig vorzunehmenden Eintragung des Rangvorbehalts

Digitized by Google

betroffen, weil es erst mit dieser Belastung ins Leben tritt. Daher ist die Einwilligung des Berechtigten nicht erforderlich. Nur wenn zu dem vorbehaltlos eingetragenen Rechte nachträglich der Vorbehalt eingetragen werden soll, bedarf es dazu der Bewilligung des Berechtigten; es sei denn, daß dem Grundbuchamte nachgewiesen wird, die Einigung über die Belastung sei zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten nur mit dem Vorbehalte zustande gekommen (GBO. § 22).

1. Während in der bisherigen preuß. Praxis nur solche Fälle vorgekommen sind, in welchen der Eigentümer dem Gläubiger eine Hypothek oder Grundschuld mit dem Vorbehalte bestellt hatte, später für einen anderen genannten oder ungenannten Gläubiger eine Hypothek oder Grundschuld zu einem bestimmten Betrage mit dem Vorrechte vor der bestellten eintragen zu lassen, während also von dem Rangvorbehalte nur für Eintragungen in der III. Abteilung des Grundbuchs Gebrauch gemacht wurde: läßt § 881 Abs. 1 BGB. zu, daß der Vorbehalt bei Belastung des Grundstücks *mit einem Rechte jeder Art für ein Recht jeder Art* gemacht wird. Bei Bestellung einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld kann einer später einzutragenden Hypothek ꝛc., bei der Bestellung eines anderen dinglichen Rechtes (Reallast, persönliche Dienstbarkeit ꝛc.) einer später einzutragenden Hypothek ꝛc. oder einem später einzutragenden anderen dinglichen Rechte, bei der Bestellung einer Hypothek ꝛc. einem später einzutragenden anderen dinglichen Rechte, z. B. bei der Bestellung einer Darlehnshypothek einem Altenteile der Vorrang vorbehalten werden. Voraussetzung des Rangvorbehalts ist, daß das Recht, dem der Vorrang zustehen soll, *seinem Umfange nach bestimmt* ist. Ist es eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, so muß eine bestimmte Geldsumme angegeben werden, wofür das Grundstück haften soll (§§ 1113, 1191, 1199). Soll die vorbehaltene Hypothek verzinslich sein, so gehört zu der im § 881 geforderten Bestimmtheit des Umfangs auch die Angabe des Zinssatzes. Soll die Bestimmung der Höhe der Zinsen erst bei der künftigen Eintragung vom Eigentümer getroffen werden, so muß der Höchstbetrag angegeben werden, bis zu dem die Zinsen mit Vorrang sollen eingetragen werden dürfen. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist die Eintragung nach Ansicht des KG. (RJA. 4 S. 247) abzulehnen. Richtiger möchte es sein, in Anwendung des § 1119 BGB. anzunehmen, daß der Rangvorbehalt ohne Angabe eines Zinssatzes das Recht zur Eintragung der Hypothek mit Zinsen bis zu 5 % gewährt. Zulässig ist die Eintragung des Rangvorbehalts für eine Hypothek mit der Maßgabe, daß die Hypothek nur insoweit den Vorrang haben soll, als die Forderung, für die sie bestellt wird, zur Entstehung gelangt. Es kommt dies namentlich vor, wenn bei der Eintragung einer Hypothek für ein Restkaufgeld der Vorrang einer Baugelderhypothek vorbehalten werden soll. (KG. RJA. 4 S. 250.) Ist das vorbehaltene Recht ein dingliches Recht anderer Art, so muß sein Umfang so begrenzt werden, daß darüber kein Zweifel obwalten kann. Ist es z. B. eine Weidegerechtigkeit, so muß angegeben werden, auf welchem Grundstücke sie ausgeübt werden soll, mit wieviel Stücken Vieh und von welcher Art. Ist es ein Altenteil, so sind die Rechte zu bezeichnen, die dem Auszügler zustehen sollen (Wohnung, Unterhalt, Taschengeld, Nießbrauch an Grundstücken ꝛc.). Nicht erfordert wird die *Benennung der Person, welcher das Recht mit Vorrang vorbehalten wird*. Der Rangvorbehalt kann auch für mehrere Rechte erfolgen, die unter sich nicht gleichen Rang haben. Die unbestimmte Erklärung, daß das Recht, dessen Eintragung zur Zeit verlangt wird, zur zweiten, dritten oder einer späteren Stelle eingetragen werden soll, daß also dem Eigentümer eine oder mehrere Stellen für zukünftige Gläubiger offen gehalten werden sollen, war bisher und ist auch jetzt nicht zulässig, und eine demgemäß gefaßte Eintragung würde insoweit wirkungslos sein, als die dadurch bezweckte Zurücksetzung der Post nicht eintritt; denn eine leere zur Verfügung des Eigentümers stehende Stelle kennt das BGB. nicht.

Eine weitere Voraussetzung ist, daß der Rangvorbehalt vom *Eigentümer gleichzeitig mit der Belastung des Grundstücks* gemacht wird. Ob die Belastung eine

endgültige oder eine vorläufige ist, kann keinen Unterschied machen. Bewilligt der Eigentümer die Vormerkung einer Belastung, so kann er sich die Befugnis vorbehalten, ein dem Umfange nach bestimmtes Recht (auch die Vormerkung eines solchen) mit dem Range vor dem durch den vorgemerkten Anspruch erstrebten Rechte eintragen zu lassen (Reichel, Umschr. S. 53). Es ist nicht zulässig, daß der Eigentümer den Vorbehalt allein eintragen läßt, ohne zugleich ein Recht zur Eintragung zu bringen, mit dem der Vorbehalt verbunden wird. Dies würde nur so zu erreichen sein, daß der Eigentümer für sich eine Grundschuld eintragen läßt (§ 1196), um darüber später, sei es ohne, sei es mit Umwandlung in eine Hypothek, zu verfügen. Anderseits kann auch ein Rangvorbehalt im Sinne des § 881 nicht in der Weise begründet werden, daß, nachdem zunächst ein Recht ohne den Vorrangsvorbehalt eingetragen ist, nachträglich der dazu Berechtigte dem Eigentümer die Befugnis einräumt, später bestimmte Rechte mit dem Vorrange vor seinem Rechte eintragen zu lassen. Auch wenn ein diese Befugnis kundgebender Vermerk zu dem eventuell zurücktretenden Rechte in der Spalte Veränderungen eingetragen ist, kann der Eigentümer nicht ein Recht mit dem Vorrange vor dem zurücktretenden Rechte eintragen lassen. Denn hierbei würde es sich um eine Rangänderung im Sinne des § 880 handeln, aus welcher der Eigentümer überhaupt nicht berechtigt wird, die Eintragung eines Rechtes mit dem Vorrange vor dem zurücktretenden Rechte zu bewilligen und zu beantragen. KG. JW. 21 S. A 306, Planck 3 S. 108 Nr. 2 a, Biermann SR. S. 60 Nr 1; a. M. Fuchs S. 101 Nr. 3.)

2. Zur dinglichen Wirksamkeit des Rangvorbehalts ist die Eintragung bei dem Rechte, das zurücktreten soll, erforderlich (§ 881 Abs. 2). Zum Zwecke der Eintragung genügt, daß der Eigentümer die Eintragung des Rechtes unter Beifügung des Vorbehalts bewilligt; für das Verhältnis des Eigentümers zu dem mit dem Vorbehalt eingetragenen Berechtigten ist die nach § 873 Abs. 1 zur Rechtsänderung erforderliche Einigung maßgebend. Hat z. B. der Eigentümer das Recht mit dem Vorbehalt eintragen lassen, ohne sich über den Vorbehalt mit dem Berechtigten geeinigt zu haben, so kann dieser vom Eigentümer die Bewirkung der Löschung des Vorbehalts verlangen; ein dinglicher Berichtigungsanspruch aus § 894, wie Planck (3 S. 108 Nr. 2 b) meint, wird ihm nicht zustehen (vgl. Anm. 4 zu § 894). Macht der Eigentümer demnächst von der vorbehaltenen Befugnis Gebrauch so muß bei dem Rechte, das den Vorrang erhalten soll, dieser Vorrang eingetragen werden. Dies ist zwar nicht, wie im § 842 Entw. I, im § 881 BGB. ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber, da eine vom § 879 Abs. 1 abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses vorliegt, aus der Vorschrift des § 879 Abs. 3 (Denkschr. S. 179; vgl. für Preußen Formular Anlage A Abt. II Nr. 2, Abt. III Nr. 4). Hat der Eigentümer mit dem eingetragenen Berechtigten verabredet, daß er verpflichtet sein soll, einem später einzutragenden Rechte den Vorrang zu gestatten, ohne daß die Eintragung des Vorbehalts erfolgt, so erzeugt die Abrede zwar unter den Vertragschließenden persönliche Rechte und Verbindlichkeiten, gegenüber dem Sonderuachfolger des Berechtigten hat sie jedoch keine Wirkung und auch gegen den Berechtigten selbst können die Rechte aus ihr vom Rechtsnachfolger des Eigentümers und vom Berechtigten, dem der Vorrang zustehen soll, nur auf Grund einer Abtretung des vertragschließenden Eigentümers geltend gemacht werden.

3. Die vom Eigentümer vorbehaltene Befugnis geht, wenn sie eingetragen und noch nicht ausgeübt ist, bei der Veräußerung des Grundstücks ohne weiteres auf den Erwerber über, ohne Unterschied, ob die Veräußerung durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt. Bleibt die Belastung, zu welcher der Vorbehalt eingetragen ist, bei der Zwangsversteigerung bestehen, so geht mit ihr auch die Befugnis aus dem Vorbehalt auf den Ersteher über. Wird dagegen die Belastung gelöscht, so fällt damit auch der Vorbehalt weg. (Vgl. Anm. 1 1 S. 179.) Der Rangvorbehalt gebührt immer nur dem Eigentümer. Das Recht daraus kann nicht gepfändet und einem Gläubiger für seine Zwangshypothek überwiesen werden (Fuchs S. 103 Nr 8 b, Planck 3 S. 109 Nr 3; Biermann SR. S. 61 Nr. 1; Kober S. 73 Nr. 2 c; Serini S. 45).

4. Durch den Vorbehalt wird der Eigentümer in der Verfügung über das Grundstück nicht beschränkt. Er kann weitere Eintragungen bewilligen, ohne dabei den Vorbehalt zu wiederholen und ohne ihnen das vorbehaltene Vorrecht beizulegen. Die Eintragung des vorbehaltenen Rechtes erfolgt ohne Rücksicht auf die etwa inzwischen bewirkten weiteren Eintragungen in dem bei der Eintragung des Vorbehalts angegebenen Umfange. Weder bedarf es dazu der Zustimmung der Zwischenberechtigten, noch ist die vorbehaltene Post bei der Eintragung um den Betrag der gleichartigen Zwischenrechte zu kürzen. Die Zwischenrechte behalten ihren durch die Eintragung erworbenen Rang, falls sie nicht mit dem gleichen Vorbehalte bestellt sind. Eine für 10000 Mk. vorbehaltene Hypothek wird zum vollen Betrag eingetragen, mögen ihr auch Zwischenhypotheken von mehr als 10000 Mk. vorgehen. (Vgl. Anm. I 2 S. 180.)

5. Der Rangvorbehalt läßt die Zwischenrechte unberührt, dagegen wirken die Zwischenrechte auf das vorbehaltene Recht ein, wenn es bei der Zwangsversteigerung zur Verteilung der Kaufgelder kommt. Die Zwischenrechte erhalten an ihrer Stelle Befriedigung aus den Kaufgeldern, soweit diese dazu reichen. Dagegen erhält das vorbehaltene Recht nicht in vollem Umfange Befriedigung an der Stelle des mit dem Vorbehalt eingetragenen Rechtes, falls die Kaufgelder nicht zur Befriedigung des vortretenden Rechtes, der Zwischenrechte und des zurücktretenden Rechtes ausreichen. Wenn eine Hypothek A von 1000 hinter eine Hypothek C von 1000 zurückzutreten hat und ein Zwischenrecht B von 500 vorhanden, aber ein Kaufgeld von nur 1500 zu verteilen ist: so erhalten *nicht* die vortretende Hypothek C 1000 und das Zwischenrecht B 500, so daß die zurücktretende Hypothek A leer ausgeht. Man hat vielmehr angenommen, das zurücktretende Recht würde eine unbillige Schmälerung erfahren, wenn ihm das Zwischenrecht *und* das nacheingetragene Recht vorgingen. Der § 881 Abs. 4 versagt deshalb dem Vorrange die Wirkung insoweit, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der Belastung des Grundstücks mit dem Zwischenrecht eine über den Umfang des Vorbehalts hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde. Die Verteilung wird so vorgenommen, daß das vortretende Recht an der Stelle des zurücktretenden nur zu dem Betrage zur Hebung kommt, der sich nach Abzug des Zwischenrechts vom vortretenden Rechte ergibt. Im vorstehenden Beispiele würde also der Hypothekar C vermöge seines Vorrangs vor dem Hypothekar A die auf diesen fallenden 1000 unter Abzug der dem Zwischengläubiger gebührenden 500, also 500, der Zwischengläubiger B 500 und der zurücktretende Hypothekar A 500 erhalten. (Vgl. Anm. I 2 S. 180 u. Denkschr. S. 179). Der Abs. 4 kann zu verwunderlichen Ergebnissen führen. Wird z. B im obigen Beispiele bei der Zwangsversteigerung nur die erste Hypothek ausgeboten, so erhält C die ganzen 1000 Mk., während A und B leer ausgehen. Beträgt die Zwischenpost ebenso, wie die beiden anderen Posten 1000 Mk. und das Meistgebot deckt die beiden zuerst eingetragenen Hypotheken, so erhalten A und B je 1000 Mk.; während C leer ausgeht (vgl. Fuchs, Planck, Biermann, Kober, zu § 881, Serini S. 19 ff., Gierke SR. S. 324 Anm. 93). Nicht mit Unrecht sagt Ternburg SR. § 217 Nr. III, daß diese Kreditform wie ein Spiel wirke.

Für die Berechnung des *geringsten Gebots* (ZVG. §§ 44 ff.) ist, falls das vorbehaltene Recht unmittelbar hinter dem Rechte, bei dessen Bestellung es vorbehalten wurde, eingetragen ist, die vortretende Post zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger der zurücktretenden Post die Zwangsversteigerung betreibt, die mit dem Vorbehalte belastete Post dagegen nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger der vortretenden Post der Betreibende ist. Sind aber Zwischeneintragungen vorhanden, so kommt es nach dem Grundsatze des § 881 Abs. 4 BGB. darauf an, ob diese das vorbehaltene Recht dem Betrage nach erschöpfen. Ist dies der Fall, so kommt das vorbehaltene Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht in Betracht; andernfalls ist es so weit in Berechnung zu stellen, als es die Zwischenposten übertrifft. Ist das vorbehaltene Recht nicht eingetragen, so kommt der Vorbehalt überhaupt nicht in Betracht (vgl. Jaeckel Anm. 10 zu § 45 ZVG.).

Digitized by Google

6. Der Vorbehalt des Vorrangs für ein später einzutragendes Recht kann in der verschiedensten Weise gemacht werden. Entsprechend verschieden gestalten sich dann die Wirkungen des Vorbehalts. Wird z. B. der bei der ersten Post gemachte Vorbehalt unter die Bedingung gestellt, daß keine Zwischeneintragungen oder keine solchen ohne den gleichen Vorbehalt erfolgen, so verliert mit dem Nichteintritte der Bedingung der Vorbehalt seine Wirkung (§ 158) und das vorbehaltene Recht hat keinen Anspruch auf vorrechtliche Befriedigung aus dem Grundstücke, wogegen beim Eintritte der Bedingung das vorbehaltene Recht in vollem Umfange Befriedigung vor dem ersten Rechte und vor den Zwischenrechten verlangen kann. Oder wird festgesetzt, daß die Auswahl derjenigen Person und derjenigen Forderung, welcher der vorbehaltene Vorrang zustehen soll, nur mit Zustimmung des bei der ersten Post eingetragenen Berechtigten getroffen werden kann, so ist die Zustimmung dieses Berechtigten erforderlich.

7. Zur Löschung des Rangvorbehalts genügt, solange der Eigentümer davon noch nicht Gebrauch gemacht hat, dessen Bewilligung; später muß die Bewilligung dessen hinzutreten, welchem der vorbehaltene Rang gewährt ist.

§ 882.

Wird ein Grundstück mit einem Rechte belastet, für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist, so kann der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden. Die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

1. Der § 92 des ZVG. v. 24. März 1897 bestimmt:

„Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse.

„Der Ersatz für einen Nießbrauch, für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sowie für eine Reallast von unbestimmter Dauer ist durch Zahlung einer Geldrente zu leisten, die dem Jahreswerte des Rechtes gleichkommt. Der Betrag ist für drei Monate vorauszuzahlen. Der Anspruch auf eine fällig gewordene Zahlung verbleibt dem Berechtigten auch dann, wenn das Recht auf die Rente vor dem Ablaufe der drei Monate erlischt.

„Bei ablösbaren Rechten bestimmt sich der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme."

Und im § 121 Abs. 1 das. wird hinzugefügt:

„In den Fällen des § 92 Abs. 2 ist für den Ersatzanspruch in den Teilungsplan ein Betrag aufzunehmen, welcher der Summe aller künftigen Leistungen gleichkommt, den fünfundzwanzigfachen Betrag einer Jahresleistung jedoch nicht übersteigt; zugleich ist zu bestimmen, daß aus den Zinsen und dem Betrage selbst die einzelnen Leistungen zur Zeit der Fälligkeit zu entnehmen sind."

Bei Aufnahme des § 882 BGB. wurde erwogen, daß die Bestimmung des Höchstbetrags des Ersatzes für das erloschene Recht für den Kredit des Eigentümers von wesentlicher Bedeutung sein könne; der Zweck der Bestimmung lasse sich durch Eintragung einer Kautionshypothek nicht in genügender Weise erreichen, weil die Kautionshypothek nicht imstande sei, den Inhalt des Rechtes zu begrenzen, und weil den Beteiligten unter Umständen daran gelegen sein könne, für den Fall des Erlöschens des Rechtes den an die Stelle tretenden Ersatzanspruch zu fixieren. (Prot. VI S. 242 V.)

Ist ein Höchstbetrag des Ersatzanspruchs nach § 882 BGB. im Grundbuch eingetragen, so darf dieser selbstverständlich bei der Festsetzung nicht überschritten werden (Denkschr. zum ZVG. S. 93). Mehr als den eingetragenen Höchstbetrag kann der Berechtigte nicht beanspruchen. Die gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten können aber verlangen, daß

der Betrag des Ersatzanspruchs auf den wirklichen Wert herabgesetzt wird. Sie werden also durch die Eintragung des Höchstbetrags nicht benachteiligt, sondern begünstigt. Es bedarf daher auch ihrer Zustimmung nicht, wenn erst nachträglich der Höchstbetrag bestimmt wird und bei dem Rechte im Grundbuche vermerkt werden soll (Fuchs S. 105 Nr. 3, 4, Biermann SR. S. 61, Planck 3 S. 111 Nr. 3; Oberneck 1 S. 291; a. M. Kuhlenbeck Komm. S. 637 Nr. 2). Zur Eintragung des Wertersatzes genügen also die Bewilligungen des Eigentümers und des Berechtigten.

2. Der § 882 BGB. betrifft nur solche Rechte, die nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind (ZVG. § 92 Abs. 1 in Anm. 1), also nicht die Hypotheken und Grundschulden (§§ 1113, 1191). Für Rentenschulden gilt die Sondervorschrift des § 1199 Abs. 2, wonach die Ablösungssumme im Grundbuch angegeben werden muß (ZVG. § 92 Abs. 3). Es bleiben hiernach nur das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, die Reallasten und das Vorkaufsrecht übrig. Die Anwendung des § 882 auf letzteres ist zwar streitig; aber es ist nicht ersichtlich, weshalb das nach § 1097 *für mehrere oder für alle Verkaufsfälle* bestellte Vorkaufsrecht, das an sich nur für den Fall der in Betracht kommenden Zwangsversteigerung fortfällt, ohne Entschädigung erlöschen sollte (ZVG. § 92; Planck 3 S. 111 Nr. 2, Biermann SR. S. 61, Jaeckel Anm. 1 c zu § 92 ZVG.; a. M. Kober S. 75 Nr. 1). Das nur für *einen* Fall bestellte Vorkaufsrecht kommt nach §§ 1098, 512 BGB. für die Zwangsversteigerung nicht in Betracht. Die Überbau- und Notwegrente fallen nur unter den § 882, wenn ihr Betrag durch Einigung festgesetzt ist (ZVG. § 52 Abs. 2).

§ 883.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig.

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.

Biermann, Prof. Dr. Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901. *Othmar*, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht. Breslau 1902. Derf., Bemerkungen zu §§ 883, 886, 1163 BGB. im Arch. f. Bürg. R. 23 Heft 1. *Reichel*, Dr. Die Vormerkung im deutschen BGB. in Jherings J. 46 S. 59—182. *Philipsen*, Dr. Die Vormerkung nach BGB. Berlin, 1903. *Sekler*, Dr. G. Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. München, 1904. *Priester*, Die alte und die neue Vormerkung im A. f. Bürg. R. 22 S. 143. *Predari* GBO. S. 195. *Strohal*, Dr. E. Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanats-Programm. Leipzig, 1904. *Bongartz*, Ref. E. Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek. Köln, 1904. *Reichel*, Dr. Die Umschreibung der Vormerkung. Leipzig, 1905. *Bendix*, die Vormerkung des neuen Rechts in Gruch. 49 S. 288, 510.

1. Zum Schutze gegen die Gefahren, die mit der Bucheinrichtung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und durch das Eintragungsprinzip verbunden sind, gestatteten die bisherigen Grundbuch- und Hypothekengesetze in ihrer Mehrzahl eine vorläufige Eintragung, durch welche die endgültige Eintragung für den Fall der Beibringung ihrer Voraussetzung sichergestellt wurde.

1. In *Preußen* läßt sich dieser Standpunkt auf die Hypothekenord. v. 20. Dezember 1783 zurückführen. „Protestationen — bestimmten die §§ 289, 290, 298, 299 Titel 2 daf. — werden eingelegt, wenn jemand einen Realanspruch an ein Grundstück behauptet, den er

Digitized by Google

aber, sofort liquid zu machen, ohne seine Schuld verhindert wird. Wegen bloß persönlicher Anforderung findet keine Protestation statt. Der Effekt einer ingrossierten Protestation besteht darin, daß, solange solche auf dem Grundstücke haftet, alle mit demselben vorzunehmenden Dispositiones und darauf geschehende Eintragungen dem Protestanten an seinem wirklichen Rechte nicht nachteilig werden können. Wenn also der Protestant das streitige Realrecht durch richterliches Urteil oder auf andere Weise wirklich behauptet, so tritt dasselbe ipso jure an die Stelle, wo die Protestation eingetragen ist, und geht allen nachher ingrossierten Posten vor." Hiernach war notwendige Voraussetzung ein bereits bestehender Realanspruch an ein Grundstück, ein Anspruch entweder auf das Eigentum oder auf ein dingliches Recht, gleichviel, ob es in letzterem Falle sich um die erste Eintragung eines Realrechts oder um einen Anspruch auf ein bereits eingetragenes Realrecht (z. B. um die Zession einer Hypothek) handelte (HypO. II §§ 57, 72). Die endgültige Eintragung durfte aus dem Grunde zur Zeit nicht zulässig sein, weil der Anspruch noch nicht liquid gemacht werden konnte (HypO. II. § 18). Zur Eintragung einer Protestation zwecks Begründung des Hypothekenrechts bedurfte es eines rechtsgültigen Titels zur Erlangung eines Hypothekenrechts, eines durch Willenserklärung bestellten oder eines gesetzlichen Pfandrechts, das nicht zur Eintragung gelangen konnte, entweder weil der Schuldner die ausgestellte Privaturkunde nicht gerichtlich rekognoszieren wollte, oder weil er gegen die Forderung Einwendungen machte, in beiden Fällen also, weil eine gerichtliche Ausmittlung erforderlich war. (ALR. I 20 §§ 418—421; HypO. II §§ 150—153; Verord. v. 4. März 1834 § 22 Abs. 3, GS. S. 31.) Die Protestationen bezweckten immer die Vorbereitung einer endgültigen Eintragung und hatten dementsprechend eine zweifache Wirkung; eine *negative*, die darin bestand, daß alle Dispositionen über das Grundstück dem Protestanten unnachteilig waren, daß die rechtliche Lage des Grundstücks, wie sie zur Zeit der Eintragung der Protestation war, bis dahin unverändert bestand, daß die definitive Eintragung erfolgen konnte; und eine *positive*, die darin bestand, daß der Protestant das Realrecht selbst nach gehobenem Widerspruch oder ergänzter Formalität an dem Orte der Protestation eintragen lassen konnte (HypO. II § 299; ALR. I 20 § 421). Daher die Bezeichnung protestationes pro conservando jure et loco. Durch die Eintragung der Protestation wurde ein wirkliches, wenn auch bedingtes Realrecht begründet. — Dieser Begriff der Protestationen hatte sich jedoch in den Gesetzen nicht rein erhalten. Es wurden auch solche Vermerke im Hypothekenbuche Protestationen genannt, die nur die negative Wirkung hatten, den Grunddesitzer oder eingetragenen Berechtigten in seiner Verfügung über das Grundstück oder das eingetragene Recht zu beschränken, deren Endziel nicht in einer endgültigen Eintragung und deren Wirkung deshalb auch nicht in der Erhaltung eines Vorrechts bestand. So wurden bloße Sperrvermerke, d. h. Vermerke, wodurch das Hypothekenbuch gegen weitere Verfügungen des Eigentümers oder des Berechtigten abgesperrt wurde (Allg. GO. I 20 § 18, I 38 § 21; G. v. 24. Mai 1853 § 51; Instr. v. 3. August 1853 Art. 22 Nr. 1), ferner Vermerke, welche die Erhaltung von Einreden bezweckten (HypO. II. § 177; G. v. 24. Mai 1853 §§ 49, 50; ALR. I 20 §§ 422—426), und Arreste wegen persönlicher Forderungen (ALR. II 18 §§ 882—884) ebenfalls Protestationen genannt (protestationes de non amplius disponendo vel intabulando vel conservandis exceptionibus). Dadurch wurde die Lehre von den Protestationen verdunkelt, indem man dergleichen Vermerke als eine besondere Art der die Erhaltung eines Realrechts bewirkenden Protestationen auffaßte, obwohl durch sie lediglich die Dispositionsbefugnis beschränkt wurde. Hinsichtlich der Sperrvermerke und der Vermerke zur Erhaltung von Einreden war jedoch in neuerer Zeit allgemein die Ansicht festgestellt, daß durch solche Vermerke in keinem Falle ein Realrecht für den Anspruch des Gläubigers erworben werde. Nur bei den Arresten, die wegen Geldansprüche oder anderer Forderungen auf Grundstücke ausgebracht wurden, blieb es bis zur gesetzlichen Regelung durch § 10 PfVG. v. 1883 streitig, ob ihnen nur die negative Wirkung einer Verfügungsbeschränkung oder auch die positive Wirkung der Erhaltung des Vorrechts beizumessen sei. Es war dies die Folge einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem III. und dem IV. Senate des Obertribunals, die zu einem Plenarbeschlusse nicht geführt hat. Das Reichsoberhandelsgericht, das Reichsgericht und das Kammergericht hatten sich der Ansicht des III. Sen. des OTrib. angeschlossen, daß durch die Eintragung des Arrestes nur die negative Wirkung eintreten sollte.

Die Protestationen wurden unter der Bezeichnung *Vormerkungen* in den Grundbuchgesetzen v. 1872 neu geregelt. Die Vormerkungen schlossen sich den Protestationen zur Erhaltung eines rechtsgültig bestehenden Realanspruchs in Voraussetzung, Zweck und Wirkung an. Eine Vormerkung konnte eingetragen werden: 1) zum Schutze eines bereits bestehenden dinglichen Rechtes, namentlich zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines solchen oder auf Löschung eines eingetragenen, aber nicht bestehenden oder weggefallenen Rechtes (EigG. §§ 8, 9, 16, 60; GBO. §§ 88, 102); 2) zum Schutze eines persönlichen Rechtes, insbesondere zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung des Eigentums oder auf Ein-

tragung einer Hypothek oder einer Grundschuld (EigG. §§ 8, 22, 60; GBO. §§ 64, 88). In den Fällen zu 1 sind bereits bestehende dingliche Rechte, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt, deshalb gefährdet, weil sie gegen Dritte, die sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen können, nicht geltend gemacht werden dürfen. Durch die Eintragung der Vormerkung soll zu jedermanns Kenntnis kommen, daß diese Rechte beansprucht werden. In den Fällen zu 2 sind noch nicht bestehende, aber doch wegen einer persönlichen Verpflichtung zugesicherte Rechte durch den Eintragungszwang gefährdet, d. h. dadurch, daß sie erst mit der Eintragung zur Entstehung gelangen. Diesen Rechten soll durch die Vormerkung dingliche Wirkung, die sie einstweilen noch nicht haben, verliehen werden. (Bemerk. des preuß. JustMin. S. 187.) Beide Kategorien von Vormerkungen hatten, wenn die endgültige Eintragung nachfolgte, dingliche Wirkung von dem Zeitpunkt ihrer Eintragung an. Über andere Arten von Vormerkungen vgl. Anm. II S. 189.

Vgl. Turnau I S. 344. Biermann WV. S. 1—30. Sekler S. 7—12.

2. Im Entw. I war das Institut der Vormerkung insoweit beibehalten, als es zum Schutze bestehender Rechte an Grundstücken und zur Erhaltung einer gegen die eingetragene Forderung bestehenden Einwendung dient, dagegen insoweit abgelehnt, als es Erhaltung von Ansprüchen auf Einräumung eines dinglichen Rechtes, dessen Erwerbung von einer Eintragung abhängig ist, oder auf Aufhebung eines eingetragenen Rechtes bestimmt ist. Der § 844 bestimmte im Abs. 1: „Zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes an einem Grundstück oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechtes kann ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen werden (Vormerkung)"; und der § 1085 im Abs. 1: „Zur Erhaltung einer gegen die Forderung bestehenden Einwendung kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden." Es wurde dies damit gerechtfertigt, daß dem obligatorischen Anspruche die Verwirklichung im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot und dessen Eintragung gesichert werden könne, daß aber der Zulassung einer Vormerkung zu diesem Zwecke, durch die der Anspruch nicht bloß gegen Verfügungen des Verpflichteten, sondern darüber hinaus, insbesondere auch für den Konkursfall, durch vorläufige, d. h. unter Bedingung der Liquidestellung, wirksame Eintragung des Rechtes sichergestellt würde, schwerwiegende Bedenken entgegenständen. Man meinte, der Umstand, daß die Grundbucheinrichtung die Möglichkeit biete, durch die Vormerkung einen besonderen Schutz im Gebiete des Immobiliarverkehrs zu schaffen, der im Gebiete des Mobiliarverkehrs, in dem die Gefahr der Rechtsverletzung ebenso groß sei, fehle, könne keinen Grund für die Zulassung der Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche abgeben, zumal ein Bedürfnis hierfür nicht anzuerkennen sei. Vgl. Mot. III S. 240 u. Biermann WV. 58—66.

3. Dieser Standpunkt des Entw. I wurde von der Mehrzahl der Bundesregierungen wie von der Kritik nicht gebilligt; es wurde vielmehr die Zulassung der obligatorischen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung sowie auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte dringend befürwortet. Bei der 2. Lesung hielt man die Beibehaltung der im § 844 Entw. I normierten Vormerkung zum Schutze bestehender dinglicher Rechte allerseits für selbstverständlich. Eine erhebliche Meinungsverschiedenheit ergab sich dagegen in der Richtung, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen eine Vormerkung zum Schutze persönlicher Ansprüche zuzulassen sei.

a. Die Mehrheit der Kommission nahm folgenden Standpunkt ein. Ohne Zweifel bestehe ein dringendes Bedürfnis für die Zulassung der obligatorischen Vormerkung, welche dem in einem großen Teile von Deutschland geltenden Rechte entspreche. Für den Verkehr würde deshalb das BGB. eine empfindliche Lücke zeigen, wenn es die Vormerkung nicht zulasse. Von dem jus ad rem sei dabei nicht die Rede. Es handle sich lediglich darum, aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gläubiger für seine persönlichen Forderungen einen durch die Grundbucheinrichtung ermöglichten Schutz zu gewähren. Bei den Ansprüchen auf Erwerb von Rechten an Mobilien sei freilich ein Schutz nach Art der Vormerkung nicht möglich, weil dafür eine dem Grundbuch entsprechende Einrichtung nicht bestehe; dies zwinge aber nicht dazu, den an sich für erforderlich erachteten Schutz auch bei den Immobilien, wo sich dafür im Grundbuch ein Mittel biete, zu versagen. Für dingliche Rechte an Immobilien werde er auch allerseits zugestanden und nur für persönliche Ansprüche bestritten. Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten sei aber durchaus nicht immer durch die Natur der Sache gegeben, sondern vielfach vom Zufall abhängig und in manchen Fällen nicht ohne weiteres ersichtlich. An denselben Tatbestand knüpfe das Gesetz zuweilen einen dinglichen, zuweilen nur einen obligatorischen Anspruch, der Eigentümer z. B. der die Hypothek bezahle, erwerbe einen dinglichen Anspruch (§ 1163), dagegen der Zessionar einer Buchhypothek, der die Valuta zahle, ohne bereits die Eintragung erlangt zu haben, nur einen obligatorischen (§ 1154 Abs. 3). Es sei nicht einzusehen, warum

man in dem einen Falle einen Arrest erwirken müsse, während in dem anderen eine einfache Vormerkung möglich sei. Es wurden Bestimmungen, wie sie in den §§ 883, 885 BGB. enthalten sind, angenommen. Man hielt es aber nicht für gerechtfertigt, die Vormerkung als eine der Sicherungshypothek und dem Pfandrecht ähnliche Belastung des Grundstücks oder des eingetragenen Rechtes durch eine Reihe von Vorschriften in einem besonderen Abschnitt auszugestalten und den Kondiktionsansprüchen eine besondere Stellung durch die Vorschrift einzuräumen, daß zur Sicherung des Anspruchs auf Wiederaufhebung einer des rechtlichen Grundes ermangelnden eingetretenen Rechtsänderung eine Vormerkung eingetragen werden könne. (Prot. III S. 114, 740.)

b. Die Unterscheidung zwischen dem Widerspruche zur Erhaltung eines bestehenden Rechtes und der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes wurde darin gefunden: Bei dem Widerspruche handle es sich um ein bereits bestehendes Recht, das lediglich wegen der aus der Grundbucheinrichtung und dem § 892 BGB. sich ergebenden Gefahr geschützt werden solle. Bei der Vormerkung dagegen solle ein noch nicht vorhandenes dingliches Recht begründet werden. Daraus ergebe sich eine Reihe von Konsequenzen. Der Widerspruch wirke objektiv gegen jeden, die Vormerkung nur relativ zugunsten desjenigen, dessen Recht geschützt werden solle. Eine gegen den Widerspruch verstoßende Veräußerung oder Belastung sei nichtig (vgl. Anm. zu § 899); einer besonderen Vorschrift bedürfe es insoweit nicht. Bei der Vormerkung sei dagegen eine Vorschrift erforderlich, daß eine Veräußerung oder Belastung zum Nachteile des eingetragenen Berechtigten unzulässig sein solle. Ferner sei nur bei der Vormerkung das Datum der Eintragung für den Rang des vorgemerkten Anspruchs entscheidend, beim Widerspruche dagegen komme es (vorbehaltlich der nach § 892 erworbenen Rechte) auf den Rang des durch den Widerspruch gesicherten Rechtes an. Auch für den Konkurs bestehe eine Verschiedenheit, indem der Konkursverwalter beim Widerspruche nur bestehendes Recht anzuerkennen habe, dagegen bei der Vormerkung durch seine Tätigkeit neues Recht begründen müsse. Aus diesen Gründen wurde beschlossen, beide Institute — Widerspruch und Vormerkung — in das BGB. aufzunehmen und den Unterschied kenntlich zu machen. (Prot. III S. 111.) Vgl. §§ 883, 894, 899 BGB.

c. Einverständnis herrschte darüber, daß die Vormerkung dingliche Wirkung in der Art eines Veräußerungsverbots haben müsse. Zu der juristischen Konstruktion wurde von einer Seite bemerkt, daß man das Verhältnis ansehen müsse ähnlich, wie wenn ein resolutiv bedingtes Recht eingetragen sei. Von anderer Seite wurde dagegen ausgeführt: „Für den Anspruch auf Einräumung des Eigentums passe diese Auffassung nicht, da sie zur Folge haben müßte, daß der vorgemerkte Erwerber bereits jetzt als Eigentümer gelte und das Grundstück veräußern könne; bei Hypotheken würde allerdings die Konstruktion eines resolutiv bedingten Rechtes möglich sein. Man werde eher an eine Suspensivbedingung zu denken haben. Zweifelhaft sei namentlich, ob man sagen könne, daß bereits die Eintragung eines Rechtes vor sich gegangen sei. In Wirklichkeit handle es sich kaum um etwas anderes als um ein qualifiziertes Veräußerungsverbot. Im einzelnen könnten allerdings eine Reihe von Zweifeln und Schwierigkeiten in der Richtung entstehen, welche Wirkung der Vormerkung beizulegen sei. Der Gesetzgeber könne sich damit begnügen, dieselbe Wirkung wie bei einem bedingten Rechte anzunehmen." (Prot. III S. 112.)

Auch darüber herrschte Einverständnis, daß der Rang eines durch Vormerkung geschützten Rechtes sich nach dem Datum der Eintragung der Vormerkung richten müsse; ebenso darüber, daß die Vormerkung im Konkurs ihre Wirksamkeit behalten müsse. (Prot. III S. 112.) Vgl. Anm. II 4 f.

d. Die Bestimmung im Abs. 1 Satz 2 des § 883 BGB. wonach die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig ist, entspricht den für die Hypothek (§ 1113 Abs. 2) und für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten (§ 1204 Abs. 2, § 1273 Abs. 2) gegebenen Vorschriften. Damit ist insbesondere den Beteiligten für den Fall, daß ein Grundstück unter einer Bedingung oder einer Befristung aufgelassen werden soll, in der Gestalt einer Vormerkung ein Mittel in die Hand gegeben, sich den Rechtserwerb bzw. das Rückfallsrecht mit dinglicher Wirkung zu sichern. Die §§ 870, 871 Entw. I erklärten die Auflassung unter Beifügung einer aufschiebenden Bedingung oder eines Anfangstermins für unwirksam, ließen jedoch die Auflassung unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins zu, wenn gleichzeitig das Rückfallsrecht von Amts wegen in das Grundbuch eingetragen werde (vgl. Mot. III S. 318). Bei der 2. Lesung hielt man die Unterscheidung zwischen einer Auflassung mit aufschiebender und einer Auflassung mit auflösender Bedingung nicht für berechtigt. Die Eintragung des Berechtigten als Eigentümers könne allerdings vor Eintritt der Bedingung nicht erfolgen; es sei jedoch nicht abzusehen, weshalb es an sich nicht zulässig sein solle, das Anfallsrecht des Erwerbers in gleicher Weise wie das Rück-

fallsrecht des Veräußerers einzutragen und in ſeinen Wirkungen auszugeſtalten. Man habe mithin nur die Wahl, entweder die Auflaſſung unter Beifügung einer auflöſenden Bedingung bzw. eines Endtermins gleichfalls für unwirkſam zu erklären oder auch die Auflaſſung unter Beifügung einer aufſchiebenden Bedingung bezw. eines Anfangstermins in der Weiſe zuzulaſſen, daß das Anfallsrecht des Erwerbers eingetragen werde. Die Kommiſſion gab der erſteren Regelung den Vorzug. Es wurde deshalb im § 925 Abſ. 2 BGB. eine Auflaſſung, die unter einer (aufſchiebenden oder auflöſenden) Bedingung oder einer Zeitbeſtimmung (Anfangs- oder Endtermin) erfolgt, für unwirkſam erklärt. Dabei ging man jedoch von der Vorausſetzung aus, daß die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines bedingten oder betagten Anſpruchs zuläſſig ſei, wie es im § 883 Abſ. 1 Satz 2 BGB. beſtimmt iſt. Eine Auflaſſung unter einer aufſchiebenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermins iſt mithin unzuläſſig und kann nicht zur Eintragung des bedingt oder betagt Berechtigten als Eigentümers führen; zur Sicherung des Rechtes auf Auflaſſung kann aber eine Vormerkung eingetragen werden, auch wenn das Recht von einer aufſchiebenden Bedingung abhängig iſt oder erſt mit dem Eintritt eines Anfangstermins wirkſam wird. Eine Auflaſſung unter einer auflöſenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermins iſt gleichfalls unzuläſſig. Um das mit ſolcher Auflaſſung angeſtrebte Ziel zu erreichen, iſt die Auflaſſung unbedingt bezw. unbetagt zu erteilen und der Erwerber unbedingt bezw. unbetagt als Eigentümer einzutragen; das Rückfallsrecht des Veräußerers iſt durch Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Rückauflaſſung in der Abteil. II des Grundbuchs zu ſichern. In beiden Fällen hat die Vormerkung die ihr in den Abſ. 2 und 3 des § 883 BGB. beigelegte Wirkung. (Prot. III S. 182, 746.)

e. Es ſind noch folgende Fragen zur Sprache gekommen:

α. Darüber, ob das Recht der Vormerkung ſich auch auf die von dem Grundſtücke getrennten Erzeugniſſe und ſonſtigen Beſtandteile ſowie auf das Zubehör des Grundſtücks nach Maßgabe des § 1120 BGB. erſtrecke, war die Mehrheit der Kommiſſion der Anſicht, daß regelmäßig der Anſpruch auf das Grundſtück auch auf das Zubehör mit gerichtet ſein werde, und daß danach die Rechtswiſſenſchaft wohl ohne Bedenken zu dem Satze gelangen werde, die Vormerkung, die eben jenen Anſpruch dinglich zu ſichern beſtimmt ſei, umfaſſe auch das Zubehör. Wo es notwendig ſei, werde der Gläubiger neben der Vormerkung eine einſtweilige Verfügung hinſichtlich des Zubehörs erwirken können. Eine beſondere Vorſchrift wurde für entbehrlich erachtet. (Prot. III S. 741, 747 D.)

β. Es war beantragt, als Folge des Aufgebens des Rechtes aus der Vormerkung auszuſprechen, daß der perſönliche Schuldner inſoweit frei werde, als er den Gläubiger an den neuen Eigentümer hätte verweiſen können. Zur Begründung war bemerkt: „Wenn der Gläubiger freiwillig die Vormerkung löſchen laſſe, ſo habe er dadurch bewirkt, daß der Schuldner ihm das Recht, zu deſſen Sicherung die Vormerkung eingetragen ſei, nicht mehr verſchaffen könne. Den Schuldner könne er unter dieſen Umſtänden nicht zum Schadenserſatze heranziehen, da dieſer durch die Eintragung der Vormerkung im weſentlichen ſeiner Verpflichtung genügt habe, indem der Gläubiger durch das Grundſtück ſichergeſtellt ſei. Der Gläubiger habe ſich deshalb den etwa entſtehenden Schaden ſelbſt zuzuſchreiben." Die Mehrheit der Kommiſſion erachtete die vorgeſchlagene Vorſchrift, ſoweit ſie richtig ſei, für ſelbſtverſtändlich und lehnte den Antrag ab. (Prot. III S. 741, 747 E.)

γ. Der Antrag, eine Vorſchrift aufzunehmen, daß der neue Eigentümer gegen den Anſpruch des Gläubigers aus der Vormerkung die dem perſönlichen Schuldner und die nach § 770 BGB. einem Bürgen zuſtehenden Einreden geltend machen könne und daß im übrigen auf die Einreden des neuen Eigentümers die für die Einreden gegen den Anſpruch des Hypothekengläubigers geltenden Vorſchriften des § 1137 Abſ. 2 und des § 1138 BGB. entſprechende Anwendung finden, wurde abgelehnt, weil zur Ausgeſtaltung des Rechtes der Vormerkung in dieſer Richtung kein Bedürfnis dargetan ſei. Dabei wurde von einer Seite bemerkt, daß Wiſſenſchaft und Praxis wohl dahin kommen würden, dem neuen Eigentümer das Recht zuzugeſtehen, die dem Schuldner zuſtehenden Einreden geltend zu machen. (Prot. III S. 741, 748 F.)

II. Nach Vorgang des preuß. Rechtes läßt das BGB. vorläufige Eintragungen zu nicht nur zum Schutze beſtehender Rechte an einem Grundſtücke, ſondern auch zur Sicherung perſönlicher Anſprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundſtücke. Beide Kategorien von Eintragungen wurden in Preußen Vormerkungen genannt, die Bezeichnung Widerſpruch findet ſich nur einmal, wo die Eintragung die Erhaltung des Rechtes des Eigentümers auf Löſchung einer Hypothek oder Grundſchuld bezweckte (EigG. § 60). Das BGB. unterſcheidet ſcharf zwiſchen Vormerkungen und Widerſprüchen und hat für jede dieſer Eintragungen beſondere Vorſchriften (vgl.

Digitized by Google

Anm. I 3 b S. 188). Es versteht unter Vormerkung ausschließlich die obligatorische Vormerkung und regelt diese in den §§ 883—888, es bezeichnet mit Widerspruch lediglich die dingliche Vormerkung und ordnet diese in den §§ 894—899. Allgemeine Bestimmungen über Vormerkungen hatte das preuß. Recht, abgesehen von einzelnen Vorschriften über das Verfahren, nicht. Die Grundbuchgesetze von 1872 ließen Vormerkungen ausdrücklich nur für einzelne bestimmte Fälle in den §§ 8, 9, 16, 22, 60 EigG. und in den §§ 64, 102 GBO. zu. Außerdem wurden im Wege der Zwangsvollstreckung vollstreckbare Geldforderungen in bestimmten Fällen nicht durch Hypothek, sondern nur durch Vormerkung gesichert und zur Vollziehung eines Arrestbefehls wurde eine Vormerkung in Höhe des zu sichernden Geldbetrags eingetragen (ZVG. v. 1883 § 6 Abs. 3, §§ 7, 8, 10). Die Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung und zur Vollziehung eines Arrestbefehls werden nicht im BGB., sondern in der ZPO. geregelt; sie erfolgen nicht mehr in der Form von Vormerkungen, sondern in der von Sicherungshypotheken (ZPO. §§ 866—868, 932). Die ZPO. (§ 895) läßt Vormerkungen und Widersprüche nur da zu, wo der Schuldner durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll. Von den durch die Grundbuchgesetze v. 1872 eingeführten Vormerkungen scheidet diejenige des § 102 GBO. zur Erhaltung des dinglichen Rechtes für Rückstände hier aus. Nach §§ 23, 24 der RGBO. wird bei Rechten, die auf Zeit beschränkt sind, nach dem Eintritte des Endtermins die Löschung des Rechtes ausgeschlossen, wenn ihr der Berechtigte oder sein Rechtsnachfolger beim Grundbuchamte widersprochen hat; der Widerspruch ist von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen. Von den übrigen Vormerkungen gehören die zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung des Eigentumsübergangs und des Rechtes des Anfechtungsklägers bestimmten (EigG. §§ 8, 9) nach der Auffassung des BGB. nicht zu den Vormerkungen, sondern zu den Widersprüchen, weil sie ein dingliches Recht voraussetzen, dessen Bestehen den Inhalt des Grundbuchs unrichtig macht. Beschränkungen des Eigentumsrechts an einem Grundstücke werden meist nur zu einem Widerspruche sich eignen (z. B. die Fideikommißeigenschaft). Verfügungsbeschränkungen des Eigentümers sind im § 883 Abs. 1 nicht erwähnt; sie können nicht vorgemerkt, sondern nur durch einstweilige Verfügung beim Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen einer solchen zur vorläufigen Eintragung gelangen.

1. Das BGB. spezialisiert nicht die einzelnen Fälle, in denen eine Vormerkung zulässig ist, sondern bestimmt im § 883 Abs. 1 im allgemeinen, daß alle Rechtsverhältnisse, die einen persönlichen Anspruch auf Eintragung, Änderung oder Löschung eines Rechtes an einem Grundstück erzeugen, durch Vormerkung gesichert werden können. Insbesondere können vorgemerkt werden der Anspruch auf Übertragung des Eigentums des Grundstücks, der Anspruch des Verkäufers auf Rückauflassung bei vollzogener Wandelung (§ 465), der Anspruch auf Rückauflassung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812; Biermann WB. S. 133 f.), der Anspruch auf Auflassung eines vermachten Grundstücks (§ 2174), der Anspruch gegen den Hypothekengläubiger auf Entlastung eines Grundstücks oder Grundstücksteils aus der Mithaft für die Hypothek (RG. JW. 23 S. A. 152), die Verpflichtung des Eigentümers, einer Hypothek vor anderen, falls er diese als Eigentümergrundschulden erwerben sollte, den Vorrang einzuräumen (RG. JW. 26 S. A 146), der Anspruch auf Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld oder mit einem anderen dinglichen Rechte (einem Erbbaurecht, einer Dienstbarkeit, einem Vorkaufsrecht, einer Reallast), der Anspruch auf Abtretung oder Verpfändung, der Anspruch auf Änderung des Inhalts (§ 877) oder des Ranges (§ 880), der Anspruch auf Löschung solcher Rechte. Dagegen ist nicht vormerkbar das vorbehaltene Recht auf einen Schatz (vgl. Anm. zu § 984). Besonders erwähnt wird im § 1179 die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek (vgl. Abs. 5 dieser Anm.). Hat der Eigentümer sich gegenüber einem Hypothekengläubiger verpflichtet, für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit

dem Eigentume dem Gläubiger für andere Forderungen, als für welche die Hypothek bestellt war, die Hypothek als Sicherungshypothek zu bestellen, so kann zur Sicherung des Gläubigers wegen des aus dieser Verpflichtung erwachsenden Anspruchs eine Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Eigentümers eingetragen werden (RG. JW. 25 S. A 166). Abgesehen hiervon kann ein Unterlassungsanspruch nicht durch Vormerkung, sondern durch Verfügungsbeschränkung gesichert werden (Bendix in Gruch. 49 S. 292 Anm. 5). Im § 1098 Abs. 2 wird dem eingetragenen Vorkaufsrechte Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums beigelegt. Überall ist Rechtsbeständigkeit des zu schützenden Anspruchs Voraussetzung.

Jede Vormerkung bezweckt die Sicherung eines Anspruchs auf eine endgültige Eintragung mit dem Range der Vormerkung (§ 883 Abs. 2). Zum Vormerken eignen sich daher nur solche Ansprüche, *die ihre Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden*. Vorgemerkt kann also nur werden, was eingetragen werden darf. Die Begründung begrenzter Rechte an einem Grundstücke durch Eintragung ist nicht dem Belieben der Beteiligten anheimgegeben, das Gesetz bestimmt vielmehr bei jedem einzelnen Rechte ausdrücklich, daß mit ihm ein Grundstück belastet werden kann (BGB. §§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199); wo solche Bestimmung fehlt, ist die Belastung ausgeschlossen. Nur zur Belastung des Grundstücks mit dinglichen Rechten ist die Eintragung erforderlich und zugelassen (§ 873). Persönliche Forderungsrechte sind nicht eintragungsfähig. (RG. E. 48 S. 61, Bd 55 S. 271; KG. JW. 20 S. A 91; nach früherem Rechte anders KG. JW. 17 S. 66), z. B. nicht das Miet- und Pachtrecht. Diesen Standpunkt, den schon der Entw. I des BGB. einnahm (vgl. Vorbem. II 2 S. 2), ist im BGB. selbst festgehalten. Die Ansicht Dernburgs (SR. § 62 Nr. 4), daß bei der 2. Lesung infolge der Zulassung der Vormerkung zum Schutze persönlicher Ansprüche auf Einräumung von Rechten an Grundstücken das System des Entw. I aufgegeben und die danach geschlossene Zahl der eintragungsfähigen Rechte erweitert sei, findet weder im BGB. noch in den Materialien Unterstützung. Hieraus folgt, daß eine Vormerkung, lediglich zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts, der Dienstbarkeiten, des dinglichen Vorkaufsrechts, der Reallasten, der Hypothek, der Grund- und Rentenschuld stattfindet. (Ebenso Endemann II 1 S. 250.) Über das Wiederkaufsrecht vgl. Nr. 6 der Übersicht vor § 1094 u. Anm. 4 zu § 1094. Das kraft Gesetzes entstehende Recht auf die Überbau- und die Notwegrente wird nicht eingetragen und kann daher auch nicht vorgemerkt werden. Da aber zum Verzicht auf solches Recht und zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag die Eintragung erforderlich ist, so ist dafür auch der Schutz durch Vormerkung gegeben (§§ 912 ff.). Auf einem anderen Gebiete liegt die zu bejahende Frage, ob ein zur Sicherung des Anspruchs auf Leistung aus einem Schuldverhältnis ergangenes Veräußerungsverbot eingetragen werden kann.

Durch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf schulden- und lastenfreie Auflassung katastermäßig bezeichneter Teilparzellen auf dem Blatte des ganzen Grundstücks wird nur der Erwerb dieser Parzellen mit den Wirkungen des § 883 gesichert. Die bloß persönliche Verpflichtung des *Eigentümers* dagegen, die Parzellen von den auf ihnen haftenden Schulden und Lasten zu befreien, eignet sich nicht zur Eintragung und deshalb auch nicht zur Vormerkung; sie erlangt durch die Eintragung einer Vormerkung daher auch nicht dingliche Wirkung. Dem Anspruch auf Erfüllung der Entlastungspflicht kann dadurch Nachdruck gegeben werden, daß für den Fall der Nichterfüllung eine Strafe oder ein Ersatzanspruch in Geld festgesetzt und durch Vormerkung oder Eintragung einer Höchstbetrags-Hypothek auf das ganze Grundstück oder dessen veräußerte Parzellen dinglich gesichert wird. Ist dies unterblieben, so kann es sich, wenn der vorgemerkte Auflassungsanspruch infolge Zuschlags der Parzellen an einen Dritten im Zwangsversteigerungsverfahren erloschen ist, bei Bemessung des Anspruchs auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse (ZVG. § 92) nur um den Wert der Parzellen und um den Ersatz dieses Wertes lediglich aus dem Erlöse der Parzellen handeln, dagegen kann der Ersatz nicht aus dem Erlöse des Restgrundstücks verlangt werden. (RG. E 55 S. 271.)

Digitized by Google

Wird mit der Vormerkung die Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Eintragung zur Begründung eines dinglichen Rechtes bezweckt, so wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß das dingliche Recht als solches nicht schon ohne Eintragung besteht. Ordnet das Gesetz unmittelbar den Erwerb eines Realrechts an, so stellt dessen Eintragung eine Berichtigung des Grundbuchs dar, zu deren Sicherung nicht die Vormerkung, sondern der Widerspruch (§§ 894, 899) dient. In den Fällen der §§ 1075, 1287 BGB. und des § 848 Abs. 2 ZPO., wo Nießbrauch und Sicherungshypothek ohne Eintragung als Rechte am Grundstücke entstehen, ist also die Eintragung nicht einer Vormerkung, sondern eines Widerspruchs zulässig. Vgl. Anm VIII 4 zu § 892 BGB.

Im § 883 Abs. 1 werden die Ansprüche bestimmt bezeichnet, zu deren Sicherung die Eintragung einer Vormerkung zulässig ist. Außerhalb dieses Anwendungsgebiets der Vormerkung kann die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen, die den durch die Vormerkungen bewirkten gleichkommen, nur durch einstweilige Verfügung beim Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen einer solchen angeordnet werden. Deshalb kann Strecker (S. 82 Nr. III) nicht beigetreten werden, wenn er die Bestimmung des § 883 auch auf Ansprüche, die darin nicht erwähnt sind, entsprechend anwenden, insbesondere eine Vormerkung da zulassen will, wo sich der Gläubiger, dem vom Eigentümer ein bestimmter Rang für seine Hypothek oder Grundschuld zugesichert und zu diesem Zwecke versprochen ist, nicht nur die voreingetragenen Hypotheken und Grundschulden, sobald sie zu seiner Verfügung kommen, löschen zu lassen, sondern auch seine Zustimmung zu einer dem Gläubiger nachteiligen Rangänderung zu versagen (vgl. BGB. § 880 Abs. 2 Satz 2). Dem ersteren Versprechen kann nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1179 durch Eintragung einer Vormerkung dingliche Wirksamkeit verliehen werden. Zur Sicherung der Erfüllung des anderen Versprechens gewährt das Gesetz eine Vormerkung nicht, und deshalb kann hier nur durch ein Verbot der Rangänderung und dessen Eintragung im Wege der gewöhnlichen einstweiligen Verfügung geholfen werden. (Gegen Strecker vgl. Biermann WB. S. 142, Maenner S. 50 Anm. 18, Predari S. 198 Nr. 4, Sekler S. 28 Nr. 4.)

Die Bestimmungen in den §§ 883 ff. über die Wirkungen der Vormerkung gegen den Verpflichteten und gegen Dritte (§ 883 Abs. 2, 3), insbesondere gegen den Erben des Verpflichteten (§ 884), über die Eintragung der Vormerkung und deren Voraussetzungen (§ 885), über die Beseitigung der Vormerkung durch Geltendmachung einer Einrede (§ 886) und über deren Erlöschen infolge Aufgebots (§ 887), über die Durchführung des vorgemerkten Rechtes gegen Dritte (§ 888) gelten für alle Arten der Vormerkungen, sofern nicht die Anwendung einzelner dieser Vorschriften durch die rechtliche Natur des vorgemerkten Anspruchs ausgeschlossen wird.

2. Nicht nur unbedingte und gegenwärtige, sondern auch **bedingte** und **künftige** Ansprüche können vorgemerkt werden (§ 883 Abs. 1 Satz 2). Da eine **Auflassung**, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist (§ 925 Abs. 2), gewährt die Vormerkung den Vertragschließenden eine Aushilfe in allen den Fällen, wo sie ein bedingtes oder betagtes Rechtsverhältnis begründen wollen. Will der Verkäufer eines Grundstücks sich wegen Zahlung des Kaufgeldes dadurch sichern, daß er bis zur Zahlung Eigentümer des Grundstücks bleibt, so wird beiden Teilen dadurch geholfen, daß für den Käufer eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen wird: der Verkäufer bleibt Eigentümer, dem Käufer wird die Auflassung des Grundstücks in seinem gegenwärtigen rechtlichen Zustande gesichert. In den Kaufvertrag kann folgende Bestimmung aufgenommen werden: „Der Verkäufer ist zur Auflassung erst dann verpflichtet, wenn der Käufer das Kaufgeld mit Zinsen gezahlt haben wird; er bewilligt jedoch die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes des Käufers auf Auflassung." Der Verkäufer kann sich auch in der Weise sichern, daß er sich den Rückfall des Eigentums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufgeldes ausbedingt. Dann wird dem Käufer die Auflassung unbedingt erteilt, gleichzeitig aber eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes

des Verkäufers auf Rückauflaſſung für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreiſes vom Käufer bewilligt. Die Beſtimmung im Kaufvertrage kann ſo lauten: „Der Verkäufer läßt dem Käufer das verkaufte Grundſtück ſofort auf. Der Käufer verpflichtet ſich jedoch, falls er das Kaufgeld am 1. Oktober 1902 nicht bezahlen ſollte, dem Verkäufer am 2. Oktober 1902 das Grundſtück wieder aufzulaſſen, und bewilligt die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes des Verkäufers auf Auflaſſung.“ Auch beim Tauſche von Grundſtücken kann die gegenſeitige Auflaſſung, die, weil die Grundſtücke in den Bezirken verſchiedener Amtsgerichte liegen, nicht gleichzeitig erfolgen kann, durch Eintragung einer Vormerkung geſichert werden. Schon die frühere Praxis ließ die Vormerkung zu, mochte der Anſpruch auf Auflaſſung fällig, bedingt oder von Gegenleiſtungen abhängig ſein (vgl. RG. Gruch. 34 S. 1091, JW. 1889 S. 320). Vgl. Anm. I 3 d S. 188.

Es wird aber vorausgeſetzt, daß der Veräußerungsvertrag, wodurch der durch Vormerkung geſicherte Anſpruch auf Auflaſſung begründet iſt, der Form des § 313 entſpricht. Ohne Beobachtung dieſer Form wäre der Vertrag nichtig (§ 125) und erzeugte keinen Anſpruch auf Auflaſſung. Die Vormerkung, der kein zu ſchützender Anſpruch zugrunde liegt, iſt unwirkſam; durch deren Eintragung wird das Grundbuch unrichtig und die Vormerkung muß nach § 894 gelöſcht werden. Es kann dies namentlich vorkommen, wenn die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Eigentümers eingetragen iſt, da das Grundbuchamt ſich mit dieſer begnügen muß (GBO. § 19) und der Gültigkeit des Veräußerungsvertrags nicht nachzuforſchen hat. Auch wenn ſpäter die Auflaſſung und die Eintragung des Vorgemerkten erfolgt, wird zwar der Veräußerungsvertrag ſeinem ganzen Inhalte nach gültig (BGB. § 313 Satz 2), aber die Vormerkung bleibt unwirkſam und die Verfügungen, die der Eigentümer nach der Eintragung der Vormerkung über das veräußerte Grundſtück getroffen hat, ſind nicht unwirkſam und der Vorgemerkte kann nicht nach § 888 deren Beſeitigung verlangen. Denn nur die Vormerkung, der ein rechtsbeſtändiger Anſpruch auf Eintragung zugrunde liegt, hat die ihr in den Abſ. 2 und 3 des § 883 beigelegten Wirkungen. (Vgl. Biermann WB. S. 132.) Über die Anſichten, die über den Begriff der künftigen Anſprüche beſtehen, vgl. Reichel S. 97 ff., Sekler S. 34, Bendix in Gruch. 49 S. 293 Nr. 2.

Das Recht, das vorgemerkt werden ſoll, muß gegen den als berechtigt Eingetragenen begründet ſein. Hat der eingetragene Eigentümer ein Grundſtück durch Teſtament vermacht, ſo kann der Bedachte eine Vormerkung auf Auflaſſung gegen den Teſtator bei deſſen Lebzeiten nicht eintragen laſſen, da er gegen dieſen keinen Anſpruch hat, ſondern nur einen künftigen Anſpruch gegen die künftigen Erben, die aber nicht eingetragen ſind (Colmar Rſp. 8 S. 106).

3. Die Vormerkung iſt nicht zuläſſig wegen eines jeden obligatoriſchen Anſpruchs gegen den Eigentümer des Grundſtücks oder einen eingetragenen Berechtigten, ſondern nur da, wo dieſer Anſpruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundſtücke ꝛc. geht, wo alſo, nach preußiſchem Sprachgebrauch, ein Titel zur Eintragung oder Löſchung vorliegt. Stellt der Anſpruch nicht einen ſolchen Titel dar, ſo kann deſſen Sicherung nur nach der Vorſchriften der ZPO. über Arreſte und einſtweilige Verfügungen erfolgen. (RG. JW. 1897 S. 319 Nr. 42.) Das Zurückbehaltungsrecht des Beſitzers einer fremden Sache wegen Verwendungen (BGB. §§ 1000, 273) z. B. gibt dem Beſitzer keinen geſetzlichen Pfandrechtstitel, daher auch keinen Anſpruch auf Eintragung einer Vormerkung. Dagegen kann der Unternehmer eines Bauwerks für ſeine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundſtücke des Beſtellers verlangen (BGB. § 648), daher dieſen Anſpruch auch durch Eintragung einer Vormerkung ſichern laſſen. Der Titel zur Eintragung kann durch Vertrag, letztwillige Verfügung, Stiftung Urteil, Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung oder Geſetzesvorſchrift begründet werden. Das RG. hat die Befugnis des Univerſalfideikommiſſars anerkannt, mittels einſtweiliger Verfügung ſein Anrecht auf ein zunächſt dem Fiduziarerben angefallenes Grundſtück durch Eintragung einer Vormerkung ſichern zu laſſen (Gruch. 45 S. 632). Unrichtig iſt wohl die

Annahme von Fuchs (Anm. 5 a. E. zu § 883), daß vollstreckbare Urkunden auf Geldforderungen die Bedeutung von Titeln zu Hypotheken bilden (vgl. dagegen Mot. III S. 770; KG. RJA. 2 S. 93). Es ist unzulässig, aus solchen Urkunden, die lediglich auf Zahlung von Geldsummen gehen, eine Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek oder auf Pfändung einer Buchhypothek einzutragen; eine trotzdem eingetragene Vormerkung hat keine Wirkung. Die Vormerkung gemäß § 883 ist nur zur Sicherung eines privatrechtlichen Anspruchs auf Eintragung zugelassen, dem die Verpflichtung gegenübersteht, die Eintragung zu bewilligen. Dies trifft bei der Sicherungshypothek und bei der Pfändung einer Buchhypothek im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht zu. Die Eintragung erfolgt hier nicht auf Grund einer Verpflichtung des Schuldners, die Eintragung zu dulden oder gar herbeizuführen, sondern lediglich kraft Gesetzes auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels bezw. eines Pfändungsbeschlusses. Die Anwendung der §§ 883 ff. BGB. ist für das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht vorgeschrieben und die Vormerkung ist als Mittel zur Vollziehung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in die ZPO. nicht aufgenommen. Durch einstweilige Verfügung kann zwar die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Individualleistung angeordnet werden (ZPO. § 942 Abs. 2), zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung findet aber nur der Arrest statt, der durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen wird. (RG. E. 56 S. 10; KG. RJA. 2 S. 93; a. M. Fuchs S. 110 Nr. 5, S. 633 Nr. 11). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß eine unter der Bezeichnung „Vormerkung einer Sicherungshypothek" erfolgte Eintragung lediglich als eine Verfügungsbeschränkung gelten kann, die dazu bestimmt ist, die zu besorgende Vereitelung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung gemäß § 935 ZPO. zu verhindern (RG. V 437. 1903). Die nach §§ 18, 76 GBO. von Amts wegen einzutragenden Vormerkungen folgen ganz anderen Regeln als die Vormerkungen, die auf Parteibetrieb eingetragen werden.

Hat der Schuldner, bevor die Eintragung der Zwangshypothek erfolgen konnte, sein Grundstück durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft an einen Dritten veräußert, so ist die Eintragung erst möglich, wenn der Gläubiger mit der Anfechtungsklage durchgedrungen ist. Um sich gegen die Weiterveräußerung des Grundstücks seitens des Dritten an einen Gutgläubigen zu sichern, steht dem Gläubiger nur der Weg offen, durch Eintragung einer im Wege der einstweil. Verfügung angeordneten Verfügungsbeschränkung den Dritten an der weiteren Veräußerung und Belastung des Grundstücks zu verhindern. Daß es hier der Glaubhaftmachung der Gefährdung nicht bedürfe, weil sie sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ohne weiteres ergebe (Bendix im Recht 1902, S. 505), ist nicht richtig; denn die §§ 885, 899 BGB. enthalten eine positive Ausnahme von dem Grundsatze des § 917 ZPO. für bestimmte Fälle, deren ausdehnende Anwendung auf andere Fälle nicht statthaft ist. OLG. Köln hält die Eintragung einer Vormerkung für zulässig (Rsp. 5 S. 422). Die Anfechtung außerhalb des Konkurses nach dem G. v. 21. Juli 1879 (RGBl. 1898 S. 369) begründet keinen vormerkungsfähigen Anspruch, weil sie nicht auf Rückübertragung des veräußerten Grundstücks oder Rechtes, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses, soweit es zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers erforderlich, gerichtet ist (G. § 7; RG. E. 47 S. 216); dagegen gewährt die durch den Konkursverwalter erfolgte Anfechtung einen Anspruch auf Vormerkung, da das Weggegebene auf Grund des § 37 KO. in vollem Umfange zurückzugewähren ist. (Planck 3 S. 113 Lit. b; a. M. Kober S. 78 Lit. g; Biermann WB. S. 142 f., Jaeger KO. Nr. 13 zu § 37, Rsp. 2 S. 509, Bd 5 S. 422, Sekler S. 37 Anm. 1.) Das RG. stellt beide Arten der Anfechtung in ihrer Wirkung gleich. Es hat ausgesprochen: Ist von einem Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens oder vom Konkursverwalter innerhalb des Konkursverfahrens eine vorgenommene Grundstücksveräußerung mit Erfolg angefochten, so kann vom Erwerber nicht verlangt werden, daß dieser das Eigentum am Grundstück an den Veräußerer zurückübertrage, sondern es genügt in solchen Fällen, wenn der Erwerber verurteilt wird, daß er die Zwangsvollstreckung

in das Grundstück dulde, um als Schuldner im Sinne des § 17 ZVG. angesehen zu werden, wodurch die Zwangsversteigerung ermöglicht und die Befriedigung des Anfechtungsklägers bezw. der Konkursgläubiger aus dem Grundstücke herbeigeführt wird (RG. E. 56 S. 142). Das KG. (RJA. 5 S. 215) hat die Ablehnung des Ersuchens des Prozeßgerichts um Eintragung einer von ihm durch einstweil. Verfügung angeordneten Vormerkung zur Sicherung der Ansprüche, welche einem Gläubiger wegen der Anfechtbarkeit der von seinem Schuldner vorgenommenen Abtretung einer Hypothek gegen deren Erwerber nach dem AnfechtGes. v. 21. Juli 1879 (RGBl. 1898 S. 369) zustehen, gebilligt, weil der vorzumerkende Anspruch nicht auf Einräumung eines eintragungsfähigen Rechtes gerichtet sei, sondern nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung (ebenso RG. JW. 1905 S. 432 Nr. 12).

Bisher wurde angenommen, daß eine Vormerkung nur gegen denjenigen Eigentümer oder Berechtigten nachgesucht werden könne, der unmittelbar dem die Vormerkung Beanspruchenden gegenüber die Verpflichtung hat, das durch die Vormerkung zu schützende Recht einzuräumen; daß aber in dem Falle, wo ein Dritter verpflichtet ist, dem Antragsteller das dingliche Recht zu verschaffen, und der Eigentümer oder Berechtigte versprochen hat, diesem Dritten das beanspruchte Recht einzuräumen, eine Vormerkung gegen den Eigentümer oder Berechtigten nicht zulässig sei. Folgender Fall stand zur Entscheidung. Die fünf Miterben A B C D E hatten sich dem F gegenüber verpflichtet, daß, wenn F mit dem Miterben A einen Kaufvertrag über ein Nachlaßgrundstück unter bestimmten Bedingungen schließen würde, bei der Erbauseinandersetzung das Grundstück in seinem damaligen Hypothekenstande dem Miterben A zum Alleineigentum übertragen werden und daß A gehalten sein solle, dem F das Grundstück aufzulassen; obwohl der verabredete Kaufvertrag zwischen F und dem Miterben rechtsgültig vollzogen war, hatten die Miterben das Grundstück nicht dem A, sondern dem B aufgelassen; F hatte zur Erhaltung seines Rechtes auf Auflassung die Eintragung einer Vormerkung gegen den als Alleineigentümer eingetragenen B beantragt. Dieser Antrag ist abgewiesen, weil der Anspruch des F auf Gewährung des Eigentums sich nicht unmittelbar gegen den Miterben B, sondern gegen den Miterben A richte. (RG. E. 20 S. 242.) Diese Entscheidung wird auch für das jetzige Recht für richtig gehalten, weil eine Verpflichtung des B, das Grundstück dem F aufzulassen, nicht bestanden habe, B vielmehr nur verpflichtet gewesen sei, in Gemeinschaft mit den übrigen Miterben das Grundstück dem A aufzulassen, und dieser es dem F habe auflassen müssen (Predari S. 198 Anm. 4; Reichel S. 102, Sekler S. 39 f. usw.; a. M. Fuchs 1 S. 123 Nr. 2). Nicht erforderlich ist, daß die Rechtsänderung, deren Herbeiführung durch die Vormerkung gesichert wird, zugunsten desjenigen erfolge, dem der vorgemerkte Anspruch zusteht. Vormerkungsfähig ist z. B. der Anspruch auf Bestellung einer Eigentümergrundschuld, wozu der Eigentümer sich einem anderen gegenüber verpflichtet hat.

4. Über die Wirkungen der eingetragenen Vormerkung waren in Preußen außer der Vorschrift im Abs. 3 des § 22, daß durch die Vormerkung einer Hypothek für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert werde, im EigG. Bestimmungen nicht gegeben. Die Wirkungen wurden aus dem früheren Rechte (HypO. v. 1783 II §§ 57, 298) und dem § 103 I 4 ALR. sowie aus dem Zwecke der Vormerkungen abgeleitet. Der durch Vormerkung geschützte Anspruch wurde in dem Umfang, in dem er zur Zeit der Eintragung der Vormerkung bestand, nicht nur gegenüber dem persönlich Verpflichteten, sondern auch gegen jeden Dritten, dem Rechte an dem Grundstück oder an dem Rechte am Grundstücke, sei es von dem Verpflichteten selbst, sei es gegen diesen im Wege der Zwangsvollstreckung, bestellt wurden, erhalten. Verhindert wurde die Bestellung solcher Rechte durch die Vormerkung zwar nicht, aber mit der Durchführung des vorgemerkten Anspruchs mußte der Zustand des mit der Vormerkung belasteten Grundstücks oder Rechtes, wie es zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhanden war, wiederhergestellt werden. Die Vormerkung wirkte auf alle dem vorgemerkten Anspruch entgegenstehenden Rechte resolvierend. (Vgl. RG. E. 7 S. 177, Bd 15 S. 269, Bd 27 S. 237, Gruch. 36 S. 1201.)

Digitized by Google

Über die rechtliche Natur der Vormerkung nach BGB. sind verschiedene Ansichten hervorgetreten.

Nach Fuchs (S. 110—120 III, in Gruch 46 S. 561 ff.) wirkt die Vormerkung positiv und negativ wie eine aufschiebend bedingte Belastung, ist ein bedingtes dingliches Recht. Nach anderen bleibt der Anspruch auf Einräumung ꝛc. auch nach Eintragung der Vormerkung ein persönlicher, erlangt aber durch die Vormerkung eine gewisse dingliche Wirksamkeit. Dernburg (SR. §§ 51, 63), Gierke (Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 21 Anm. 50), Lehmann (2 § 3 S. 14), Endemann (2 S. 250, 252 Anm. 8), sehen in der Vormerkung ein jus ad rem, ein Recht zur Sache, Oberneck (§ 50 S. 359 Nr. 2) wendet darauf den Ausdruck obligatio in rem scripta an (vgl. auch Strecker S. 114 und Männer S. 58). Nach Cosack (2 S. 25 § 177 Nr. II 2) „setzt die Vormerkung ein bloßes Forderungsrecht voraus; indem sie diesem Rechte zu dinglicher Kraft verhilft, verstärkt sie nicht bloß dessen Wirkung, sondern schafft ein völlig neues Recht, welches jenem Forderungsrecht ähnlich zur Seite tritt, wie eine Darlehnshypothek der persönlichen Forderung des Darlehnsgläubigers". Nach Enneccerus (§ 104 Anm. 3 S. 260, § 147 S. 371) „wird durch die Vormerkung nicht sowohl ein Recht gewahrt, als vielmehr ein neues gegen den neuen Erwerber wirksames, mit der bestehenbleibenden Obligation nur scheinbar identisches Recht geschaffen". Kober (S. 78 Nr. IV) sieht in der Vormerkung ein bloßes Veräußerungs- und Belastungsverbot, dem indessen durch die Eintragung verschiedene Wirkungen ähnlich einem dinglichen Rechte erwachsen. Nach Planck (3 S. 115 Nr. 2) ist die Vormerkung einem Veräußerungsverbote verwandt und verbindet § 883 BGB. mit ihr eine Verfügungsbeschränkung. Biermann (WB. S. 184) begnügt sich mit der Definition: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 833 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert." Vgl. die Besprechung sämtlicher Ansichten bei Biermann WB. S. 167—184 und SR. S. 63 Nr. 2 und bei Othmer, der unter Verwerfung aller übrigen Konstruktionen zu den Sätzen gelangt: „Die Vormerkung hat, abgesehen von den Vermutungen des § 891 BGB., dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung. Durch Eintragung einer Vormerkung werden die den im § 883 Abs. 1 BGB. bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Änderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt." (S. 67, 80.) Reichel (S. 160) definiert: „Die Vormerkung ist die anwartschaftsbegründende vorläufige Eintragung einer künftigen eintragungsbedürftigen dinglichen Rechtsänderung, auf deren Herbeiführung ein Anspruch besteht oder in Aussicht steht." Sekler (S. 124) sieht in der Vormerkung ein eigenartiges akzessorisches Recht an Grundstücken und Grundstücksrechten, ein Recht, das die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstande gewährleistet und der Sicherungshypothek am nächsten liege (S. 127 c). Nach Gierke (SR. S. 336 ff) ist die Vormerkung ihrem Wesen nach kein von der gesicherten Forderung verschiedenes Recht. Als subjektives Recht besteht nach wie vor der Eintragung der Vormerkung lediglich die gesicherte Forderung; aber diese hat durch jene eine gesteigerte Wirkungskraft erhalten, die sich in dem ihr gewährten dinglichen Schutze äußert. Nach Bendix (Gruch. 49 S. 531) ist die Vormerkung „ein konstitutiver durch eine dinglich wirksame Verfügungsbeschränkung eine Definitiveintragung sichernder vorläufiger Grundbucheintrag." Vgl. auch v. Reibnitz S. 30, Neumann in JW. 1902 S. 455, Predari S. 210 f. VI, Jaeger KO. S. 194.

Hier wird der Auffassung des RG. (JW. 21 S. A 289, RJA. 4 S. 67) gefolgt: „Der vorgemerkte Anspruch als solcher ist kein Recht an dem Grundstücke bezw. kein Recht an einem solchen Rechte, sondern nur ein qualifiziertes, d. h. gegen den Erwerber des durch die Vormerkung betroffenen Grundstücks oder dinglichen Rechtes wirksames Veräußerungsverbot, das an dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) keinen Teil nimmt. Die Vormerkung ist nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs bestimmt, und es soll durch sie dem persönlichen Rechte für den Fall des Bestehens nur alsbaldige dingliche Wirkung verliehen werden." In den Prot. der 2. Lesung (V S. 586) wird hervorgehoben, daß sich die Vormerkung nicht als die Belastung des Grundstücks mit einem Rechte charakterisiert.

Im einzelnen ist über die rechtliche Natur und die Wirkung der Vormerkung folgendes zu bemerken.

a. Die Vormerkung bewirkt, daß der persönliche Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke ꝛc. mit dinglicher Wirksamkeit gegen Dritte gesichert wird (§ 883 Abs. 1). Durch die Vormerkung erhält der Anspruch nicht Erfüllung, sondern lediglich Sicherung. Das Realrecht, zu welchem der Anspruch berechtigt,

wird durch die Vormerkung nicht begründet und erworben, sondern Begründung und Erwerb werden nur vorbereitet. Die Vormerkung hat nicht die Kraft, das durch sie geschützte Recht umzuwandeln oder zur Vollendung zu bringen. Sie sichert dinglich ein noch nicht dingliches Recht. Sie ist daher keine Belastung des Grundstücks oder eines Rechtes am Grundstücke, sondern sichert nur die künftige Belastung. Dementsprechend hat die Vormerkung folgende Wirkungen. Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bei Ansprüchen, die auf Einräumung eines Rechtes gerichtet sind, wird für das einzuräumende Recht die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen, welche die Vormerkung einnimmt, offen gehalten, so daß das Recht, wenn es zur Eintragung gelangt, den Rang der Vormerkung erhält. (§ 883 Abs. 2, 3.) Es ist ohne Einfluß, ob die dem Anspruche nachteilige Verfügung von dem Verpflichteten oder seinem Rechtsnachfolger ausgeht, ob sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gegen den Verpflichteten ausgewirkt wird, oder ob sie nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verpflichteten durch den Konkursverwalter erfolgt; in allen Fällen ist die Verfügung gegenüber dem Vorgemerkten unwirksam, aber nur gegenüber diesem (vgl. Anm. 3 zu § 888). Vgl. Sekler S. 179—184.

Nachdem im § 883 Abs. 2 und 3 die Wirkungen gesetzlich begrenzt sind, dürfen der Vormerkung weitergehende nicht beigelegt werden.

b. Durch die Vormerkung wird nur ein Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstück ꝛc. erhalten, es wird dadurch nicht ein solcher geschaffen. Ist durch das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung die Vormerkung dienen soll, ein solcher Anspruch nicht begründet, so tritt durch die Eintragung der Vormerkung nicht eine Erweiterung des Anspruchs in der Richtung ein, daß nunmehr dem durch die Vormerkung Geschützten ein Anspruch auf Einräumung ꝛc. zusteht. In seinem obligatorischen Bestand erleidet der Anspruch durch die Vormerkung keine Veränderung. Die Vormerkung hat ihre Wirkungen nur unter der Voraussetzung, daß der Anspruch auf Einräumung besteht. Es ist schon erwähnt (Anm. II 2 Abs. 2 S. 193), daß ein nicht formgerechter Veräußerungsvertrag über ein Grundstück nichtig ist und keinen Anspruch auf Auflassung erzeugt, auch wenn eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen ist. Ist der Anspruch auf Auflassung oder auf Eintragung einer Hypothek von der vorgängigen Zahlung des Kaufpreises oder der Darlehnsvaluta abhängig gemacht, so wird darin durch die Eintragung einer Vormerkung nichts geändert.

c. Durch die Eintragung der Vormerkung wird der gesicherte Anspruch nicht verändert, er bleibt ein persönlicher Anspruch mit allen ihm anhaftenden Mängeln und Einreden, er wird durch die Eintragung der Vormerkung nicht zu einem eingetragenen Rechte, dessen Bestehen nach § 891 BGB. ohne weiteren Nachweis vermutet wird. Wer den vorgemerkten Anspruch erhebt, muß dessen Entstehen gerade so beweisen, als ob für ihn eine Vormerkung nicht eingetragen wäre. Durch die Eintragung der Vormerkung wird nur der Beweis der erfolgten Eintragung erbracht und bis zum Beweise des Gegenteils die Annahme begründet, daß die Eintragung unter Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 885) erfolgt ist. Ferner wird dadurch bewiesen daß die Vormerkung den in dem Eintragungsvermerke bezeichneten Inhalt und Umfang hat, daß sie dem eingetragenen Berechtigten gegen den zusteht, bei dessen Rechte sie eingetragen ist.

d. Nach § 892 BGB. gilt der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur zugunsten dessen, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat. Da der vorgemerkte Anspruch kein Recht an dem Grundstücke bezw. kein Recht an einem solchen Rechte ist, so erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf ihn nicht, ohne Unterschied, ob die Vormerkung vom Berechtigten bewilligt oder durch einstweilige Verfügung angeordnet ist. (RG. JW. 21 S. A 289.) Außerdem kommt der durch einstweilige Verfügung angeordneten Vor-

Digitized by Google

merkung der Schutz des § 892 schon deshalb nicht zu, weil dabei ein rechtsgeschäftlicher Erwerb nicht in Frage steht. War derjenige, der die Vormerkung bewilligt hat, zwar der eingetragene, aber nicht der wirkliche Eigentümer oder Berechtigte, so kann sich der Vorgemerkte nicht gegenüber dem wahren Eigentümer oder Berechtigten auf den Inhalt des Grundbuchs berufen, auch wenn ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt gewesen ist; er muß vielmehr gemäß § 894 seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung erteilen. Hat z. B. der eingetragenen Nichteigentümer A für den gutgläubigen B eine Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek und demnächst für den gleichfalls gutgläubigen C eine Hypothek eintragen lassen, so muß zwar B, nicht aber C dem wahren Eigentümer weichen, weil nur dem C der § 892 zur Seite steht. (So Rsp. 2 S. 243, Biermann WB. S. 188, Planck 3 S. 118 Lit. c, Männer S. 60 Anm. 51, Bendix in Gruch. 49 S. 529, v. Reibnitz S. 30, Predari S. 207 Nr. 3, Reichel S. 103, Kober S. 79 Nr. 3, Schilde S. 15; a. M. Ramdohr in Gruch. 44 S. 352, Cosack § 183 Nr. III 4 S. 58, Fuchs S. 122 Nr. 20, S. 152 Nr. 3, Othmer S. 87 ff., Sekler S. 136 ff.) Auch auf dem Umweg über den § 893 läßt sich die Anwendung des § 892 auf bewilligte und auf Einigung der Beteiligten beruhende Vormerkungen nicht erreichen, obwohl die gewichtige Stimme Strohals sich dafür erhoben hat. Strohal sieht in der Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung, durch welche zwar nicht eine Rechtsänderung selbst, wohl aber eine unmittelbare Veränderung des durch die Vormerkung betroffenen Rechtes herbeigeführt werde, da durch die Eintragung der Vormerkung das Recht des Betroffenen gemindert (§ 883 Abs. 2) und die Rechtsmacht des Vorgemerkten verstärkt werde (§ 883 Abs. 3, § 888). Nimmt man mit dem RG. (E. 49 S. 416) an, daß das BGB. unter Verfügung über eine Sache oder ein Recht dasjenige Rechtsgeschäft versteht, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, aufgehoben oder geändert wird, nicht aber die vorbereitende obligatorische Verpflichtung zur Verfügung, so kann die Bewilligung einer Vormerkung und die Vormerkung selbst nicht als eine Verfügung im Sinne des BGB. gelten; denn dadurch wird nicht die Verfügung selbst getroffen, sondern lediglich der obligatorische Anspruch auf Vornahme einer Verfügung durch den Verpflichteten dinglich gesichert (so auch KG. JW. 21 S. A 209, Predari, Biermann; a. M. Fuchs, Sekler, Bongarts, Ungewitter in Gruch. 48 S. 157; gegen Strohal vgl. Stintzing im Recht 1904 S. 321 und im Sächs. Arch. I 15 S. 1 ff.). Die Bestimmungen in den §§ 894—898 ZPO. können weder für die eine noch für die andere Meinung angerufen werden. Nach § 898 ZPO. finden die Vorschriften des BGB. zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nur auf einen Erwerb Anwendung, der sich nach §§ 894, 897 vollzieht, also auf den Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte (BGB. § 892). Durch die Eintragung einer Vormerkung auf Grund eines rechtskräftigen zur Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung verurteilenden Urteils (ZPO. § 894) wird aber ein Erwerb in diesem Sinne nicht bewirkt (vgl. hierüber Boethke in Gruch 49 S. 418, Biermann WB. S. 190, Othmer S. 89, Sekler S. 139, Strohal S. 13, Bongartz S. 73), Planck (3 S. 116 Nr. 2) sieht in der Bewilligung der Vormerkung zwar keine Verfügung, aber er will die entsprechende Anwendung der für die Verfügung geltenden Vorschriften der §§ 135, 137, 141, 184 Abs. 2, 185, 499, 893, 1189 ꝛc. BGB. und der §§ 6, 7 KO. darauf wegen der Ähnlichkeit der Wirkungen zulassen. Bendix (Gruch. 49 S. 529 f.) sieht zwar in der Bewilligung der Vormerkung eine rechtsgeschäftliche Verfügung, läßt aber die Anwendung der §§ 891, 892 BGB. auf Vormerkungen nicht zu.

e. Auch die Vorschriften des § 893 BGB. finden auf Vormerkungen keine Anwendung, weil sie nur für eingetragene Rechte gelten. Wer, wenn auch im Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs, den bei einem vorgemerkten Anspruch als Berechtigten Eingetragenen wegen seines Anspruchs befriedigt, wird dadurch nicht von der geschuldeten Leistung befreit, wenn nicht der in der Vormerkung Bezeichnete, sondern ein anderer der wahre Berechtigte

ist. Hat B einen Anspruch auf Auflassung des Grundstücks, ist aber aus Versehen für C zur Sicherung dieses Anspruchs eine Vormerkung eingetragen, so wird der Eigentümer durch die dem C erteilte Auflassung nicht von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem B befreit. (So auch Bongartz S. 79.)

f. Streitig ist, ob gegen eine eingetragene Vormerkung oder einen eingetragenen Widerspruch ein Widerspruch eingetragen werden dürfe. Das KG. verneint (JW. 20 S. A 217, Bd 21 S. A 147, 286, RJA. 4 S. 48); Biermann (WB. S. 82), Fuchs (S. 186 Nr. 2), Schilde (§ 10 S. 80), Planck (3 S. 145 Nr. 3 b,) Seckler (S. 145) bejahen die Frage. Die verneinende Ansicht, der sich auch Dernburg (SR. § 51 Anm. 17) und Oberneck (1 S. 373) angeschlossen haben, dürfte richtig sein. Denn die §§ 894, 899 geben den Widerspruch nur gegen selbständige materielle Rechte an Grundstücken und gegen Rechte an solchen Rechten, um gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Schutz zu verleihen. Dem Widerspruch und der Vormerkung steht aber der öffentliche Glaube des Buches nicht zur Seite. Auch sind sie keine selbständigen materiellen Rechte.

g. Nach der bisherigen Auffassung in Preußen wurde durch die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek ein Realrecht mit der Wirkung begründet, daß, sobald das Recht auf Eintragung der Hypothek durch Bewilligung des Schuldners oder durch rechtskräftiges Urteil liquide gestellt war, das bedingte Realrecht zum unbedingten wurde und die Hypothek als bereits in dem Zeitpunkte der Eintragung der Vormerkung eingetragen galt. Daraus wurde gefolgert, daß es der Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek nicht bedürfe, daß dem Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigentümer zustehe, daß er zum Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des mit der Vormerkung belasteten Grundstücks berechtigt sei, daß er die vorgemerkte Hypothek abtreten könne und daß anderseits der Eigentümer durch die Befriedigung des Gläubigers die Verfügung über die vorgemerkte Hypothek erlange. (Turnau I S. 367.) Hiervon kann nach dem BGB. nicht die Rede sein. Sowenig durch die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung der Eigentumsübergang, auch nur ein bedingter, bewirkt wird, so wenig wird durch die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek das Hypothekenrecht, auch nur ein bedingtes, begründet und dem Vorgemerkten erworben. Dazu bedarf es nach § 873 der Eintragung der Hypothek als solcher für den Vorgemerkten als Gläubiger auf Grund der Einigung mit dem Eigentümer des Grundstücks. Solange diesem Erfordernisse nicht genügt ist, hat der Vorgemerkte nicht die mit dem Hypothekenrechte verbundenen Befugnisse: ihm steht vor der Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek nicht die dingliche Klage, nicht der Antrag auf Befriedigung aus dem Grundstücke, nicht das Recht der Abtretung des vorgemerkten Rechtes als eines Hypothekenrechts, sondern nur die persönliche Klage gegen den obligatorisch Verpflichteten auf Einräumung der Hypothek an der durch die Vormerkung vorbehaltenen Stelle im Grundbuch zu; auch kann nur die wirkliche Hypothek, nicht das vorgemerkte Recht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein. Hat der Vorgemerkte gegen den obligatorisch Verpflichteten ein obsiegliches Urteil rechtskräftig erstritten, dann steht ihm gegen den gegenwärtigen Inhaber des durch die Vormerkung betroffenen Rechtes das Recht auf Zustimmung zu der Eintragung des durch die Vormerkung gesicherten Rechtes zu (§ 888). Nur da, wo das Gesetz es bestimmt, wird das durch Vormerkung erworbene Recht dem Hypothekenrechte gleichgestellt (vgl. BGB. 439 Abs. 2, §§ 1971, 2016; ZVG. § 48; KO. § 193). Gleicher Ansicht sind das Kammergericht (RJA. 3 S. 158), Predari (S. 205 f. B), Kober (S. 8 Nr. 11, S. 469 Lit. i), Planck (3 S. 119 Lit. m), Seckler (S. 155 ff.), Bendix (Gruch. 49 S. 524 ff. 529), Biermann (WB. S. 195 V) und Oberneck (§ 128, Gruch. 47 S. 323 f.). Dernburg (SR. § 237 Nr. 3), Böhm (S. 44 Nr. III B, C), Othmer (S. 93, 102 XV) lassen die hypothekarische Klage aus der Vormerkung einer Hypothek ohne Umschreibung zu, falls nur die Voraussetzungen einer endgültigen Eintragung nachgewiesen werden (ebenso Fuchs S. 115 Nr. 9), Boehm u. Othmer — wie auch Bruck

Eigenthyp. S. 170 — halten die vorgemerkte Post auch geeignet für die Eigentümerhypothek (hiergegen Fuchs S. 115 Nr. 9, S. 137 Nr. 4 b u. Dernburg SR. § 220 Anm. 3). Über die Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht vgl. Seckler S. 156 ff.

Aus einer Arrestvormerkung alten preuß. Rechtes kann der Gläubiger, nachdem er seine Forderung gegen den persönlichen Schuldner — mag dieser auch nicht mehr Eigentümer des mit der Arrestvormerkung belasteten Grundstücks sein — zur Feststellung gebracht hat, den zur Zwangsvollstreckung erforderlichen, sich gegen den gegenwärtigen Eigentümer richtenden vollstreckbaren Schuldtitel erlangen, indem er mit der dinglichen Klage dessen Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung herbeiführt, einerlei, ob man annimmt, daß nach Art. 192 EG. z. BGB. die Vormerkung jetzt als Buchhypothek oder als Buchhypothek mit bedingter Forderung oder als Sicherungshypothek des BGB. gelte und daß deshalb das neue Recht (BGB. §§ 1113, 1147; ZPO. §§ 866, 704, 794; ZVG. v. 1897 §§ 16, 17) zur Anwendung komme, oder daß die Vormerkung unter die Vorschriften des Art. 179 oder des Art. 184 EG. z. BGB. falle und daß deshalb das bisherige Recht (vgl. Turnau I S. 352 Nr. 8, S. 367 Lit. e) anzuwenden sei (RG. E. 49 S. 106).

h. Im Zwangsversteigerungsverfahren sind bei Feststellung des geringsten Gebots Rechte, die durch Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen (ZVG. § 48). Der Vorgemerkte gilt als Beteiligter (das. § 9 Nr. 1). War die Vormerkung zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks im Grundbuche noch nicht eingetragen, so muß das vorgemerkte Recht spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet werden, widrigenfalls es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt wird und bei der Verteilung den übrigen Rechten nachsteht (§ 37 Nr. 4, § 110). Die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche sind in den Teilungsplan aufzunehmen (§ 114). Sie sind wie bedingte Rechte zu behandeln, und es finden auf sie die §§ 50, 51, 119, 120, 124, 125 ZVG. Anwendung (Biermann WV. S. 166; Planck 3 S. 116 f. Lit. c α; Jaeckel ZVG. S. 191 Nr. 4). Daraus, daß die vorgemerkten Rechte wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind, ergibt sich zugleich, daß sie solche Rechte nicht sind (Biermann WV. S. 180 Nr. 5). Im Falle des § 67 Abs. 1 ZVG. kann auch der Vorgemerkte Sicherheitsleistung verlangen und die Begünstigung des § 67 Abs. 2 kommt auch dem durch eine Hypothekenvormerkung Gesicherten zu; letzteres gilt nach § 184 ZVG. für die Sicherheitsleistung eines Miteigentümers (Biermann WV. S. 200 Nr. VII; Jaeckel S. 256 Lit. d, S. 629). Vgl. Bongartz S. 42 ff., Seckler S. 239 ff. Über die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung bei der Zwangsversteigerung vgl. die letzte Vorbemerkung zu Nr. 3 vor § 925 BGB.

i. Die Vormerkung begründet nach § 47 KO. ein Absonderungsrecht. Durch den Zwangsvergleich werden die Rechte des Gläubigers aus der zur seiner Sicherung eingetragenen Vormerkung nicht berührt (das. § 193 Satz 2). Eine nach Eintragung der Vormerkung durch den Konkursverwalter über das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht getroffene Verfügung ist insoweit unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (BGB. § 883 Abs. 2). Vgl. auch Anm. III S. 153. Ein Aussonderungsrecht (KO. § 43) gewährt die Vormerkung auf Übertragung eines Grundbuchrechts nicht; der Vorgemerkte bedarf dessen auch nicht, da § 24 KO. ihn zum Ziele führt (a. M. Fuchs S. 112 Lit α, Jaeger KO. S. 119 Nr. 26, S. 191 Nr. 14). Erst mit der Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs durch Auflassung bezw. Abtretung seitens des Konkursverwalters (KO. § 24) wird der Vorgemerkte aussonderungsberechtigt. Der Anfechtung kann die vom Gemeinschuldner bewilligte Vormerkung nur nach Nr. 1 nicht nach Nr. 2 des § 30 KO. unterliegen. (Biermann WV. S. 200 VIII.) Vgl. Bongartz S. 46 ff. und Seckler S. 135 Nr. 2.

Nach dem bisherigen preuß. Rechte konnte vom Konkursverwalter die Erfüllung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs nur dann verlangt werden, wenn er an Stelle des Gemeinschuldners die Erfüllung des Vertrags von dem anderen Teile verlangte und deshalb auch den Vertrag erfüllen mußte (KO. § 15; OTrib. Gruch. 23 S. 449). Jetzt behält die Vormerkung (unbeschadet jedoch der Anfechtung aus §§ 119 ff., 123 f., 142 ff.

BGB. und aus §§ 29 ff., 35, 42 KO.) Wirksamkeit gegenüber der Konkursmasse in allen Fällen: „Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen." (KO. § 24; Boehm S. 44 c; vgl. auch Anm. I 3 c Abs. 2 S. 188.) Strecker (S. 115) macht mit seiner Ansicht, daß der Konkursverwalter in dem Falle, wo der Anspruch auf Auflassung auf einem zweiseitigen Vertrage beruht, der von dem durch die Vormerkung gesicherten Kontrahenten nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, gemäß § 17 KO. nur dann die Auflassung erteilen müsse, wenn er die Erfüllung verlange, andernfalls aber zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt sei, eine Unterscheidung, für die der § 24 KO. und die Materialien keinen Anhalt bieten. Der § 24 modifiziert auch den § 17 für die Fälle, in denen ein Anspruch auf Einräumung ꝛc. vorgemerkt ist. Der Ansicht Streckers sind Biermann (WB. S. 164), Planck (3 S. 125 Nr. I 1), Jaeger (KO. S. 199 f.), Bongartz (S. 47) Sekler (S. 235 c), Fuchs (S. 118 Nr. 13) entgegengetreten (vgl. Othmer S. 107 XXI). Der § 24 setzt voraus, daß die Vormerkung zur Zeit der Konkurseröffnung eingetragen ist (vgl. jedoch Anm. II 1 zu § 885). Er bezieht sich nicht nur auf die bewilligten, sondern auch auf die auf Grund einstweiliger Verfügung und auf die von Amts wegen (GBO. §§ 18 Abs. 2, 76 Abs. 1) eingetragenen Vormerkungen (Jaeger KO. Anm. 7 zu § 24). Die Befriedigung besteht in der Definitivübertragung des vorgemerkten Rechtes, zu deren Bewilligung der Konkursverwalter verpflichtet ist. Die Vormerkung wirkt daher im Konkurse je nach der Verschiedenheit der Fälle teils ein Aussonderungs-, teils ein Absonderungsrecht; ersteres z. B., wenn der Verwalter das vorgemerkte Recht auf Auflassung, letzteres, wenn er das Recht auf Eintragung einer Hypothek befriedigt (Jaeger a. a. O.; a. M. bezüglich des Aussonderungsrechts Biermann SR. Anm. 3 c zu § 883; vgl. auch Bendix in Gruch. 49 S. 520 ff.). Eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 24 KO. ist jedoch aus Rücksichten der Billigkeit für den *Nachlaßkonkurs* im Abs. 2 des § 221 KO. angeordnet: „Eine nach dem Eintritte des *Erbfalls* im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist unwirksam." (Vgl. Sekler S. 231 ff. Nr. 111). Diese Bestimmung findet nach § 236 KO. entsprechende Anwendung auf den Konkurs über das *Gesamtgut* der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

k. Im Falle des § 268 BGB. wird auch dem Vorgemerkten das Recht auf Befriedigung des betreibenden Gläubigers zuzusprechen sein, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung das Recht an dem Gegenstande, dessen Erwerb durch die Vormerkung dinglich gesichert ist, zu verlieren (vgl. Biermann WB. S. 201 IX; Othmer S. 82 1; Sekler S. 131; Bongartz S. 80; Philipsen S. 62).

1. Dem durch die Vormerkung Betroffenen gegenüber hat die Vormerkung die Bedeutung eines *qualifizierten Veräußerungsverbots* (vgl. Anm. I 3 c S. 188). Die nach Eintragung der Vormerkung von demselben über das Grundstück oder Recht getroffenen Verfügungen sind nur gegen den durch die Vormerkung Berechtigten und nur insoweit unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen (§ 883 Abs. 2, §§ 135, 136). Eine Sperrung des Grundbuchs wird durch die Vormerkung nicht bewirkt. *Vereitelt* wird der Anspruch durch die Löschung des Rechtes, dessen Übertragung, Belastung, Inhalts- und Rangänderung durch die Vormerkung gesichert werden soll. Die Vormerkung ist in diesen Fällen in ihrer Existenz durch das Recht, bei dem sie eingetragen ist, bedingt. Wird das Recht gelöscht, so verliert die Vormerkung, auch wenn sie nicht mitgelöscht ist, die Grundlage ihrer Existenz und steht Dritten nicht entgegen. Zur Löschung des Rechtes muß, wenn anders der Schutz der Vormerkung irgend eine Bedeutung haben soll, die Zustimmung des Vorgemerkten erforderlich sein. Wird das Recht ohne diese Zustimmung gelöscht, so liegt eine Löschung zur Ungebühr vor und der Staat und diesem wieder der Grundbuchrichter ist

nach § 12 GBO., Art. 8 PAG. z. GBO. für den dadurch entstehenden Schaden verantwortlich. Die Wiedereintragung des Rechtes und der Vormerkung kann nur zu der dann nächststoffenen Stelle erfolgen. So Planck Anm. 3 f. zu § 883 und Anm. 2 zu § 888 sowie Bendix in Gruch. 49 S. 514 und Predari S. 206, der zutreffend bemerkt, daß den Gesetzen eine bedingte Löschung oder eine Löschung mit Vorbehalt unbekannt ist (a. M. Biermann WB. S. 208 und SR. Anm. 2 zu § 888, Reichel S. 121, Sekler S. 131). Bis zur Durchführung des vorgemerkten Anspruchs nach seiner Feststellung wird der Eigentümer oder Berechtigte in seiner Verfügung über das Grundstück oder das Recht durch die Vormerkung nur soweit beschränkt, als die von ihm daran eingeräumten Rechte unter der Bedingung stehen, daß der vorgemerkte Anspruch nicht bis zur wirklichen Einräumung oder Aufhebung des Rechtes durchgeführt wird. Sie können das Grundstück oder das Recht veräußern oder belasten. Ihre Verfügungen sind nicht von vornherein nichtig, sie bleiben vielmehr wirksam, wenn der vorgemerkte Anspruch sich als unbegründet erweist oder nicht durchgeführt wird, und werden unwirksam erst dann, wenn der Gläubiger mit seinem Anspruche durchdringt, dessen Verwirklichung unter Zugrundelegung des bei Eintragung der Vormerkung vorhanden gewesenen rechtlichen Zustandes die Hinwegräumung der inzwischen eingetragenen Rechte verlangt. Daß dies auch der Standpunkt des BGB. ist, ergibt sich aus der Bestimmung des § 888, welche überflüssig wäre, wenn durch die Vormerkung die Verfügungsbefugnis weiter, als angegeben, beschränkt werden sollte. Der Grundbuchrichter darf daher die Vormerkung nicht als Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder des Berechtigten in der Weise berücksichtigen, daß er ferneren bewilligten oder im Zwangsvollstreckungsverfahren angeordneten Eintragungen, mögen sie Auflassungen, Abtretungen, Belastungen oder weitere Vormerkungen zugunsten anderer Personen als des Vorgemerkten sein, entgegentritt und dadurch eine Entscheidung über die Tragweite der kollidierenden Eintragungen in dem Sinne trifft, daß das Grundstück oder Recht bezüglich weiterer Eintragungen tatsächlich außer Verkehr gesetzt wird; er hat vielmehr die beantragten Eintragungen auszuführen und den Beteiligten zu überlassen, den Kollisionsfall im ordentlichen Rechtswege zum Austrage zu bringen (vgl. über die frühere Praxis des RG. Bolze 8 Nr. 57, E. 4 S. 268, KG, JW. 2 S. 110).

Soll der Schuldner sofort an der Veräußerung und Belastung des Grundstücks oder Rechtes verhindert werden, so genügt dazu nicht eine einstweilige Verfügung, wodurch nach § 885 lediglich eine Vormerkung angeordnet wird, sondern es bedarf einer einstw. Verfügung, wodurch ausdrücklich ein sofort in Wirksamkeit tretendes Veräußerungs- und Belastungsverbot erlassen wird. Solche einstw. Verfügung muß allen Voraussetzungen entsprechen, welche die ZPO. verlangt; insbesondere ist dazu die Glaubhaftmachung auch der Gefährdung des Anspruchs erforderlich (ZPO. §§ 920, 936). Allerdings bewirkt auch ein solches Verfügungsverbot (BGB. § 136) keine Sperrung des Grundbuchs. Die verbotswidrige Verfügung muß eingetragen werden; demjenigen, dessen Schutz sie bezweckt, steht nur ebenso wie dem Vorgemerkten, der Anspruch auf Beseitigung der Verfügung zu (§ 888 Abs. 2).

m. Von der Wirkung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung werden nicht nur die nach deren Eintragung in dem grundbuchmäßigen, überhaupt rechtlichen Zustande des Grundstücks vorgenommenen Verfügungen betroffen, sondern es wird durch die Vormerkung auch das Grundstück selbst in seinem substanziellen Bestande gegen die auf eine Wertminderung abzielenden Verfügungen des Veräußerers geschützt. Ist z. B. nach Eintragung der Vormerkung vom Veräußerer ohne Zustimmung des Vorgemerkten einem Dritten das Recht, sich den im verkauften Grundstücke befindlichen Sand zuzueignen, eingeräumt, so kann der Vorgemerkte, sobald er seine Eintragung als Eigentümer durchgesetzt hat, vom Dritten nicht nur die Einstellung der Sandentnahme, sondern auch die Gewährung des Grundstücks bezüglich seiner Substanz in demjenigen Zustande, wie es sich bei Begründung des Sandentnahmerechts befand, und, wenn dies wegen Wegschaffung und Verkaufs oder Verbrauchs des Sandes nicht möglich ist, den Ersatz des durch die Wert-

minderung des Grundstücks entstandenen Schadens verlangen. (RG. Gruch. 36 S. 1201; Sefler S. 212 ff. Nr. III 1 hält dies Urteil nach BGB. nicht für richtig.) Dagegen findet infolge der von dem Vorgemerkten erhaltenen Auflassung nicht eine Zurückbeziehung des Eigentums auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung mit der Wirkung statt, daß alle in dem Eigentum enthaltenen Rechte, insbesondere die Rechte auf Nutzung des Grundstücks, von diesem Zeitpunkt an als dem vorgemerkten Auflassungsberechtigten zustehend angesehen werden. Letzterer kann daher von dem, der nach Eintragung der Vormerkung von dem zur Auflassung Verpflichteten Eigentum und Besitz des Grundstücks erhalten hat, nicht Vergütung für dessen Benutzung des Grundstücks beanspruchen. Hierfür bietet das Gesetz keinen Anhalt. (RG. Volze 17 Nr. 33, 157.) Für die Beantwortung der Frage, ob der Berechtigte von dem zur Auflassung Verpflichteten Schadenersatz wegen Vorenthaltung des Besitzes fordern kann, ist die Eintragung der Vormerkung von keinem Belang. (Vgl. auch Biermann WB. S. 218 IV.)

Ist das Grundstück dem zur Auflassung Vorgemerkten mit dem Zubehör veräußert, was im Zweifel anzunehmen, so erstreckt sich die Wirkung der Vormerkung auch auf die zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhandenen Zubehörstücke des Grundstücks, soweit sie dem Veräußerer gehören (vgl. BGB. §§ 926, 1031, 1120, 2164), jedoch nicht auf die Mietzinsforderungen, da die Beschränkungen des Vermieters in der Verfügung über der Mietzins (BGB. §§ 573 ff.) durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht eintreten. Die Verfügungen des Verpflichteten über das Zubehör sind ebenso unwirksam, wie seine Verfügungen über das Grundstück. Von dem ersten Erwerber kann der Vorgemerkte das Zubehörstück nach Erlangung seiner Eintragung als Eigentümer zurückfordern. Um weitere Veräußerungen an einen gutgläubigen Erwerber zu verhindern (§ 933), muß er die nach Lage der Sache erforderlichen Sicherungsmaßregeln unter Glaubhaftmachung der Gefährdung durch einstweilige Verfügung anordnen lassen. Durch die Hypothekenvormerkung können die Zubehörstücke dem Vorgemerkten nicht weiter verhaftet werden, als sie nach § 1121 dem endgültig eingetragenen Gläubiger haften würden. Dasselbe gilt für die Miet- oder Pachtzins- und die Versicherungsforderungen. (Vgl. Anm. I 3 e α S. 189; Biermann WB. S. 201 X; Reichel S. 112 Anm. 1; Planck 3 S. 118 Lit. e; Fuchs S. 122 Nr. 21; Endemann II 1 § 65 Nr. 3; Othmer S. 83 Nr. IV; Kober S. 79 Nr. 5; Sefler S. 160 ff.).

Gegen Verschlechterungen des Grundstücks durch den Verpflichteten oder durch Dritte kann der Vorgemerkte sich gleichfalls nur durch einstweilige Verfügung schützen. Die Bestimmungen der §§ 1133—1135 kann der zu einer Hypothek nur Vorgemerkte nicht für sich anrufen. (Vgl. Anm. 4 zu § 1134.)

n. Die Bestimmung im § 110 Nr. 5 ZPO., wonach die Verpflichtung, daß Ausländer, die als Kläger auftreten, dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten haben, nicht eintritt bei Klagen aus Rechten, die im Grundbuch eingetragen sind, erstreckt sich nicht auf Klagen aus Ansprüchen, für die eine Vormerkung eingetragen ist. Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, der die Nr. 5 im § 110 mit folgendem Wortlaute vorschlug: „bei Klagen aus Rechten, die im Grundbuch eingetragen sind, sowie aus Ansprüchen, für die eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist", wurde auf den Widerspruch eines Regierungsvertreters in seinem zweiten Teile abgelehnt (Mater. zur ZPO. Ausg. von Heymann S. 522, von Mugdan S. 299). Wie hier Biermann (WB. S. 197 VI); a. M. Othmer (S. 110 XXIII).

o. Der nach § 883 durch Vormerkung geschützte persönliche Anspruch unterliegt der Verjährung. Dagegen ist ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§ 899), unverjährbar. (Vgl. Anm. II 2 zu § 902.)

p. Der Verkäufer eines Grundstücks hat nicht nur eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht, sondern auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung kennt

(BGB. § 439 Abs. 2). Über die Unterschiede zwischen Vormerkung und Veräußerungsverbot vgl. Anm. II 4 zu § 888 BGG.

5. Das vor der Vormerkung eingetragene Recht behält seinen durch die Eintragung erhaltenen Rang auch dann, wenn die zu seiner Begründung erforderliche Einigung (§ 873) der Eintragung der Vormerkung erst nachfolgt (§ 879 Abs. 2; a. M. Sekler S. 177 b).

Das Rangverhältnis unter Vormerkungen und endgültigen Rechten sowie unter mehreren Vormerkungen bestimmt sich nach den Regeln des § 879 BGB. Von mehreren Vormerkungen zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung desselben Grundstücks oder auf Eintragung von dinglichen Rechten, Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden hat die in der Reihenfolge der Eintragungen erste das Vorrecht vor den nachfolgenden. Konkurriert eine Vormerkung zur Auflassung oder zur Eintragung eines dinglichen Rechtes mit einer Vormerkung zur Eintragung einer Hypothek ꝛc., so entscheidet das frühere Datum der Eintragung über den Vorrang. Dasselbe gilt für diejenigen Vormerkungen, die in der Nebenspalte „Veränderungen" einzutragen sind, wie die Vormerkungen auf Abtretung oder Verpfändung desselben dinglichen Rechtes oder derselben Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (vgl. Anm. II 1 a Abs. 2 S. 164). Das durch die Vormerkung gesicherte Recht erhält nach Durchführung des auf Einräumung gerichteten Anspruchs den Rang, welcher der Vormerkung gebührt (§ 883 Abs. 3). Vormerkungen sind auch der Rangänderung zugänglich (vgl. Anm. II 4 Abs. 2 S. 174). Auch der § 881 BGB. findet auf die Vormerkung Anwendung (Sekler S. 133 f.)

6. Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Einräumung eines Rechtes kann abgetreten, verpfändet, gepfändet und inhaltlich geändert und es kann dies in das Grundbuch eingetragen werden. Es kommt häufig vor, daß der Käufer eines Grundstücks, für den der Anspruch auf Auflassung vorgemerkt ist, seine Rechte aus dem Kaufvertrag abtritt, oder daß der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen wird. Der Zessionar des Käufers erwirbt den Anspruch so, wie er dem Käufer zustand, mit allen Einreden behaftet, die dem Käufer entgegengesetzt werden können, aber auch mit der Sicherung, welche die Vormerkung gewährt. Ist der vorgemerkte Anspruch auf Einräumung einer Hypothek abgetreten, so ist das Einrederecht des Eigentümers nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beschränkt: die Bestimmung des § 1138 findet nur bei wirklichen Hypotheken Anwendung. (Vgl. Othmer S. 90 ff. u. Reichel S. 103 Umschr. S. 9).

Da der durch Vormerkung gesicherte Anspruch, was den Rang anbelangt, dem definitiv eingetragenen dinglichen Rechte gleichsteht (§ 883 Abs. 3; KG. RJA. 2 S. 145), so können die über den Rang von definitiven Rechten handelnden §§ 879 Abs. 3, 880, 881 uneingeschränkt auch auf Vormerkungen übertragen werden (Reichel Umschr. S. 52).

7. Kann ein vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Eintragung eines Rechtes in das Grundbuch nicht mehr durchgeführt werden, weil das BGB. das einzutragende Recht nicht mehr als eintragungsfähig anerkennt (z. B. ein antichretisches Pfandrecht, Miete und Pacht), so ist die Vormerkung gegenstandlos und derjenige, zu dessen Sicherung sie eingetragen ist, zur Löschungsbewilligung verpflichtet (RG.E. 48 S. 61; EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 3).

8. Die Vormerkung erlangt die ihr im § 883 Abs. 2 u. 3 beigelegten Wirkungen erst mit ihrer Eintragung in das Grundbuch. Vor ihrer Eintragung hat sie, auch wenn die Eintragung bereits bewilligt oder durch einstweil. Verfügung angeordnet ist, überhaupt noch keine Bedeutung: sie existiert nicht. Daher ist das Grundbuch auch nicht unrichtig, wenn sie nicht eingetragen ist. Durch die Kenntnis von ihrer Anordnung wird weder der, gegen den sie sich richtet, in der Verfügung über sein Grundstück oder Recht beschränkt, noch jemand an dem Erwerb eines Rechtes verhindert. Die Bestimmung im Satze 2 Abs. 1 des § 892 findet, soweit sie die Kenntnis von einer Verfügungsbeschränkung deren Eintragung gleichstellt, keine Anwendung.

9. Die Vormerkung bedarf, um Wirkung zu erlangen, auch dann der Eintragung in das Grundbuch, wenn die durch sie zu sichernde Rechtsänderung sich nach Landesrecht außerhalb des Grundbuchs vollzieht, wie in Preußen die Übertragung des Eigentums an buchungsfreien Grundstücken (EG. z. BGB. Art. 127; PAG. z. BGB. Art. 27). Damit eine Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Auflassung eines buchungsfreien Grundstücks zur Eintragung gelangen kann, muß daher zunächst ein Grundbuchblatt für das Grundstück angelegt werden. (Sekler S. 96.)

10. Über die Frage, wer die Kosten für die Eintragung der Vormerkung zu tragen hat, vgl. Sekler S. 208 Nr. II 1.

11. Für Preußen kommen in Betracht die Vormerkungen, die bei Einleitung des Enteignungsverfahrens (G. v. 11. Juni 1874 § 24), bei Einleitung der Begründung eines Rentenguts (G. v. 7. Juli 1891 § 12 Abs. 3) und im Übernahmeverfahren zur Sicherung des Vorrangs der Rentenpflicht bei dem Anerbengute (G. v. 8. Juni 1896 § 23) in das Grundbuch eingetragen werden. Die Bestimmungen darüber sind von der Reichsgesetzgebung nicht berührt (EG. z. BGB. Art. 109, 62, 64).

Durch die preuß. Ausführungsgesetze sind eingeführt die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Landeskulturrente und die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorzugsrechts für die Landeskulturrente (vgl. Anm. IV S. 168 ff.), ferner die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums beim Rückfallsrecht im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes AG. z. BGB. Art. 25).

In dem Verfahren, betreffend die Anlegung der Grundbücher in den Landesteilen, wo die PGBO. v. 1872 durch besondere Gesetze eingeführt ist, wird in den Fällen, in denen nach den bisherigen Gesetzen eine Vormerkung einzutragen war, ein Widerspruch eingetragen (V. v. 13. November 1899 Art. 8).

12. Über die Übergangsvorschriften vgl. Vorbem. VI A zu Abschnitt 8.

§ 884.

Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen.

1. Bei der 2. Lesung wurde zunächst die Entscheidung über den Antrag, folgende Bestimmung aufzunehmen: „Die dem Erben des Schuldners auf Grund des Inventarrechts zustehende Einrede kann gegen den Anspruch des Gläubigers aus der Vormerkung nur geltend gemacht werden, wenn das Grundstück zur Zeit der Eintragung der Vormerkung zum Nachlasse des Schuldners gehört hat", der Beratung über das Erbrecht vorbehalten (Prot. III S. 741, 748; Entw. II Anm. 1 zu § 805). Es wurde dann die Vorschrift vorgeschlagen, daß gegen das Recht aus der Vormerkung die dem Erben des Schuldners auf Grund des Inventarrechts zustehende Einrede nicht geltend gemacht werden kann. Dies wich von der früher in Aussicht genommenen Vorschrift darin ab, daß der beschränkende Zusatz: „wenn das Grundstück zur Zeit der Eintragung der Vormerkung zum Nachlasse des Schuldners gehört hat" weggelassen war. In dieser Hinsicht wurde bemerkt: „Nachdem im § 19 b KO. (vgl. Lit. i Abs. 2 S. 200) die entscheidende Bedeutung der Vormerkung dahin ausgesprochen sei, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch von der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht berührt werde, daß vielmehr die Vormerkung das Recht gebe, vom Konkursverwalter die Erfüllung des Anspruchs zu verlangen, müsse auch zum Ausdrucke gelangen, daß der Erbe des Schuldners, der dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruche gegenüber im allgemeinen keines der ihm gegen den Anspruch zustehenden Rechte (Einreden) verliere, die aus der Unzulänglichkeit des Vermögens hergenommene Einrede seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, das ist die Einrede des Inventarrechts, der Vormerkung gegenüber nicht geltend machen könne. Dieser Satz müsse hier den gleichen Ausdruck finden wie in den entsprechenden Fällen der §§ 1045 Abs. 1, 1119 Abs. 1 Entw. II (BGB. § 1137 Abs. 1 Satz 2, §§ 1192 Abs. 1 — vgl. auch § 707 Abs. 1 Entw. II (BGB. § 768 Abs. 1 Satz 2) —. Die materielle Berechtigung dieses Gedankens wurde von keiner Seite beanstandet. Dagegen wurde die Fassung von verschiedenen Seiten angegriffen. Es wurde hervorgehoben, daß man nicht von einem „Rechte aus der Vormerkung" reden könne, sondern nur von dem „durch die Vormerkung gesicherten

Ansprüche". Abgesehen davon bestehe das Inventarrecht darin, daß der Erbe durch Herbeiführung des Konkurses oder der Nachlaßpflegschaft sein eigenes Vermögen von der Haftung frei machen könne. Das Recht aus der Vormerkung ruhe aber lediglich auf dem Grundstück, und diesem gegenüber gebe es überhaupt kein Inventarrecht. Von anderer Seite wurde es als „unzweifelhaft richtig bezeichnet, „daß die Vormerkung nicht einen neuen Anspruch neben dem zu sichernden zur Entstehung bringe". Die im Sachenrechte gewählte Fassung „gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch" sei aber hier sehr mißlich, weil sie das Mißverständnis nahe lege, als ob die Inventareinrede weiter ausgeschlossen sei, als die Vormerkung ein Recht gebe. Wenn z. B. A sein Grundstück an B verkaufe und nach dem Abschlusse des Kaufvertrags eine Hypothek eintragen lasse, so wirke die nach Eintragung der Hypothek eingetragene Vormerkung nicht der Hypothek gegenüber, sie decke also den durch sie gesicherten Anspruch nicht vollständig gegen die Folgen der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners; der Anspruch aus dem Kaufvertrage gehe auch auf Befreiung von der Hypothek, für diesen Anspruch gebe aber die Vormerkung keinen Schutz, gegen ihn bestehe also auf der anderen Seite die Einrede des Inventarrechts." Da man sachlich mit der Vorlage einverstanden war, wurde die Überweisung der Fassungsfrage an die Redaktionskommission beschlossen. (Prot. V S. 779.)

II. 1. Im § 884 wird vorausgesetzt, daß der Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert wird, bereits gegen den Erblasser und nicht erst gegen den Erben entstanden, daß also der Erblasser und nicht der Erbe gegenüber diesem Anspruche der Verpflichtete ist (vgl. Sekler S. 218, Planck 3 S. 119 Nr. 2). Ferner, daß die Vormerkung auf den zum Nachlasse des Verpflichteten gehörigen Grundstücke, nicht etwa auf dem Grundstücke des Erben des Verpflichteten eingetragen ist (a. M. Fuchs S. 123 Nr. 2 a, b und Sekler S. 217). Ob die Eintragung vor oder nach dem Erbfall (§ 1922) erfolgt ist, unterscheidet § 884 nicht. (Biermann WB. S. 161 Anm. 13, SR. S. 66 Nr. 1, Sekler S. 217; a. M. Planck 3 S. 119 Nr. 2 und Kober S. 81 Lit. c.) Daß unter dem Erben im § 884 nicht oder nicht auch der Erbe des Erwerbers eines der Vormerkung gegenüber unwirksamen Rechtes (§ 883 Abs. 2, § 888, wie Endemann (2 § 65 Anm. 21 S. 253) will, sondern ausschließlich der Erbe des bei dem vorgemerkten Anspruche Verpflichteten zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Wortlaute des § 884 (Fuchs S. 124 Nr. 2 d, Biermann WB. S. 163, SR. S. 67, Nr. 2; Planck 3 S. 119 Nr. 2, Sekler S. 218 b).

2. Die Bestimmung des § 884 ist nur so weit von Bedeutung, als sie eine Beschränkung ausspricht. Im übrigen enthält sie nichts, was sich nicht ohnedies aus der Wirkung der Vormerkung und der rechtlichen Natur der beschränkten Haftung des Erben ergibt.

Das BGB. regelt die beschränkte Haftung des Erben dahin, daß der Nachlaß in der Hand des Erben als ein mit den Nachlaßverbindlichkeiten belastetes, von dem übrigen Vermögen des Erben getrenntes Vermögen behandelt wird. Die Nachlaßgläubiger haben an sich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß, und nur unter gewissen Voraussetzungen können sie auch das übrige Vermögen des Erben zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen. Sache des Erben ist es jedoch, die Beschränkung seiner Haftung im Wege der Einrede gegen den einzelnen Nachlaßgläubiger geltend zu machen (ZPO. §§ 780, 781). Dem Erben, der seine beschränkte Haftung geltend machen will, stehen folgende Befugnisse zu: Erscheint dem Erben die Zulänglichkeit des Nachlasses zweifelhaft oder steht ihm diese zwar außer Zweifel, will er sich aber von der Verpflichtung, die Erbschaft zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen, und von der damit verbundenen Verantwortlichkeit befreien, so kann er die Anordnung einer Nachlaßverwaltung durch das Nachlaßgericht beantragen. Die Nachlaßverwaltung ist übrigens unter besonderen Umständen auch auf Antrag eines Nachlaßgläubigers anzuordnen. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann der Erbe — auch der Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger — auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses antragen. In beiden Fällen wird die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt. (BGB. §§ 1975, 1981; KO. §§ 215, 217.) Es tritt eine Absonderung des Nachlasses von dem übrigen Vermögen des Erben ein. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung wie mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Rechtshandlungen,

die er nachher vornimmt, sind den Nachlaßgläubigern gegenüber nichtig. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß wird von dem Nachlaß- bezw. Konkursverwalter ausgeübt. Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann daher nur gegen den Nachlaß- bezw. Konkursverwalter geltend gemacht werden; von ihm sind die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen. (BGB. §§ 1984, 1985; KO. §§ 6, 7, 8.) Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt (BGB. §§ 1982, 1988 Abs. 2; KO. §§ 107, 204), so hat der Erbe zur Geltendmachung seiner beschränkten Haftung das Recht, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, anderseits ist er aber, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Das Recht des Erben, seine beschränkte Haftung geltend zu machen, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat. (BGB. § 1990.) Für den Fall, daß der Erbe sich auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses beruft, kann ein Nachlaßgläubiger die Feststellung des ursprünglichen Bestandes des Nachlasses verlangen. Der Erbe ist dann verpflichtet, innerhalb der ihm vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Nachlaßgläubigers gestellten Frist ein Verzeichnis des Nachlasses (Inventar) beim Nachlaßgericht einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, also auch mit seinem eigenen Vermögen (§§ 1993 ff.). Die Inventarpflicht tritt nicht ein bezw. hört auf, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, oder wenn sich beim Nachlaßgerichte schon ein vorschriftsmäßiges Inventar befindet und der Erbe erklärt, daß es als von ihm eingereicht gelten solle (§§ 2000, 2004). Die unbeschränkte Haftung des Erben tritt hiernach, abgesehen von dem Verzichte des Erben auf seine beschränkte Haftung, nur ein, wenn der Erbe seiner Inventarpflicht nicht genügt. (Vgl. Denkschr. S. 383—393.) Vgl. auch Boehm in Gruch. 42 S. 455, 683, Goldmann das. 43 S. 428, Cecius das. 43 S. 603, 801, Fuchs 1 S. 125 Nr. 4.

Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch geht immer auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte. Die Vormerkung ruht, wenn die Haftung des Erben an Stelle des Verpflichteten in Frage kommt, entweder auf dem Nachlaßgrundstück oder auf einem zum Nachlasse gehörenden Rechte an einem Grundstücke. Die Leistung, die der Gläubiger kraft seines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs fordern kann, besteht darin, daß der Erbe die zur Einräumung ꝛc. des Rechtes erforderliche Erklärung abgibt. Sie betrifft also stets einen Gegenstand des Nachlasses, niemals sein eigenes Vermögen. Da das Wesen der beschränkten Haftung des Erben darin besteht, daß dieser die Nachlaßverbindlichkeit nur aus dem Nachlasse, nicht aus seinem übrigen Vermögen zu berichtigen hat, so ist für die Berufung des Erben auf die Beschränkung seiner Haftung gegenüber jenem Anspruche kein Raum. Wird dessenungeachtet der Einwand der beschränkten Haftung erhoben, so kann er durch den bloßen Hinweis darauf beseitigt werden, daß mit dem Anspruche keine Leistung aus dem eigenen Vermögen des Erben begehrt wird. Daß der Erbe die zur Einräumung erforderliche Erklärung an Stelle des Erblassers abgeben muß, ergibt sich daraus, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet (§ 1967) und den Nachlaß verwalten und darüber verfügen muß. Ist eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so tritt nur die Änderung ein, daß anstatt des Erben der Nachlaß- bezw. Konkursverwalter dem Anspruche des Gläubigers auf Einräumung ꝛc. zu genügen hat.

Es kommen aber Fälle vor, in denen nicht der ganze Anspruch des Gläubigers durch die Vormerkung gesichert ist, wenn nämlich die Sicherung durch die Vormerkung um

deswillen nicht ausreicht, weil vor der Eintragung der Vormerkung von dem Verpflichteten Verfügungen getroffen sind, durch die der Anspruch zum Teile vereitelt wird. Der Erblasser hat z. B. ein Grundstück verkauft und dem Käufer die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung bewilligt, dann aber, bevor die Eintragung der Vormerkung erfolgt ist, das Grundstück mit einer Hypothek belastet. Da ist der Anspruch des Käufers auf Auflassung des Grundstücks in seinem rechtlichen Zustande zur Zeit des Kaufabschlusses durch die später eingetragene Vormerkung insoweit nicht gesichert, als der Käufer vom Hypothekengläubiger nicht nach § 888 die Löschung der Hypothek verlangen kann. Gegen den Erblasser als Verkäufer steht dem Käufer aber aus dem Kaufvertrage der Anspruch auf Wegschaffung der Hypothek zu. Dieser Anspruch wird also durch die Vormerkung auf Auflassung nicht gedeckt. Macht der Käufer ihn mit dem Anspruch auf Auflassung gegen den Erben des Verkäufers geltend, so kommt gegen den letzteren die Einrede der beschränkten Haftung nicht in Betracht, während sie dem Erben gegen den nicht durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Wegschaffung der Hypothek, der auch durch Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen des Erben befriedigt werden kann, zusteht. Dies ist die Bedeutung des § 884. Vgl. die zum Teil abweichenden Ausführungen Seklers S. 219—222.

3. Hier mögen auch die „aufschiebenden Einreden" des Erben erwähnt werden. Vor der Annahme der Erbschaft oder, was der Annahme gleichsteht, vor dem Ablaufe der für die Ausschlagung vorgeschriebenen sechswöchigen Frist kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben verfolgt werden (BGB. §§ 1958, 1943, 1944). Ist die Erbschaft noch nicht angenommen oder ist der Erbe unbekannt oder ist es ungewiß, ob er die Erbschaft angenommen hat, so muß das Nachlaßgericht auf Antrag des Berechtigten, der einen sich gegen den Nachlaß richtenden Anspruch gerichtlich geltend machen will, zu diesem Zwecke einen Nachlaßpfleger bestellen. Die Bestellung eines solchen kann auch dann verlangt werden, wenn der Nachlaßgläubiger zunächst mit ihm über die Anerkennung des Anspruchs verhandeln und nur im Bestreitungsfalle den Klageweg beschreiten will (KG. JW. 22 S. A 71). Gegen den Nachlaßpfleger kann der Anspruch sofort erhoben werden. (§§ 1960, 1961.) Für die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche treten insoweit keine Begünstigungen ein. Dagegen ist dies bei folgenden Einreden der Fall. „Der Erbe ist berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Einreichung des Inventars hinaus, zu verweigern." (§ 2014.) „Hat der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt und ist der Antrag zugelassen, so ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern." (§ 2015 Abs. 1.) Diese Vorschriften finden keine Anwendung gegenüber den Gläubigern, die vom Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden (§ 2016 Abs. 2). Dazu gehören auch die Gläubiger, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind, in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechtes (§ 1971). Eine erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung bleibt jedoch außer Betracht (§ 2016 Abs. 2). Vgl. Denkschr. S. 396. Im Falle der Überschuldung des Nachlasses ist eine solche Vormerkung überhaupt unwirksam (KO. § 221 Abs. 2), weil dadurch die übrigen Gläubiger im Nachlaßkonkurs unbilligerweise benachteiligt würden. (Begründ. des § 205 d. Entw. e. G. betr. Änder. der KO.) Vgl. Sekler S. 225 Nr. II.

§ 885.

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen

Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

„Die Vormerkung dient ihrem Wesen nach zum Schutze des Anspruchs auf Eintragung oder auf Löschung in den Fällen, wo der leidende Teil diesen Anspruch bestreitet oder doch seine Verpflichtung zur Befriedigung unerfüllt läßt. Ihre Eintragung würde, wenn das Gesetz sie nicht besonders ordnete, dem formellen Konsensprinzip unterliegen und also, wenn sie nicht in Güte bewilligt würde, nur auf Grund der rechtskräftigen Verurteilung des Verpflichteten zur Erteilung der Bewilligung erfolgen können. Diese Art der Lösung indessen müßte den Zweck der Vormerkung verfehlen, weil regelmäßig der Verpflichtete, der die endgültige Eintragung oder Löschung verweigerte, auch zur Bewilligung einer nur vorläufigen Einschreibung sich nicht verstehen würde, mithin bis zur Einwirkung eines gegen ihn vollstreckbaren Urteils in der Lage bliebe, durch Verfügungen zugunsten eines Dritten den Anspruch des Berechtigten zu Fall zu bringen. Die Landesgesetze machten denn auch die Vormerkung nicht von den Voraussetzungen der endgültigen Einschreibung, sondern nur von dem Vorhandensein einer mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit des Rechtes auf diese Einschreibung abhängig." (Mot. III S. 242.)

I. 1. Nach der PHypO. v. 1783 hatte in der Regel die Buchbehörde darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzung für die Eintragung einer Protestation vorliege. Aber schon im § 292 II das. war für den Fall, daß der Hypothekenrichter nicht zugleich der zuständige Realrichter war, die Entscheidung dem letzteren übertragen und die Eintragung der Protestation nur auf dessen Ersuchen zugelassen. Diesen Gedanken entwickelte die preuß. Gesetzgebung nach der Scheidung der Gerichte I. Instanz in zwei selbständige Abteilungen durch die Gerichtsorganisation des Jahres 1849 weiter. Das Gesetz v. 24. Mai 1853 gestattete die Eintragung einer Protestation, abgesehen von einigen Ausnahmefällen, nur auf Requisition des Prozeßrichters (§§ 43 ff.), und das EigG. v. 1872 eine Vormerkung, abgesehen von dem Ersuchen einer zuständigen Behörde (GBO. v. 1872 § 41; EigG. § 22 Abs. 2), nur unter Vermittlung des Prozeßrichters, wenn nicht eine Bewilligung des Verpflichteten vorlag (EigG. §§ 8, 9 Abs. 3, 16, 22, 60; RG E. 42 S. 315). Der Prozeßrichter hatte auf den Antrag einer Partei die Eintragung einer Vormerkung bei dem Grundbuchamte nachzusuchen, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, die durch die Vormerkung gesichert werden sollten, glaubhaft gemacht waren (EigG. § 70). Bezüglich des Verfahrens war durch § 18 des PAG. z. ZPO. v. 24. März 1879 bestimmt, daß die zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche Vermittlung des Prozeßrichters nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der ZPO. stattfinde. Obwohl die ZPO. die Ausführung der einstweiligen Verfügung dem Parteibetrieb überläßt, wurde angenommen, daß die Herbeiführung der Eintragung der Vormerkung dem Gericht obliege, das die einstweilige Verfügung erlassen hat (RG. E. 11 S. 279; RG. JW. 5 S. 197; Turnau I S. 278). Die Eintragung der Vormerkung wurde für zulässig erachtet, sobald der zu sichernde Anspruch glaubhaft gemacht war; von der Glaubhaftmachung des weiteren im § 814 ZPO. aufgestellten Erfordernisses der Besorgnis einer Erschwerung der Verwirklichung des Rechtes wurde abgesehen (RG. E. 11 S. 279, Bd 20 S. 244, Bd 27 S. 425). — Die Löschung der Vormerkung erfolgte auf Bewilligung dessen, für den sie vermerkt, oder auf Ersuchen des Prozeßrichters oder derjenigen Behörde, auf deren Antrag sie eingetragen war (EigG. §§ 8, 16, 59). Eine besondere Bestimmung darüber, wie eine Vormerkung zur Löschung gebracht werden konnte, war nur in dem § 19 AG. z. ZPO. v. 24. März 1879 dahin gegeben, daß die durch einstweilige Verfügung angeordneten Eintragungen im Grundbuche nach Vorlegung eines vollstreckbaren Urteils oder Beschlusses, durch welche die einstweilige Verfügung aufgehoben war, auf Antrag des Eigentümers zu löschen sei, und daß zu dem Antrage die Vermittlung des Prozeßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts nicht erforderlich sei.

2. Den preuß. Bestimmungen schloß sich im wesentlichen der Entw. I im § 845 an:

„Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer Anordnung des Gerichtes.

Das Gericht hat die Eintragung der Vormerkung anzuordnen, wenn die Tatsachen glaubhaft gemacht sind, durch welche der Widerspruch seine Rechtfertigung findet.

Das Verfahren bestimmt sich nach den für die Erlassung einstweiliger Verfügungen geltenden Vorschriften der ZPO. mit der Maßgabe, daß die Eintragung der Vormerkung anzuordnen ist, auch wenn die Gefährdung des dem Widerspruche zugrunde liegenden Rechtes nicht glaubhaft gemacht ist. Das Gericht hat das Grundbuchamt um die Eintragung der Vormerkung zu ersuchen.

Eine Vormerkung kann auch auf Grund der Bewilligung desjenigen eingetragen werden, gegen dessen eingetragenes Recht sie sich richtet."

Um einer mißverständlichen Auffassung vorzubeugen, wurde für empfehlenswert erachtet, ausdrücklich hervorzuheben, daß das Gericht die Eintragung der Vormerkung anzuordnen habe, auch wenn die Gefährdung des Rechtes nicht besonders glaubhaft gemacht sei. — Das Verfahren der ZPO. hielt man für die Zwecke der Vormerkung insofern für zu umständlich, als es die Ausführung der einstweiligen Verfügung dem Selbstbetriebe der Partei überläßt. „Es kommt darauf an, die Eintragung der Vormerkung möglichst schnell und ohne Verzug herbeizuführen. Dieses Ziel aber läßt sich nur erreichen, wenn das Gericht, nachdem es dem Vormerkungsgesuche stattzugeben beschlossen hat, sofort die Buchbehörde um die Eintragung ersucht." — „Wenn der leidende Teil damit einverstanden ist, daß die Vormerkung eingetragen werde, so fehlt es an einer gegründeten Veranlassung zur Verweisung des anderen Teiles an das Gericht. Daß bei der Bewilligung desjenigen, gegen dessen eingetragenes Recht der Widerspruch sich richtet, ein Vertrag zwischen den beiden Beteiligten vorausgesetzt wird, ist nach § 828 (BGB. § 873) nicht zweifelhaft." — Darüber, wie eine Vormerkung vom leidenden Teile zur Löschung gebracht werden kann, schwieg der Entw. I, weil er davon ausging, daß bezüglich der Löschung eine Gefahr im Verzuge nicht obwalte und deshalb die allgemeinen Vorschriften genügten. (Mot. III S. 244.)

3. a. Die Zulässigkeit einer freiwilligen Eintragung wurde beibehalten. (Prot. III S. 115).

b. In Ansehung des Verfahrens entschied man sich bei der 2. Lesung für den Parteibetrieb, weil kein besonderer Anlaß vorliege, die Vermittlung des Gerichts in Anspruch zu nehmen (Prot. III S. 116 III). Dem entsprechend wird weder für die Eintragung der Vormerkung (BGB. § 885) noch für die Eintragung des Widerspruchs (§ 899) das Ersuchen des Gerichts gefordert. Vgl. jedoch Anm. II 5 Abs. 2 S. 216.

c. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob die Bestimmungen der ZPO. über die einstweiligen Verfügungen sämtlich auf die Vormerkung zu übertragen seien. Es würde danach beispielsweise zulässig sein, daß eine Vormerkung nach § 801 ZPO. auch ohne Glaubhaftmachung des Anspruchs lediglich gegen Sicherheitsleistung eingetragen werde, und ferner, daß in besonderen Fällen nach § 818 ZPO. eine Löschung der Vormerkung gegen Sicherheitsleistung erfolgen könne. Man werde jedenfalls in diesem Punkte Klarheit zu schaffen haben. Die 2. Komm. war der Meinung, daß, soweit sich die Sachlage zur Zeit übersehen lasse, die Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften der ZPO. unbedenklich sei. Man werde danach, vorbehaltlich einer seitens der Redaktionskommission vorzunehmenden Prüfung im einzelnen, den Satz auszusprechen haben: Die Anordnung der Eintragung und das weitere Verfahren bestimmen sich nach den Vorschriften der ZPO. über einstweilige Verfügungen, nur ist die Glaubhaftmachung der Gefährdung nicht erforderlich. (Prot. III S. 116 II.)

d. Der Antrag, die Vormerkung — abgesehen von der freiwilligen Eintragung — davon abhängig zu machen, daß wie beim Arreste nicht nur der Anspruch selbst, sondern auch eine besondere Gefährdung desselben glaubhaft gemacht werde, ist abgelehnt, weil diese Gefährdung in allen in Betracht kommenden Fällen durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben sei, die es dem Schuldner ermögliche, das Grundstück zu jeder Zeit, und ohne daß der Gläubiger davon vorher Kenntnis erlange, an einen Dritten zu veräußern oder es zu belasten (Prot. III S. 115).

e. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei der Eintragung (BGB. § 885 Abs. 2) ist zugelassen, weil dadurch die Einträge vielfach einfacher und kürzer gestaltet werden könnten (Prot. III S. 116 I). Es bedarf dazu der besonderen Vorschrift des § 885 Abs. 2, weil der § 874 nur die Eintragung von Rechten, mit denen ein Grundstück belastet wird, betrifft, die Vormerkung aber sich nicht als Belastung des Grundstücks charakterisiert (Prot. V S. 586).

II. 1. Der § 885 enthält nicht bloß Vorschriften über das Verfahren, sondern hat auch materiell-rechtliche Bedeutung. Wird die Vormerkung freiwillig von dem davon Betroffenen bewilligt, so bedarf es weder zur Eintragung noch zur Begründung der Wirksamkeit der Vormerkung seiner Einigung mit dem Gläubiger (§ 873 Abs. 1). Der Eigentümer kann, ohne sich mit dem Gläubiger überhaupt darüber ins Einvernehmen zu setzen,

dessen Anspruch auf Eintragung durch eine Vormerkung sichern. Ob der Gläubiger von dieser Sicherung Gebrauch machen will, bleibt ihm überlassen. Auch für den Eigentümer ist solche Sicherung von großer Bedeutung. Durch die Vormerkung kann er sich die Möglichkeit erhalten, dem Anspruche des Gläubigers auf Einräumung des Rechtes am Grundstück auch später nach dem gegenwärtigen Zustande des Grundbuchs zu genügen, namentlich diesen Anspruch gegen etwa zu besorgende Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung zu schützen. Die Bemerkung in den Motiven (vgl. Anm. I 2 S. 210), daß selbstverständlich ein Vertrag unter den beiden Beteiligten vorausgesetzt werde, kommt gegenüber dem Wortlaute des § 885 nicht in Betracht (a. M. Fuchs S. 127 Nr. I 1 Abs. 3, dagegen Biermann WB. S. 147 und Sekler S. 52 f.; wie hier Cosack § 172 Nr. III 1 a S. 26). In der Regel wird freilich der Bewilligung eine Einigung mit dem Vorzumerkenden oder Vorgemerkten vorausgehen oder nachfolgen (vgl. Strohal S. 16). Der § 878 findet keine Anwendung. Der Eintritt der Verfügungsbeschränkung des Bewilligenden macht auch nach Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamte die Bewilligung unwirksam. Vgl. Biermann WB. S. 109, 185, Cosack § 183 Nr. 15, Kober S. 82 Nr. 2 b, Reichel S. 132). Die Unterscheidung Seklers (S. 227), daß Vormerkungen, die auf einer Einigung oder auf einer durch Urteil ersetzten Einigung beruhen, dem § 878 unterfallen, daß aber Vormerkungen, die nicht auf einer Einigung beruhen, nicht unter § 878 fallen, berücksichtigt nicht, daß eine in Gemäßheit der §§ 873, 875, 876 abgegebene Erklärung eine solche ist, die eine endgültige Rechtsänderung oder Aufhebung bezweckt, dies aber bei der Vormerkung nicht zutrifft; (a. M. Fuchs S. 129 Anm. 2 c, Predari S. 199 Anm. 5, Planck 3 S. 121 Lit. b, Jaeger KO. Nr. 9 zu § 24). War aber schon die Definitiveintragung bewilligt und beim Grundbuchamte beantragt, so kann jedenfalls eine Vormerkung aus §§ 18 Abs. 2, 71 Abs. 1 GBO. noch *nach* der später eintretenden Verfügungsbeschränkung (z. B. nach Eröffnung des Konkurses) eingetragen werden (Jaeger a. a. O.).

Zur Eintragung muß die in der Form des § 29 GBO. erklärte Bewilligung einer *Vormerkung* vorgelegt werden. Aus der Bewilligung einer endgültigen Eintragung darf — abgesehen von den Fällen der §§ 18, 71 GBO. — eine Vormerkung nicht eingetragen werden; denn nur das darf eingetragen werden, was bewilligt ist (GBO. § 19). Ist z. B. unter Vorlegung der Bewilligung der Eintragung einer Hypothek die Eintragung einer Vormerkung beantragt, so muß die Eintragung abgelehnt und dem Antragsteller anheimgegeben werden, einen der Bewilligung entsprechenden Antrag zu stellen. Ein Fall des § 18 GBO. liegt nicht vor (a. M. Biermann WB. S. 147), weil es sich nicht um *Hindernisse*, die der beantragten Eintragung entgegenstehen, sondern um einen Antrag handelt, der aus der Bewilligung überhaupt nicht hergeleitet werden kann. Wollte man aber die Anordnung des § 18 GBO. zulassen, so könnte von Amts wegen nicht die beantragte Vormerkung, sondern die nicht beantragte Eintragung der Hypothek vorgemerkt werden. Neben der Bewilligung des von der Vormerkung Betroffenen bedarf es nicht der Zustimmung derjenigen Personen, die zur endgültigen Eintragung des durch die Vormerkung zu sichernden Rechtes gefordert wird, z. B. des Eigentümers in den Fällen des § 27 GBO. und des § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB. oder des dritten Berechtigten in den Fällen der §§ 876, 877, 880 Abs. 3 BGB.; denn deren Rechtsstellung wird durch die Eintragung einer Vormerkung als eines nur vorläufigen Vermerks nicht berührt. Die Zustimmung dieser Personen ist erst dann unerläßlich, wenn der durch Vormerkung gesicherte Anspruch durch eine endgültige Eintragung verwirklicht werden soll. — In den Fällen dagegen, wo es zur Verfügung über fremdes Gut der Zustimmung des Berechtigten oder der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf, muß diese auch zur Eintragung einer Vormerkung beigebracht werden. Steht z. B. das Grundstück, auf das eine Vormerkung eingetragen werden soll, im Eigentume von *Miterben* zur gesamten Hand, so gehört es einem einzelnen Miterben weder ganz noch zu einem Bruchteil; es kann daher eine Vormerkung nur dann auf das ganze Grundstück oder einen Teil davon eingetragen werden

Digitized by Google

wenn sie von allen Miterben bewilligt oder gegen alle Miterben angeordnet ist (KG RJA. 4 S. 253). Der Ehemann kann beim gesetzlichen Güterstande nicht ohne Zustimmung der Frau, die Frau nicht ohne Einwilligung des Mannes eine Vormerkung inbezug auf das eingebrachte Gut bewilligen (§§ 1375, 1395; vgl. auch §§ 1398, 1399). Zur Eintragung einer Vormerkung auf eingebrachtes Gut im Wege der Zwangsvollstreckung ist erforderlich, daß die Frau zur Bewilligung und der Mann zur Duldung der Eintragung verurteilt ist (ZPO. §§ 936, 928, 739; vgl. Lit. d S. 133). Die Verurteilung des Mannes kann aber nur dann erfolgen, wenn er der Begründung des vorzumerkenden Anspruchs zugestimmt hat. Zur Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung oder Belastung eines zum Gesamtgute gehörigen Grundstücks bei gütergemeinschaftlicher Ehe bedarf es neben der Bewilligung des Mannes der Einwilligung der Frau (§ 1445; KG. RJA. 5 S. 194); der letzteren bedarf es nicht, wenn der zu sichernde Anspruch die Übertragung, Rangänderung oder Löschung einer zum Gesamtgute gehörigen Hypothek oder eines anderen Rechtes am Grundstücke betrifft (vgl. KG. JW. 22 S. A 141, RJA. 2 S. 99, S. 89). Zur Eintragung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung genügt in den Fällen, wo es der Zustimmung der Frau nicht bedarf, eine Verurteilung des Mannes zur Bewilligung (ZPO. § 740; KG. RJA 5, S. 194; vgl. Lit. e S. 133); zum Erlasse der einstweiligen Verfügung bedarf es aber des Nachweises der Einwilligung der Frau, wenn solche nach Vorstehendem erforderlich ist. Richtet sich der vorzumerkende Anspruch gegen einen Bevormundeten, so muß zur Eintragung der Vormerkung der Bewilligung des Vormunds die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinzutreten, es sei denn, daß durch die Vormerkung eine Verfügung über eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld vorbereitet wird (§ 1821; vgl. auch §§ 1812, 1819).

Die Bewilligung kann dem Berechtigten oder dem Grundbuchrichter gegenüber abgegeben werden. Eine Form für die Bewilligung und die Bindung des Erklärenden ist, abgesehen von dem für die Auflassungsvormerkung in Betracht kommenden § 313, nicht vorgeschrieben.

Über die Eintragung einer Vormerkung auf Ersuchen einer zuständigen Behörde vgl. § 39 GBO. mit Anm.

Die Eintragung einer Vormerkung gilt als bewilligt, wenn der Schuldner durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil zur Bewilligung der endgültigen (durch die Vormerkung zu sichernden) Eintragung verurteilt ist (ZPO. § 895, vgl. S. 137). Aus dem (an keine Form gebundenen) obligatorischen Versprechen, die Eintragung einer Vormerkung zu bewilligen, kann auf Bewilligung geklagt werden und das obsiegliche rechtskräftige Urteil ersetzt nach § 894 ZPO. die Bewilligung. Diese Art der Rechtsverwirklichung behält neben der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung ihre Bedeutung für die Fälle, wo der Anspruch nicht glaubhaft gemacht werden kann. Die Bewilligung der definitiven Eintragung des Rechtes kann in allen Fällen nur durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt werden, das zu einer solchen Bewilligung verurteilt. Da es sich in der Hauptsache immer um die Erfüllung eines persönlichen Anspruchs handelt, ist der dingliche Gerichtsstand des § 24 und der fakultativ dingliche Gerichtsstand des § 26 ZPO. nicht begründet (Biermann WB. S. 145; Fuchs S. 129 Nr. 3; RG. E. 52 S. 40).

2. Bei streitigen Rechtsverhältnissen erfolgt die Eintragung der Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung, gleichviel ob der Rechtsstreit die Bewilligung einer Vormerkung oder einer endgültigen Eintragung betrifft. Die Vorschriften der ZPO. §§ 935 ff. kommen nicht bloß, soweit sie das prozessualische Verfahren betreffen — wie man früher annahm, vgl. Turnau I S. 276 —, sondern sämtlich, auch soweit sie materiellrechtlicher Natur sind, also namentlich auch bezüglich der Voraussetzungen, unter denen einstw. Verfügungen zulässig sind und aufgehoben werden können, zur Anwendung, soweit sie nicht für die Fälle modifiziert sind, wo durch die einstweilige Verfügung die Eintragung einer Vormerkung angeordnet wird (vgl. Anm. I 3 c S. 210). In dieser Beziehung kommen folgende, Abweichungen von der Regel enthaltende Vorschriften in Betracht.

1. Da eine Erleichterung und Beschleunigung des Verfahrens von besonderer Wichtigkeit ist, wenn eine Vormerkung eingetragen werden soll, so kann die einstw. Verfügung von dem Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, erlassen werden, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Auch erfolgt die Bestimmung der Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist, nicht bei Erlassung der Verfügung von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Gegners. (ZPO. § 942 Abs. 2.) 2. Da die Gefährdung des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs ohne weiteres durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben wird, ist zur Erlassung der einstw. Verfügung, neben der Glaubhaftmachung des Anspruchs, nicht erforderlich, daß seine Gefährdung besonders glaubhaft gemacht wird (BGB. § 885 Abs. 1 Satz 2; vgl. Anm. I 3 d S. 210). 3. Ist durch einstw. Verfügung die Eintragung einer Vormerkung angeordnet, so kann nicht nur nach § 13 GBO. der, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, unter Vorlegung der einstw. Verfügung die Eintragung unmittelbar bei dem Grundbuchamte beantragen, sondern auch das Gericht ist behufs Beschleunigung der Sache befugt (vgl. Anm I 1 S. 209), seinerseits das Grundbuchamt nach § 39 GBO. um die Eintragung zu ersuchen (ZPO. § 941). Die Erleichterungen zu 1 und 2 treten nur dann ein, wenn nichts weiter begehrt wird, als die Eintragung einer Vormerkung. Soll darüber hinaus eine Verfügungsbeschränkung angeordnet werden, z. B. ein sofort in Wirksamkeit tretendes Veräußerungs- und Belastungsverbot, so bedarf es insoweit der besonderen Glaubhaftmachung der Gefährdung des zu sichernden Anspruchs und des Antrags bei dem regelmäßig zuständigen Gerichte. Die einstw. Verfügung ist wieder aufzuheben, soweit sie, ohne daß diesen Erfordernissen entsprochen worden, erlassen ist (RG. Bolze 8 Nr. 57, JW. 1897 S. 319 Nr 42). Die zu 3 erwähnte Vorschrift findet dagegen nicht nur dann Anwendung, wenn auf Grund einer einstw. Verfügung eine Vormerkung, sondern in allen Fällen, wenn auf Grund einer einstw. Verfügung überhaupt irgend eine Eintragung in das Grundbuch zu erfolgen hat.

Zu den Bestimmungen der ZPO., die auch dann zur Anwendung kommen, wenn auf Grund einer einstw. Verfügung eine Vormerkung eingetragen werden soll, gehören namentlich, daß die Glaubhaftmachung des Anspruchs durch Sicherheitsleistung ersetzt, die Anordnung von einer Sicherheitsleistung auch bei Glaubhaftmachung des Anspruchs abhängig gemacht (ZPO. §§ 921, 936), unter besonderen Umständen die Aufhebung einer einstw. Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden kann (ZPO. §§ 925 Abs. 2, 927, 936, 939; a. M. Boehm S. 47 D, Fuchs S. 132 Nr. 6). Freilich wird die Aufhebung gegen Sicherheitsleistung dann nicht auszusprechen sein, wenn der vorgemerkte Anspruch nicht auf eine Geldforderung, sondern auf eine Individualleistung, z. B. auf Auflassung, geht, weil diese Leistung mit Geld nicht ausgeglichen werden kann (Biermann WW. S. 146, Planck 3 Anm. 1 zu § 885, RG. E. 55 S. 140; a. M. Sekler S. 72).

3. Für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist das Gericht der Hauptsache zuständig. Als Gericht der Hauptsache ist das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist — also bis zur Zustellung des Berufungsurteils, RG. Gruch. 41 S. 1170, E. 39 S. 398 —, das Berufungsgericht anzusehen. Das Revisionsgericht ist für die Erlassung einstw. Verfügungen nicht zuständig (ZPO. §§ 937, 943). Gericht der Hauptsache ist dasjenige, bei dem die Klage auf die durch die Vormerkung zu sichernde endgültige Eintragung anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll und kann (RG. E. 4 S. 407, Bd 31 S. 372). Ist z. B. lediglich eine Geldforderung eingeklagt und die Klage nicht auf Eintragung einer Hypothek gerichtet, so ist, wenn in der Berufungsinstanz auf Grund eines Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek (z. B. nach § 648 BGB.) die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung dieses Anspruchs im Wege der einstw. Verfügung beantragt wird, zur Erlassung der Verfügung nicht das Berufungsgericht zuständig, weil als Hauptsache die Klage auf Eintragung einer Hypothek anzusehen, eine solche Klage aber bei dem Berufungsgericht nicht anhängig ist

(RG. E. 30 S. 351). Auch wenn der Fall nicht für dringlich erachtet wird, kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, auf das die Eintragung der Vormerkung erfolgen soll, die einstw. Verfügung erlassen (ZPO. § 942 Abs. 2).

Das Gesuch um Erlassung einer einstweiligen Verfügung unterliegt nicht dem Anwaltszwange, da es vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann (ZPO. §§ 920 Abs. 3, 936, 78 Abs. 2).

Die Entscheidung des Gerichts der Hauptsache erfolgt in der Regel nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Endurteil; in dringenden Fällen kann die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß des Gerichts erfolgen (ZPO. §§ 937, 922). Hat ein Kollegialgericht zu entscheiden, so kann in dringenden Fällen auch der Vorsitzende anstatt des Gerichts entscheiden (ZPO. § 944). Wird die einstw. Verfügung durch Endurteil angeordnet, so findet dagegen die Berufung statt, auch wenn es vom Berufungsgericht erlassen wird, während die Hauptsache bei diesem in der Berufungsinstanz schwebt, weil das Urteil ein erstinstanzliches ist (ZPO. §§ 943, 511). Ist ein solches Urteil von einem Oberlandesgericht, sei es auf Berufung oder Beschwerde, erlassen, so ist beim Vorhandensein der Revisionssumme die Revision zulässig (RG. E. 5 S. 430, Bd 50 S. 342, Bd 52 S. 270; O. LDG. für Bayern in Seuff. A. 39 S. 94; a. M. Küntzel in Gruch. 24 S. 142). Gegen den die einstw. Verfügung erlassenden Beschluß findet Widerspruch (nicht Beschwerde, RG. E. 14 S. 391, Bd 30 S. 395, 432, Bd 36 S. 290) statt. Dadurch wird die Vollziehung der Verfügung aber nicht gehemmt. Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit der Verfügung durch Endurteil zu entscheiden (ZPO. §§ 924, 925, 936). Ist die einstw. Verfügung von dem Amtsgerichte der belegenen Sache erlassen, so hat dieses (nur) auf Antrag des Gegners eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben. Die Unterlassung der Fristbestimmung steht der Gültigkeit der erlassenen einstw. Verfügung nicht entgegen (RG. Bolze 2 Nr. 1962). Die Entscheidungen des Amtsgerichts der belegenen Sache über die Erlassung und die Aufhebung der einstw. Verfügung können ohne mündliche Verhandlung erfolgen (ZPO. § 942).

Das angegebene Verfahren findet statt, mag die Hauptsache bereits anhängig sein oder nicht. Bei der Verhandlung über die einstw. Verfügung wird die Hauptsache, der Anspruch, zu dessen Schutze die einstw. Verfügung erlassen ist, nicht zur Erörterung gezogen; durch die einstw. Verfügung wird weder der Entscheidung in der Hauptsache präjudiziert noch in dem materiellen Rechte der Parteien untereinander oder in den hierdurch gegebenen Parteirollen etwas geändert (Mot. zu § 762 Entw. der ZPO.). Für den Fall, daß die Hauptsache noch nicht anhängig ist, hat das Gericht, das die einstw. Verfügung erlassen hat, auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche die einstw. Verfügung, sei es durch Beschluß oder durch Endurteil, erwirkt hat, binnen einer bestimmten Frist Klage zu erheben habe. Wird der Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung der einstw. Verfügung durch Endurteil auszusprechen (ZPO. §§ 922, 936). Nach Ablauf der Frist hat zu diesem Zwecke der Verpflichtete den Berechtigten vor das Gericht zur Verhandlung über die Aufhebung der einstw. Verfügung zu laden. Wenn der letztere noch vor Schluß der mündlichen Verhandlung nachweist, daß er die Hauptklage angestellt hat, darf die einstw. Verfügung trotz des Fristablaufs nicht aufgehoben werden (ZPO. § 231; Levy in JW. 1879 S. 191).

Über den Streitwert vgl. RG. E. 35 S. 394, JW. 1895 S. 291 Nr. 1.

4. Der Anspruch, zu dessen Sicherung eine einstweilige Verfügung erlassen werden soll, muß glaubhaft gemacht werden (ZPO. §§ 920 Abs. 2, 936). Über die Mittel der Glaubhaftmachung bestimmt § 294 ZPO.: „Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, bedienen,

auch zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden. Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft." Dem Erfordernisse der Glaubhaftmachung ist genügt, wenn der erhobene Anspruch nur wahrscheinlich gemacht ist, und dies gilt nicht nur hinsichtlich der Tatsachen, auf die der Anspruch gestützt wird, sondern auch hinsichtlich des Rechtssatzes, unter den die Tatsachen zu subsumieren sind. Es kann daher ein Anspruch, der auf einem zweifelhaften Rechtssatze beruht, als glaubhaft angesehen werden, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß die Rechtsfrage zugunsten des Klägers werde beantwortet werden. (RG. JW. 1897 S. 325 Nr. 11.) Wenn eine Behauptung nach Lage der Sache ohne weiteres glaubhaft ist, bedarf es ihres Nachweises überhaupt nicht. Unter Umständen kann daher die einfache Versicherung des Antragstellers zur Glaubhaftmachung genügen. Auch die Bezugnahme auf den Inhalt gerichtlicher Akten über einen früheren Prozeß kann als Mittel zur Glaubhaftmachung der aufgestellten Behauptung dienen (OTrib. E. 79 S. 265).

Es muß ein Rechtsgeschäft glaubhaft gemacht werden, wodurch der Anspruch auf Eintragung begründet wird (Kaufalgeschäft). Ist die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig, so kann auf Grund desselben die Eintragung einer Vormerkung nur dann angeordnet werden, wenn es in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen ist (vgl. Anm. III A S. 100). Auf die Einigung, auch wenn sie bindend geworden (§ 873 Abs. 2), kann der Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung nicht gestützt werden, wenn sich daraus nicht zugleich dieser Anspruch ergibt; denn durch die Einigung wird kein Anspruch erzeugt, sondern ein bereits vorhandener Anspruch in Verbindung mit der Eintragung erfüllt (vgl. Anm. B 1 S. 102).

Lassen die glaubhaft gemachten Tatsachen ungewiß, ob sich daraus ein Anspruch auf Eintragung ergibt, so darf ein solcher nicht vorgemerkt werden. Dies ist z. B. zweifelhaft, wenn weiter nichts vorliegt, als daß der Vater dem Bräutigam seiner Tochter zugesagt hat, ihm für den Fall der Eheschließung seine Stätte zu verschreiben. Denn unter Verschreibung kann sowohl die alsbaldige entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung des Eigentums der Stätte, als auch eine Zuwendung durch letztwillige Verfügung verstanden werden. In solchem Falle muß der nähere Inhalt des Verschreibens, bezw. was die Vertragschließenden darunter verstanden haben oder nach der Verkehrssitte verstehen durften und mußten, festgestellt werden. (RG. V. 47. 1901.)

Glaubhaft muß stets ein Anspruch gemacht werden, der auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke ꝛc. (BGB. § 883 Abs. 1 Satz 1) geht, mit dem also nach preußischem Sprachgebrauch ein Titel zur Eintragung verbunden ist. Dies trifft z. B. zu, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit der Wandlung einverstanden erklärt hat (§ 465 BGB.), oder wenn jemand ein Grundstück vermacht ist und er deshalb die Leistung des Grundstücks fordern kann (§ 2174), ferner bei der Forderung des Unternehmers eines Bauwerks oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerks aus dem mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrage (§ 648). Im letzten Falle beschränkt sich der Anspruch des Unternehmers auf Eintragung auf die Forderung aus dem mit dem Eigentümer des Baugrundstücks geschlossenen Werkvertrage, er erstreckt sich nicht auf eine Forderung gegen diesen aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn ein Dritter Schuldner der Forderung aus dem Werkvertrag ist (RG. Bolze 10 Nr. 102). Die Eintragung einer Vormerkung kann nicht verlangt werden von einem Lieferanten, der Gegenstände geliefert hat, die in das Bauwerk verwendet worden sind, gleichviel ob es sich um die Lieferung fertiger oder erst herzustellender Gegenstände handelt; diese Lieferanten sind nicht zur Vorleistung verpflichtet (Prot. II S. 327). Ist das Bauwerk noch nicht vollendet, so kann die Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten — nicht der der zwar hergestellten, aber noch nicht abgelieferten — Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangt werden. (§ 648 Satz 2; RG. E. 58 S. 301). Das Recht aus § 648 geht ohne besondere Abtretung auf den Zessionar nicht über (Kiel Seuff. A. 57 S. 135; a. M. Naumburg Rsp. 6 S. 84).

Für die Zulässigkeit der Vormerkung macht es keinen Unterschied, ob der zu sichernde Anspruch fällig, bedingt oder von einer Gegenleistung abhängig ist. Insbesondere wird die Vormerkung nicht dadurch ausgeschlossen, daß über die Gegenleistung Streit obwaltet und daß der Antragsteller die Glaubhaftmachung seines Anspruchs auf Auflassung nicht darauf erstreckt hat, daß er nur zu derjenigen Gegenleistung verpflichtet sei, zu der er bereit ist; denn durch die Wechselbeziehung der beiderseitigen Ansprüche wird nicht die Existenz des Anspruchs, sondern nur seine Erfüllung und Geltendmachung berührt (RG. JW. 1897 S. 100 Nr. 66). Ist jedoch die Geltendmachung des zu sichernden Anspruchs an Voraussetzungen geknüpft, deren Eintritt oder Nichteintritt von dem freien Willen des Verpflichteten abhängt, so kann, bevor die Voraussetzungen eingetreten sind, auch die Sicherstellung des zur Zeit noch nicht klagbaren Anspruchs durch Eintragung einer Vormerkung nicht verlangt werden (RG. B IV 107. 90). Denn ein Anspruch, d. h. ein Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194), besteht nicht, wo die Erfüllung des Anspruchs entweder in das freie Belieben des Verpflichteten gestellt oder an eine Bedingung geknüpft ist, deren Eintritt von der Willkür des Verpflichteten abhängt, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Zur Glaubhaftmachung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek gehört auch diejenige des Ranges, wenn Streit darüber entsteht. Wird z. B. glaubhaft gemacht, daß die Eintragung einer Forderung mit dem Range hinter später noch einzutragenden Hypotheken versprochen ist, so kann auch die Vormerkung nur mit diesem Range verlangt werden. (RG. Bolze 10 Nr. 103.)

5. Einweil. Verfügungen bedürfen der Vollstreckungsklausel nur, wenn die **Vollziehung** für einen anderen als den in der Verfügung bezeichneten Gläubiger oder gegen einen anderen als den darin bezeichneten Schuldner erfolgen soll (ZPO. § 929). Es ist nur noch zu prüfen, ob die im § 929 Abs. 2 für die Vollziehung festgesetzte zweiwöchige Frist noch nicht abgelaufen ist. Die Frist beginnt jedenfalls mit der vom Antragsteller bewirkten Zustellung der einstw. Verfügung an den Gegner, mag auch die Zustellung an den ersteren aus Versehen unterblieben sein (RG. Bes. Beil. z. RA. 1889 S. 55; E. 11 S. 402). Die einstw. Verfügung wird vollzogen und tritt im Verhältnisse der Parteien zueinander in Kraft in dem Zeitpunkt ihrer Zustellung an den Antragsgegner. Durch die darin angeordnete Eintragung einer Vormerkung wird der einstw. Verfügung nur Wirkung gegen Dritte gesichert. Die zweiwöchige Vollziehungsfrist ist also gewahrt, wenn in ihr die einstw. Verfügung dem Antragsgegner zugestellt ist (RG. E. 21 S. 416; RG. JW. 12 S. 103; dagegen Göppert in Gruch. 38 S. 838). Ist dies geschehen, so kann die Vormerkung auch erst später eingetragen werden, und es kommt für ihre Wirksamkeit nicht darauf an, in welchem Zeitpunkte der Antrag oder das Ersuchen um Eintragung dem Grundbuchamte vorgelegt oder die Eintragung erfolgt ist. Erfolgt die Zustellung der einstw. Verfügung an den Antragsgegner erst nach Ablauf der zweiwöchigen Frist, so darf die Vormerkung nicht mehr eingetragen werden, und nicht nur die trotzdem eingetragene Vormerkung, sondern auch die dadurch gesicherte, später vollzogene, endgültige Eintragung ist rechtsunwirksam (vgl. RG. E. 26 S. 395). Biermann (WB. S. 106 ff.), Reichel (S. 169), Seller (S. 75 ff.), Kretschmar (S. 80), Gaupp-Stein (ZPO. 2 Nr. II zu § 929, Nr. II 1 zu § 938 u. zu § 941) halten in Anwendung des § 932 Abs. 3 ZPO. die einstw. Verfügung in dem Zeitpunkte für vollzogen, wo der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt eingeht, vorausgesetzt, daß der Antrag zur Eintragung führt (dagegen Bendix in Gruch. 49 S. 301 A 20).

Die Vollziehung der einstw. Verfügung ist in der Regel dem Selbstbetriebe der Parteien überlassen, das Prozeßgericht als solches ist damit nicht befaßt. Hierbei wollte es die 2. Komm. belassen und lehnte die Aufnahme einer Bestimmung ab, wonach die durch einstw. Verfügung angeordnete Eintragung einer Vormerkung vom Gerichte zu vermitteln sei. Infolgedessen ist im BGB. keine Bestimmung darüber enthalten, wer die Eintragung der Vormerkung zu betreiben habe (vgl. Anm. I 3 b S. 210). Bei der später vorgenommenen Abänderung der ZPO. muß man jedoch anderer Meinung gewesen sein, da im

§ 941 für die Fälle, in denen auf Grund einer einstw. Verfügung eine Eintragung in das Grundbuch zu erfolgen hat, dem Gerichte die Befugnis beigelegt ist, das Grundbuchamt um die Eintragung zu ersuchen. Der Partei stehen hiernach zwei Wege offen; sie kann unmittelbar beim Grundbuchamte die Eintragung der Vormerkung unter Vorlegung der einstw. Verfügung beantragen oder das Prozeßgericht darum bitten. Das Prozeßgericht kann aber von Amts wegen das Ersuchen an das Grundbuchamt richten, ohne die Partei zu fragen, und dadurch ihr Wahlrecht beseitigen, indem es zugleich mit der Erlassung der einstw. Verfügung das Ersuchen ausspricht. Gegen die das Ersuchen des Prozeßgerichts zurückweisende Verfügung des Grundbuchamts finden die in Grundbuchsachen zulässigen Rechtsmittel (GBO. §§ 71 ff.), nicht die sofortige Beschwerde der ZPO., statt, zu deren Einlegung das Prozeßgericht legitimiert ist (RG. JW. 5 S. 197). Überläßt das Gericht der Partei, die Eintragung der Vormerkung zu betreiben, so kann diese entweder selbst den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte privatschriftlich stellen oder ihn durch ihren zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt stellen lassen (GBO. § 30; ZPO. §§ 81, 82). Der Antrag kann so gefaßt werden: „Unter Überreichung der einstw. Verfügung des Königl. Landgerichts zu . . . vom . . . beantrage ich, die darin angeordnete Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung meines Anspruchs auf Auflassung des Grundstücks Bd IV Bl. Nr. 170 des Grundbuchs von . . . vorzunehmen" — oder: „Ich beantrage, auf Grund der beiliegenden einstw. Verfügung des Königl. Amtsgerichts zu . . . vom . . . im Grundbuche von . . . Bd I Bl. Nr. 700 zu der Hypothek Abt. III Nr. 17 von 15000 Mk. eine Vormerkung zur Sicherung meines Anspruchs auf Löschung einzutragen."

6. Die Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch ist nur dann zulässig, wenn derjenige, gegen den sich die Vormerkung richtet, als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist (GBO. § 40), es sei denn, daß eine der Ausnahmen des § 40 Abs. 2, § 41 GBO. vorliegt (vgl. Sekler S. 101). Soll z. B. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem zum Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft gehörenden, auf den Namen des Ehemannes eingetragenen Grundstücke, sei es auf Bewilligung des Ehemannes oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen einstw. Verfügung eingetragen werden, so muß die Ehefrau als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen sein, bevor die Eintragung der Vormerkung erfolgen kann (RG. RJA. 5 S. 194; vgl. Anm. II 1 S. 211). Soll eine Vormerkung auf den Anteil eines Miteigentümers eingetragen werden, so müssen nach § 48 GBO. die Anteile der Miteigentümer im Grundbuch in Bruchteilen angegeben sein (RG. RJA. 5 S. 262). Der durch die Vormerkung zu Sichernde kann jedoch die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Berechtigten unter Vorlegung der die Eintragung der Vormerkung anordnenden einstw. Verfügung verlangen (GBO. § 14). Die Eintragung der Vormerkung erfolgt in Preußen in den Spalten 1—3 der II. Abt., wenn sie den Anspruch auf Auflassung betrifft; wenn sie dagegen den Anspruch auf Einräumung eines anderen Rechtes an dem Grundstücke betrifft, in der für die Eintragung des Rechtes bestimmten Abteilung und Spalte; in den übrigen Fällen in der für Veränderungen bestimmten Spalte der Abteilung, in der das von der Vormerkung betroffene Recht eingetragen ist. Dient die Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf eine endgültige Eintragung, so ist zur Eintragung der Vormerkung nur die erste Hälfte des Raumes der Spalte zu verwenden und der übrige Raum für die künftige endgültige Eintragung freizulassen. Dies trifft nicht zu bei der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung und auf Löschung, da hier die endgültige Eintragung an anderer Stelle, in Abt. I bezw. in der Spalte „Löschungen", zu erfolgen hat. (PA. Bf. v. 20. Nov. 1899 § 14.) Der Eintragungsvermerk kann so gefaßt werden: „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des X auf Auflassung — auf Einräumung einer Hypothek von 4000 Mk., einer Grundschuld von 3000 Mk., einer Rente von vierteljährlich 300 Mk., die mit 20000 Mk. abgelöst werden kann, auf Abtretung oder Löschung der Hypothek Nr. 17 ꝛc. — unter Bezugnahme auf die einstw. Verfügung — oder die Eintragungsbewilligung —

vom . . . eingetragen am . . .“ (Vgl. § 885 Abs. 2 BGB.) Daraus, daß nach § 885 Abs. 2 zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstw. Verfügung oder die Eintragungsbewilligung (oder auf das sie ersetzende Urteil oder auf das Ersuchen einer Behörde) Bezug genommen werden kann, ist nicht zu folgern, daß der zu sichernde Anspruch im Eintragungsvermerke selbst oder durch Bezugnahme bestimmt bezeichnet werden muß, z. B. bei der Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek durch Angabe des Schuldgrundes und der im § 1115 vorgeschriebenen Angaben (a. M. Dresden Rsp. 3 S. 3, Planck Nr. 3 zu § 885), es genügt die Bezeichnung der Kategorie, der die Vormerkung angehört, z. B. Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Auflassung, auf Eintragung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld unter Angabe des Geldbetrags. Jedenfalls hängt die Wirksamkeit der Vormerkung nicht von der Individualisierung des zu sichernden Anspruchs im Grundbuch ab. (Vgl. RG. E. 42 S. 315.) Der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch muß aber in den wesentlichen Punkten mit dem in der bezogenen einstw. Verfügung oder Eintragungsbewilligung bezeichneten übereinstimmen. Ist die Nichtübereinstimmung eine derartige, daß die wirkliche Rechtslage aus der Eintragung überhaupt nicht erkannt werden kann, so ist die Eintragung unwirksam und es kann ihre Löschung verlangt werden. Denn das, was eingetragen ist, darf nicht etwas anderes sein als das, was die konstituierende Urkunde enthält. Wäre ein anderes Recht vorgemerkt, so wäre eben dieses und nicht das wirklich begründete aus dem Grundbuch ersichtlich. Es genügt aber, daß die wirkliche Rechtslage in der Eintragung so, wie diese lautet, wenn auch nur unvollkommen, immerhin aber so gekennzeichnet ist, daß sie aus ihr selbst erkannt werden kann. (RG. E. 53 S. 412.) Für eine andere Forderung als die, für welche die Vormerkung bestellt ist, kann die dingliche Sicherheit nicht in Anspruch genommen werden. Es kommt aber lediglich auf die Identität des Anspruchs an, nicht auf die Identität der Angabe des Schuldgrundes. Hat der Gläubiger sich in der Bezeichnung des Schuldgrundes geirrt, z. B. statt Kaufgelderschuld Darlehn angegeben, so ist er an seine Angabe nicht dergestalt gebunden, daß dieser Irrtum den Verlust des Rechtes aus der Vormerkung zur Folge hätte; er kann vielmehr im Laufe des Prozesses seinen Irrtum durch Angabe eines anderen Schuldgrundes berichtigen. (RG. E. 45 S. 176.) Vgl. Vermerk 3 in Abt. III der Anlage A zur AVf. v. 20. November 1899. Daß das Grundstück, auf das sich die Vormerkung bezieht, bereits katastermäßig bezeichnet ist, ist nicht erforderlich (RG. Gruch. 34 S. 1083). Die Vormerkung stellt keine Belastung eines Trennstücks im Sinne des § 6 Satz 1 GBO. dar, erfordert daher keine Abschreibung, sondern bereitet nur eine solche vor; erst für die Abschreibung selbst bedarf es der Vorlegung der nach § 30 A. Vf. v. 20. Nov. 1899 erforderlichen Katastermaterialien (KG. AJA. 1 S. 158; vgl. Anm. zu § 96 GBO.). Auch dann wird nicht notwendig nach § 6 GBO. zu verfahren sein, wenn durch Vormerkung der Anspruch auf Eintragung eines begrenzten Rechtes gesichert werden soll (Biermann WB. S. 138, SR. S. 63 Lit. a, Achilles-Strecker GBO. S. 161, Planck Nr. 4 zu § 1114; a. M. Predari S. 72 Nr. 2). Ist eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung im Grundbuche zur Ausführung einer Anordnung eingetragen, die fälschlich als Arrestbefehl bezeichnet worden, obwohl sie nach ihrem Inhalt eine einstw. Verfügung darstellt, so ist die Eintragung wirksam, sofern es der Anordnung nur an den Voraussetzungen und Erfordernissen der einstw. Verfügung nicht fehlt (RG. Bolze 2 Nr. 1962, JW. 1891 S. 131 Nr. 8). — Über die Eintragung von Vormerkungen werden besondere Urkunden nicht ausgefertigt; den Beteiligten wird die Eintragung nach § 55 GBO. bekannt gemacht. Zur Eintragung einer Vormerkung bei einer Briefhypothek oder Brief-, Grund- oder Rentenschuld bedarf es der Vorlegung des Briefes oder des Ausschlußurteils in Verbindung mit dem Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes (GBO. §§ 42, 43; Ausnahmen in §§ 43, 44 Abs. 2). Wird der Brief nicht vorgelegt, so ist die Eintragung abzulehnen, ohne Unterschied, ob die Vormerkung bewilligt oder durch einstw. Verfügung angeordnet ist. Die Vorschrift, daß es bei der Eintragung eines Widerspruchs der Vorlegung des Briefes

nicht bedarf (GBO. § 42 Abſ. 1 Satz 2), darf auf die Eintragung einer Vormerkung nicht ausgedehnt werden. Die Eintragung der Vormerkung iſt auf dem Briefe nach § 62 GBO. zu vermerken. Vgl. auch Sekler S. 95—111.

7. Es iſt bereits (Anm. II 6 S. 204) bemerkt, daß (wie bisher, RG. JW. 16 S. 141) der durch die Vormerkung geſicherte Anſpruch mit dem Rechte aus der Vormerkung abgetreten und daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen werden kann. Bei der 2. Leſung war man darüber einverſtanden, daß zu den im § 401 BGB. mit der abgetretenen Forderung übergehenden Pfandrechten auch die Rechte aus einer Vormerkung zu rechnen ſind (Prot. III S. 751). Wird alſo der durch Vormerkung geſicherte Anſpruch abgetreten, ſo gehen damit auch die durch die Vormerkung begründeten Rechte von ſelbſt auf den Erwerber des Anſpruchs über. Dies gilt auch — abweichend vom PALR. I 16 §§ 47, 48 —, wenn der Anſpruch kraft Geſetzes übertragen wird (BGB. § 412). Wird der Anſpruch ausdrücklich ohne die Vormerkung übertragen, ſo wird die Vormerkung gegenſtandslos und löſchungsreif (Prot. III S. 751), und ohne Abtretung des Anſpruchs hat die Abtretung der Vormerkung keine Bedeutung. Es liegt dann ein Fall vor, in dem die Aufhebung der einſtw. Verfügung wegen veränderter Umſtände und die Löſchung der Vormerkung verlangt werden kann (ZPO. § 927; GBO. § 25). Die Eintragung der Abtretung erfolgt bei der Vormerkung in der Spalte „Veränderungen“ und muß, wenn durch die Vormerkung eine Briefhypothek betroffen iſt, auf dem Briefe vermerkt werden (Anm. 6). Vgl. Sekler S. 151 ff., namentlich aber Reichel Umſchreibung S. 6—26.

8. Die endgültige Eintragung mit dem Range der Vormerkung erfolgt auf die freiwillig erklärte oder durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO. erſetzte Bewilligung deſſen, gegen den die Vormerkung gerichtet war. Ein bloß vorläufig vollſtreckbares Urteil, wodurch der Verpflichtete zur Bewilligung der endgültigen Eintragung an Stelle der Vormerkung verurteilt iſt, iſt hier von keiner Bedeutung, da es nur zur Eintragung einer Vormerkung führen könnte (ZPO. § 895), dieſe aber bereits erfolgt iſt. Es kann aber doch vorkommen, daß eine Vormerkung zum Schutze desſelben Rechtes zweimal eingetragen werden muß. Iſt z. B. das Recht, den Teil eines Grundſtücks für einen beſtimmten Preis innerhalb eines beſtimmten Zeitraums zu erwerben, auf Grund einſtw. Verfügung im Grundbuche vorgemerkt, ſo kann, wenn der Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung dieſes Rechtes verurteilt wird, die endgültige Eintragung auf Grund des Urteils verlangt werden, obwohl es ſich hierbei auch nur um eine Vormerkung (Vorkaufsrecht, vgl. BGB. § 1098 Abſ. 2) handelt. Es iſt dies inſofern von praktiſcher Bedeutung, als die Löſchung der auf einſtw. Verfügung beruhenden Vormerkung nach § 25 GBO. auf Antrag des Eigentümers bei Vorlegung einer die einſtw. Verfügung aufhebenden Entſcheidung erfolgt, während die konſentierte Vormerkung nur mit Bewilligung des Berechtigten gelöſcht werden kann (GBO. § 19). (RG. JW. 20 S. A 77; vgl. aber Förſter in DJZ. 1901 S. 245.) Lautet das ergangene Urteil auf Erteilung der Auflaſſung, ſo ſtellt es die nach § 925 BGB. erforderliche Erklärung des Veräußerers dar und enthält in Verbindung mit dem vor dem Grundbuchamte vom Gläubiger als Erwerber geſtellten Antrag auf ſeine Eintragung als Eigentümer die Auflaſſung. Iſt das Urteil nicht ſo gefaßt, daß es die Anwendung des § 894 ZPO. ermöglicht, obwohl nach ſeinem Inhalte kein Zweifel darüber beſtehen kann, daß damit eine Verurteilung zur Bewilligung der Eintragung beabſichtigt iſt, ſo muß der Gläubiger ſich an das Vollſtreckungsgericht wenden, damit dieſes nach § 789 ZPO. das Grundbuchamt um die Eintragung erſuche (vgl. RG. JW. 10 S. 330). Damit kein Zweifel darüber entſteht, daß die endgültige Eintragung an der Stelle der Vormerkung erfolgen ſoll, muß in der Bewilligung bezw. im Urteilstenor die Zugehörigkeit der endgültigen Eintragung zu der Vormerkung ausgedrückt werden. Iſt dies unterblieben, ſo hat der Grundbuchrichter dieſen Umſtand durch eine nachträgliche Erklärung des Bewilligenden oder aus den Urteilsgründen feſtzuſtellen. Die Eintragung post omnes würde dem Antrag und dem Sachverhalte nicht entſprechen. Die Bewilligung der Eintragung kann immer

nur von dem ausgehen, gegen den die Vormerkung gerichtet war, insbesondere auch wenn seine Bewilligung infolge der Veräußerung des Grundstücks oder der Abtretung des Rechtes zur Eintragung nicht mehr ausreicht, sondern es der Zustimmung des Erwerbers des Grundstücks oder des Rechtes bedarf (vgl. BGB. § 888 mit Anm.). Abgesehen von der Auflassung, die vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß (§ 925), kann die endgültige Eintragung vom Gläubiger oder vom Schuldner unter Vorlegung der erforderlichen beglaubigten Bewilligung bezw. des sie ersetzenden rechtskräftigen Urteils privatschriftlich beim Grundbuchamte beantragt werden (GBO. §§ 13 Abs. 2, 29, 30). Handelt es sich um die Eintragung einer Hypothek mit Brief, so müssen der Brief, die Schuldurkunde oder die Erklärung des Eigentümers, daß eine solche nicht ausgestellt ist, beigebracht werden (GBO. §§ 42—44, 58). Von einer Umschreibung des vorgemerkten Anspruchs in ein endgültiges Recht kann nur da die Rede sein, wo dem Rechte die Stelle im Grundbuch angewiesen ist, an der die Vormerkung eingetragen war, also nicht beim Eigentumserwerbe durch Auflassung und bei der Löschung eines Rechtes. Ist zur Eintragung der Vormerkung nur die erste Hälfte des Raumes der betreffenden Spalte verwendet, so kann in der freien Hälfte die endgültige Eintragung erfolgen. Ist dies nicht geschehen, so muß bei der Eintragung, so oft sie sich nicht unmittelbar der Vormerkung anschließt, oder in der anderen Abteilung nach Eintragung der Vormerkung ein anderes Recht eingetragen ist, vermerkt werden, daß ihr der Rang der Vormerkung zusteht. Ist das Recht, bei dem eine Abtretung oder Verpfändung vorgemerkt worden, inzwischen gelöscht (vgl. Anm. I S. 201), so muß es zunächst unter einer neuen Nummer in der Hauptspalte mit seinem früheren Range auf Grund der Bewilligung der Beteiligten (des Eigentümers, der nacheingetragenen Berechtigten) wieder eingetragen werden, um die Eintragung der Abtretung oder Verpfändung zu ermöglichen. Der Vermerk kann lauten: „7. Die vorstehend unter Nr. 3 eingetragene aber gelöschte Hypothek für eine nach dreimonatiger Kündigung rückzuzahlende Darlehnsforderung des X von 7000 Mk. nebst 4 % jährlicher am 2. Januar fälliger Zinsen ist mit dem Vorrechte vor den Posten Nr. 4, 5, 6 und vor dem in Abt. II unter Nr. 4 eingetragenen Ausgedinge wieder eingetragen und zur Durchführung der zu Nr. 3 am . . . eingetragenen Vormerkung mit den Zinsen vom 1. Januar 1901 auf den Y umgeschrieben am . . ." Die Vormerkung zu Nr. 3 wird gelöscht, zu den Posten 4, 5, 6 der III. und zum Ausgedinge Nr. 4 der II. Abt. in Spalte „Veränderungen" das Vorrecht der Hypothek Nr. 7 der III. Abt. vermerkt. Der Vermerk, durch den eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf eine Hypothek von 8000 Mk. umgeschrieben wird, kann lauten: „Umgeschrieben in eine Hypothek für 8000 Mk. Darlehn nebst 5 % Zinsen seit . . . für den X unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts zu . . . vom . . . eingetragen am . . ." Soweit die Eintragung der Vormerkung durch die endgültige Eintragung ihre Bedeutung verliert, ist sie rot zu unterstreichen (AVf. v. 20. November 1899 § 14 Abs. 3; vgl. auch den Vermerk 3 in Abt. III der Anlage A dazu). Außer den Beteiligten ist in Preußen der Steuerbehörde von der Umschreibung einer Vormerkung in eine endgültige Eintragung vom Amtsgerichte Mitteilung zu machen (AVf. v. 15. Novbr 1894 Nr. I § 1 Nr. 1 Abs. 2, JMVl. S. 314). — Der durch eine Auflassungsvormerkung Gesicherte erreicht, wenn inzwischen ein Eigentumswechsel eingetragen ist, seine Eintragung als Eigentümer nicht schon dadurch, daß er das seinen Veräußerer zur Auflassung verurteilende rechtskräftige Urteil vorlegt und die Entgegennahme der Auflassung vor dem Grundbuchamt erklärt, sondern er muß noch die freiwillig erklärte oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzte Zustimmung des gegenwärtig eingetragenen Eigentümers beibringen (BGB. § 888 Abs. 1; vgl. Anm. II 2 zu § 888).

Die endgültige Eintragung an der Stelle einer Vormerkung, die vom Grundbuchamte von Amts wegen (GBO. § 18 Abs. 2) oder auf einstw. Anordnung des Beschwerdegerichts (GBO. § 76) oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde (GBO. § 39) eingetragen ist, erfolgt gleichfalls von Amts wegen oder auf Anordnung des Beschwerdegerichts oder auf Ersuchen der zuständigen Behörde.

Die Umschreibung der Vormerkungen des älteren preuß. Rechtes, die nach Art. 184 EG. z. BGB. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Umfang und Range bestehen bleiben, also nicht dem Art. 192 das. unterfallen, erfolgt, wenn den Erfordernissen des bisherigen Rechtes entsprochen wird. Das im § 867 Abs. 2 ZPO. enthaltene, erst seit dem 1. Januar 1900 wirksame Verbot steht der Eintragung einer Gesamt-Zwangs-Hypothek an der Stelle und mit dem Range der Vormerkung nicht entgegen. Zur Umschreibung einer nach § 6 Abs. 3 ZVG. v. 1883 aus vollstreckbaren Urkunden und Vergleichen eingetragenen Vormerkung in eine Hypothek bedarf es eines neuen, endgültig vollstreckbaren Titels, der bei einem Wechsel im Eigentum auch gegenüber dem jeweilig eingetragenen Eigentümer ergangen sein muß, oder der Bewilligung des gegenwärtigen Eigentümers. In dem Falle des § 7 das. erfolgt die Umschreibung ohne Rücksicht auf einen Wechsel des Eigentümers auf Vorlegung einer unbeschränkt vollstreckbaren Ausfertigung des bereits für eine nur vorläufig oder gegen Sicherheitsleistung vollstreckbare Forderung erteilten Schuldtitels. (KG. JW. 22 S. A 178; vgl. auch Turnau II S. 337.)

9. **Vormerkungen** werden **gelöscht** auf Bewilligung, freiwillig erteilte oder durch Urteil ersetzte, desjenigen, zu dessen Sicherung sie eingetragen sind (GBO. § 19). § 875 BGB. findet keine Anwendung. Diese Bewilligung genügt, und es bedarf auch dann nicht der Zustimmung des Eigentümers (BGB. § 1183, GBO. § 27), wenn die Löschung einer Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld in Frage steht; denn ein solcher Anspruch eignet sich nicht zur Eigentümerhypothek (Sekler S. 157; a. M. Böhm S. 49 Nr. 2; vgl. Anm. g S. 199). Die Bewilligung der Löschung wird nach § 894 ZPO. durch ein rechtskräftiges, den Berechtigten dazu verurteilendes Urteil ersetzt. Im Anschluß an das bisherige preuß. Recht (AG. z. ZPO. v. 24. März 1879 § 19; vgl. Anm. I 1 S. 209 f.) bestimmt § 25 GBO., daß es zur Löschung einer auf Grund einer einstw. Verfügung eingetragenen Vormerkung nicht der Bewilligung des Berechtigten bedarf, wenn die einstw. Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist (vgl. Bd II Anm. zu § 25 GBO.). Die behufs Löschung vorzulegende Ausfertigung des Urteils oder Beschlusses muß mit der Vollstreckungsklausel (ZPO. §§ 724, 725) versehen sein (KG. Rsp. 3 S. 4, Sekler S. 272, Fuchs 1 S. 135 Nr. 10 c). Löschung von Amts wegen findet bei den von Amts wegen eingetragenen Vormerkungen nach § 18 Abs. 2, § 76 Abs. 2. GBO. statt (vgl. Nr. 10). Zuständige Behörden sind nach § 39 GBO. auch zum Ersuchen um Löschung einer Vormerkung befugt.

Die Löschung einer vom Eigentümer bewilligten Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung kann durch eine von den Kontrahenten von vornherein getroffene Vereinbarung erleichtert werden. Wird nämlich bei Bewilligung der Eintragung der Vormerkung bestimmt, daß sie auf den einseitigen Antrag des Veräußerers mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts — nach Ablauf des für die Auflassung bestimmten Termins — gelöscht werden soll, so ist dadurch der Veräußerer für den Fall, daß sich das Geschäft zerschlägt, in den Stand gesetzt, die Löschung der Vormerkung zu bewirken, ohne erst gegen den Erwerber klagen zu müssen (vgl. § 24 GBO.; a. M. Seckler S. 274). Dem Erwerber wird dadurch nicht zu nahe getreten, da er innerhalb der Frist durch einstw. Verfügung die Eintragung einer neuen Vormerkung erlangen kann. Die Verabredung kann so gefaßt werden: „Der Verkäufer bewilligt, daß für den Käufer eine Vormerkung zur Erhaltung seines Rechtes auf Auflassung in das Grundbuch dahin eingetragen wird, daß der Käufer berechtigt ist, die Auflassung am 17. Juli 1903 zu verlangen. Die Vormerkung soll aber auf den einseitigen Antrag des Verkäufers nach Ablauf des 24. Juli 1903 wieder gelöscht werden, wenn bis dahin die Auflassung nicht erfolgt."

Die Vorschriften des bisherigen preuß. Rechtes, wonach Vormerkungen auf Ersuchen des Prozeßrichters gelöscht werden konnten (EigG. §§ 8, 16, 59, GBO. § 117), sind nicht beibehalten.

Den Antrag auf Löschung der Vormerkung kann sowohl der Verpflichtete als der Berechtigte stellen (GBO. § 13 Abs. 2), und zwar in privatschriftlicher Form, wenn die beglaubigte Bewilligung des Berechtigten oder das ihn dazu verurteilende rechtskräftige

Urteil oder der vollstreckbare Beschluß (vgl. Abs. 1 dieser Anm.) beigelegt wird (GBO. §§ 29, 30). Läßt der Berechtigte die Vormerkung löschen, so verliert er dadurch nicht seinen durch die Vormerkung gesicherten Anspruch gegen den Verpflichteten, sondern wird nur der durch die Vormerkung erhaltenen besonderen Sicherung verlustig. Ist nach Lage der Sache anzunehmen, daß der Berechtigte ohne Zustimmung des Verpflichteten die in der Vormerkung liegende Sicherheit nicht solle aufgeben dürfen, so gibt die dennoch aus Arglist vorgenommene Löschung dem Berechtigten nicht nur keinen Anspruch auf Schadenersatz, sondern er macht sich je nach den Umständen dem Verpflichteten gegenüber schadenersatzpflichtig. (Vgl. Anm. β S. 189 und Sekler S. 211 Nr. 4).

10. In der GBO. wird für zwei Fälle die Eintragung einer Vormerkung angeordnet. Wird vor der Erledigung eines Antrags, die nicht vor der Hebung eines Hindernisses erfolgen kann, eine andere Eintragung beantragt, durch die dasselbe Recht betroffen wird, so ist zugunsten des früher gestellten Antrags von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch einzutragen (§ 18 Abs. 2). Ferner kann das Beschwerdegericht vor der Entscheidung über die Beschwerde durch eine einstweilige Anordnung dem Grundbuchamt aufgeben, eine Vormerkung oder einen Widerspruch einzutragen (§ 76). In beiden Fällen wird die Vormerkung oder der Widerspruch von Amts wegen gelöscht, im ersteren, wenn der früher gestellte Antrag zurückgewiesen wird, im anderen, wenn die Beschwerde zurückgenommen oder zurückgewiesen ist (§§ 18 Abs. 2, 76 Abs. 2). Diese besondere Art von Vormerkungen steht nicht unter den Vorschriften des § 885 BGB.

11. Vgl. § 14 Abs. 2 KO. in Anm. 3 S. 155.

§ 886.

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

I. Einreden und Einwendungen. Der Einredebegriff des materiellen Rechtes deckt sich nicht mit dem des Prozeßrechts. Nach den heutigen Beweisgrundsätzen fällt, da die Aufgabe des Klägers in Ansehung der Klagebegründung lediglich darin besteht, die Tatumstände darzulegen, die den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruchs nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge rechtfertigen, in den Bereich der prozessualen Einrede jedes Anführen, das, ohne die Richtigkeit der Klagetatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Tatsachen entgegentritt, und zu diesen Tatsachen gehören nicht bloß die, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klaganspruchs ausschließen, sondern auch die, welche ergeben, daß der Anspruch, der Klagetatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen sei. Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur Umstände der ersten Art, d. h. solche Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach (dilatorische Einreden), sei es für immer (peremptorische Einreden) verweigern zu dürfen. Die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen entziehen mit und durch ihren Eintritt dem Rechte seinen Bestand; gegen ein nicht oder nicht mehr vorhandenes Recht bedarf es materiell keiner Verteidigung. Wirtschaftlich ist allerdings ein Anspruch, dem eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, einem nicht oder nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwertig. Rechtlich besteht aber eine erhebliche Verschiedenheit, die namentlich in zweifacher Hinsicht von praktischer Bedeutung ist. Einmal kann die Einrede, namentlich infolge Verzichts, wegfallen, und dann kann der Anspruch, ohne daß es, wie bei dem von Rechtswegen aufgehobenen Anspruch, einer Wiederholung von Begründungstatsachen bedarf, wieder geltend

gemacht werden. Sodann wirkt die Einrede nur, wenn der Verpflichtete ſich auf ſie beruft. Rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatſachen müſſen von dem Richter berückſichtigt werden, nicht bloß wenn der Beklagte ſie geltend macht, ſondern auch dann, wenn ſie durch den Vortrag des Klägers in das Streitmaterial gelangen. Einredetatſachen können dagegen, auch wenn ſie im Streitmateriale liegen, richterliche Beachtung nur finden, wenn der Beklagte ſie durch Anrufung in Wirkſamkeit ſetzt. (Mot. I S. 359; Planck 1 S. 48; Küntzel in Gruch. 41 S. 436.)

Im BGB. wird der Begriff der materiellrechtlichen Einrede feſtgehalten. Dieſe Einrede wird ſchlechthin als „Einrede“ bezeichnet (vgl. BGB. §§ 390, 768, 1137, 1138, 1157, 1211). Ihre Wirkung wird dadurch ausgedrückt, daß der Verpflichtete berechtigt iſt, die Leiſtung zu verweigern (vgl. § 222). Durch die Einrede wird entweder die Geltendmachung des Anſpruchs dauernd ausgeſchloſſen (vgl. §§ 813, 886, 1169, 1254), z. B. durch die Einrede der Verjährung (§ 222) oder durch die Einrede, daß die Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund eingegangen iſt (§ 821); oder es wird dadurch der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leiſtung berechtigt (§ 202 Abſ. 1), z. B. durch die Einrede der Stundung (vgl. §§ 452, 509), der nicht bewirkten Gegenleiſtung (§ 320), des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 803, 1000), der mangelnden Sicherheitsleiſtung (§ 321), der Vorausklage (§ 771). In einzelnen Fällen wird der Anſpruch, dem ein Einwand entgegenſteht, ſo angeſehen, als wenn er nicht beſtände (vgl. §§ 390, 813); in anderen hat der Schuldner, dem dauernd eine Einrede zuſteht, die Befugnis, die Aufhebung des durch die Einrede betroffenen Rechtes zu verlangen (§§ 886, 1169, 1254). Einrede und Anfechtung ſtehen inſofern unter den gleichen Grundſätzen, als auf beide verzichtet werden kann und als beide nur, wenn geltend gemacht, berückſichtigt werden dürfen. Sie unterſcheiden ſich dadurch, daß die Anfechtung ein einſeitiges, den Anfechtenden bindendes Rechtsgeſchäft iſt, das ſowohl im Prozeß als außerhalb erfolgen kann (§ 143), ſowie dadurch, daß mit der Anfechtung der Anſpruch aufgehoben iſt (§ 142), während die Einrede nur im Prozeſſe mit Erfolg geltend gemacht werden kann und ſich nicht gegen den Beſtand des Anſpruchs, ſondern gegen ſeine Durchführung richtet (Mot. I S. 360).

Wo im BGB. die prozeſſuale, die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatſachen mit begreifende Einrede gemeint iſt, z. B. die Einrede der Erfüllung (§ 362), der Hinterlegung (§ 372), der Aufrechnung (389), des Erlaſſes (§ 397), des Eintritts einer Reſolutivbedingung oder eines Endtermins (§§ 158, 163), wird der Ausdruck „Einwendung“ gebraucht (vgl. §§ 334, 404, 417, 774, 784, 796, 986 Abſ. 2, 1344, 1435).

Der Ausdruck „Einwendung“ kommt im Sachenrechte des BGB. nur einmal vor (§ 986 Abſ. 2); im übrigen finden ſich darin nur Beſtimmungen über die Zuläſſigkeit von Einreden. Dies erklärt ſich daraus, daß mit der Einwendung von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatſachen, wenn ſie ſich gegen das geltend gemachte dingliche Recht richtet, der Beſtand dieſes Rechtes ſelbſt verneint und, wenn ſie ſich bei der Hypothek gegen das Entſtehen oder Beſtehen der Forderung richtet, das Gläubigerrecht des Klägers in Frage geſtellt wird (vgl. § 1163). Solche Einwendung fällt alſo überhaupt nicht in den Bereich der Einrede, ſondern ſtellt ſich als Verneinung der Klagetatſachen oder des daraus gezogenen Schluſſes dar. In ſolchen Fällen iſt der Inhalt des Grundbuchs unrichtig und dies hat zugleich die poſitive Wirkung, daß deſſen Berichtigung nach § 894 verlangt werden kann. Da ſich die Zuläſſigkeit von Einwendungen rechtshindernder und rechtsvernichtender Tatſachen aus anderweiten Beſtimmungen von ſelbſt ergibt, iſt deren ausdrückliche Zulaſſung für entbehrlich erachtet. Vgl. auch Anm. A I 2 zu 1137.

II. 1. Wie im § 1169 in Anſehung der Hypothek und im § 1254 inbezug auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen, wird im § 886, der bei der 2. Leſung ohne Widerſpruch aufgenommen iſt (Prot. III S. 741 H, 748 G, Bd VI S. 222 XI), eine Wirkung der Einreden beſtimmt, durch welche die Geltendmachung des durch Vormerkung geſicherten Anſpruchs dauernd ausgeſchloſſen wird.

2. Einer besonderen Bestimmung über die Wirkung der Einwendungen bedurfte es nicht. Es ist schon unter I bemerkt, daß durch eine sich auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gründende Einwendung der Anspruch und damit die ihn sichernde Vormerkung hinfällig wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Anspruch wegen Wuchers nichtig oder wegen Betrugs, Drohung, Irrtums mit Erfolg angefochten ist. Das Grundbuch wird dadurch, daß die Vormerkung der Einwendung ungeachtet eingetragen wird oder bleibt, unrichtig; freilich nicht im Sinne des § 894, der auf Vormerkungen keine Anwendung findet. Der durch die Vormerkung Beeinträchtigte bedarf weder des Schutzes des § 886 noch des § 894, da ihm die Negatorienklage oder die negative Feststellungsklage zur Verfügung steht, durch die er von dem Vorgemerkten und dessen Rechtsnachfolgern die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung verlangen kann. Der Rechtsnachfolger des Vorgemerkten kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, das die Einwendung nicht kundgibt, nicht berufen, weil er den vorgemerkten Anspruch nur so, wie er besteht, also auch mit den gegen ihn begründeten Einreden erwirbt. Dieser Berichtigungsanspruch steht einem jeden zu, dessen Recht durch die Vormerkung beeinträchtigt wird, also nicht allein dem, gegen den die Vormerkung ursprünglich gerichtet war, sondern auch dem, welchem von diesem ein Recht eingeräumt ist, das gleichfalls den Wirkungen der Vormerkung unterliegen würde. Betrifft die Vormerkung z. B. die Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer Buchhypothek und erweist sich dieser Anspruch als wirkungslos, so kann nicht nur der von der Vormerkung unmittelbar betroffene Gläubiger, sondern auch der, welcher von diesem ein Recht auf die Hypothek (durch Verpfändung, Abtretung, Rangänderung) erworben hat, die Löschung der Vormerkung von dem Vorgemerkten fordern. (Vgl. Sekler S. 275. A. M. Fuchs S. 136 Nr. 2, 3.) Der Anspruch auf Beseitigung kann nicht durch Eintragung eines Widerspruchs (§ 899 BGB.) gesichert werden (vgl. S. 199 Lit. f).

Ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung einer Parzelle eingetragen, soweit der durch die Vormerkung Betroffene Eigentümer der Parzelle ist, so kann dieser die Löschung der Vormerkung verlangen, wenn ihm nicht ein Sondereigentum an der Parzelle, sondern nur ein Anteil an einer im Eigentum zur gesamten Hand stehenden Vermögensmasse, zu der die Parzelle gehört, zusteht (RG. V 280. 03).

3. Anders stellt sich die Sache, wenn dem von der Vormerkung Betroffenen nicht eine Einwendung, sondern eine Einrede zusteht. Auch hier wird durch die Eintragung der Vormerkung das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, abgesehen von dem durch die Vormerkung gewährten Schutze (§ 883 Abs. 2), nicht verändert. Der Verpflichtete behält insbesondere die gegen den Anspruch begründeten Einreden. Aber auch wenn die Einrede eine solche ist, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, wie z. B. die Einrede der Verjährung (vgl. Anm. II 2 zu § 902 und Denkschr. S. 182), so bewirkt sie doch nicht die Aufhebnng des vorgemerkten Anspruchs.[1] Das Grundbuch wird daher infolge der Einrede nicht unrichtig; der von der Vormerkung Betroffene hat keinen Berichtigungsanspruch, für die Anwendung des § 22 GBO. und für die Eintragung eines Widerspruchs fehlt die Voraussetzung. Da aber der vorgemerkte Anspruch der Einrede wegen niemals geltend gemacht werden kann, so ist die Vormerkung bedeutungs- und inhaltlos nnd der Vorgemerkte hat an ihrer formalen Aufrechterhaltung kein berechtigtes Interesse. Deshalb gibt § 886 dem von der Vormerkung Betroffenen die Befugnis, von dem Vorgemerkten die Beseitigung der Vormerkung zu verlangen. Um die Vormerkung zu beseitigen, muß der Vorgemerkte ihre Löschung nicht nur bewilligen, sondern auch durch Stellung des Löschungsantrags herbeiführen (Planck 3 S. 123 Nr. 5, Sekler S. 277, Biermann WW. S. 220.) Handelt es sich um die Löschung der Vormerkung einer Hypothek, so bedarf es der Zustimmung des Eigentümers (vgl. BGB. § 1183, GBO. § 27) nicht, da der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch

[1] Darüber, ob durch die Eintragung einer Vormerkung die Verjährung des durch sie gesicherten Anspruchs unterbrochen wird, vgl. Reichel S. 82—87.

nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein kann. Hat der Vorgemerkte seinen Anspruch abgetreten, so ist auch sein Zessionar verpflichtet, die Vormerkung zu beseitigen, ohne daß er sich auf den Glauben des Grundbuchs berufen darf. Dieselbe Verpflichtung hat der Konkursverwalter, wenn über das Vermögen des Vorgemerkten der Konkurs eröffnet ist; da die Konkursgläubiger an dem Fortbestande der Vormerkung so wenig ein Interesse haben können, als der Vorgemerkte selbst. Die Befugnis des § 886 steht nicht nur dem zu, gegen den die Vormerkung gerichtet ist, sondern auch seinem Rechtsnachfolger, insbesondere dem Dritten, zu dessen Gunsten eine Verfügung getroffen ist, die nach § 883 Abs. 2 unwirksam sein würde (RG. E. 53 S. 28).

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage (z. B. Werkvertrage) für den Anspruch des einen Teiles eine Vormerkung auf ein Grundstück des anderen Teiles eingetragen, so kann der letztere gegenüber der wider ihn erhobenen Leistungsklage verlangen, nur Zug um Zug gegen Einwilligung des klagenden Teiles in die Löschung der Vormerkung zur Leistung verurteilt zu werden, da die beiderseitigen Leistungen im Gegenseitigkeitsverhältnisse (in Gemäßheit des § 320 BGB.) stehen. Danach ist von einem Zurückbehaltungsrechte im Sinne der §§ 273, 274 nicht die Rede. Auch greift § 894 nicht Platz. Das Ergebnis ist das nämliche wie im Falle des § 1144 (RG. E. 56 S. 251).

4. Auch die Vormerkung allein kann durch Löschung aufgehoben werden, ohne daß der durch sie gesicherte Anspruch in seinem Fortbestande davon berührt wird. Dies geschieht, wenn der Vorgemerkte darauf verzichtet, daß sein Anspruch durch die Vormerkung gesichert bleibt, und die Löschung der Vormerkung bewilligt, oder wenn die Vormerkung, die zufolge einer einstw. Verfügung oder auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragen ist, dadurch ihre Berechtigung verliert, daß die gerichtliche Anordnung, auf der sie beruht, durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist. Vgl. darüber S. 221 f. Nr. 9 und Bd II § 25 GBO. mit Anm.

5. Durch die Löschung verliert die Vormerkung jede Wirkung auch dann, wenn die Löschung, weil ihr die notwendigen Unterlagen fehlten, zu Unrecht erfolgt ist. Denn die Vormerkung wirkt nur durch ihre Eintragung im Grundbuche; wie vor ihrer Eintragung hat sie auch nach ihrer Löschung keine rechtliche Bedeutung. Da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück ist, findet der § 875 BGB. darauf nicht Anwendung (Planck 3 S. 123 Nr. 7; Biermann WB. S. 221; a. M. Predari S. 210 Nr. 4, Sekler S. 273, Fuchs S. 135 Nr. 10). Ist die Vormerkung, wenn auch ohne Aufhebungserklärung des Vorgemerkten, gelöscht, so ist sie erloschen und es bleibt kein Recht zurück, dessen Erlöschen erst mit der Verjährung des Anspruchs des Berechtigten gegen den Eigentümer nach § 901 erfolgen könnte. Deshalb schadet auch die Kenntnis von einer zu Unrecht erfolgten Löschung dem Erwerber eines Rechtes nicht, das mit der Vormerkung, wenn sie noch eingetragen wäre, im Widerspruche stehen würde. Gegen einen solchen Erwerber, zu dessen Gunsten eine Eintragung, die dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam war, durch die zu Unrecht erfolgte Löschung der Vormerkung Wirksamkeit erlangt hat (vgl. S. 204 Nr. 8 und Anm. III 2 a zu § 892), steht dem Vorgemerkten zwar kein Berichtigungsanspruch zu, da durch die Löschung der Vormerkung das Grundbuch nicht unrichtig geworden ist, aber es gebührt ihm der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung nach den §§ 816 ff. BGB. (vgl. Anm. V zu § 892). Vgl. Biermann WB. S. 224 und Bongartz S. 68. Auch dies ist jedoch zweifelhaft. Wenn die Vormerkung kein Realanspruch ist, begründet die Kenntnis des Erwerbers des Rechtes, das durch die Vormerkung betroffen war, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt sei, keinen Bereicherungsanspruch (vgl. RG. E. 57 S. 277).

6. Unbedenklich kann der § 886 auch dann angewendet werden, wenn der vorgemerkte Anspruch infolge einer Einrede nur *zum Teil* dauernd ausgeschlossen wird. Wird z. B. der ein ganzes Grundstück betreffende vorgemerkte Auflassungsanspruch nachträglich auf einen Teil des Grundstücks eingeschränkt, oder wird der vorgemerkte Anspruch auf Eintragung einer auch ein Wohnungsrecht umfassenden persönlichen Dienstbarkeit hinterher um das Wohnungsrecht gemindert, so kann der durch die Vormerkung betroffene Eigentümer

von dem Vorgemerkten verlangen, daß er die Vormerkung zu ihrem erloschenen Teile beseitige. Die Vormerkung wird dann insoweit gelöscht, als sie den erloschenen Teil des Anspruchs betrifft. (Reichel, Umschreibung S. 45 ff.)

§ 887.

Ist der Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung.

1. „Da die Eintragung einer Vormerkung dem Verpflichteten weitere Verfügungen über das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht erschwert, so muß ihm, wenn der Gläubiger unbekannt und infolgedessen die Vormerkung zwecklos geworden ist, die Möglichkeit gegeben werden, die Vormerkung durch Ausschluß des Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens zum Erlöschen zu bringen (§ 887). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Aufgebots und das Verfahren sind übereinstimmend mit den Vorschriften geregelt, die für die Ausschließung eines unbekannten Hypothekengläubigers nach § 1170 gelten." (Denkschr. S. 182.) Vgl. Anm. 7 zu § 1170. Der § 887 bezieht sich auf alle Arten von Vormerkungen des BGB., wird auch anzuwenden sein bei den Vormerkungen nach § 895 ZPO. und nach §§ 18, 76 GBO. (Sekler S. 278).

2. Das Ausschlußurteil hat lediglich die Wirkung, daß die Vormerkung erlischt. Dazu bedarf es der Löschung nicht, die jedoch unter Vorlegung des Ausschlußurteils herbeigeführt werden kann (GBO. § 22). Von einem Übergange des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf den Eigentümer oder den Berechtigten, wie er mit der Erlassung des Ausschlußurteils bei der Hypothek nach § 1170 Abs. 2 eintritt, kann nicht die Rede sein. Durch das Ausschlußurteil wird nur die Vormerkung betroffen, der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch wird dadurch nicht berührt. (Vgl. Predari S. 209 f. Nr. 3.)

§ 888.

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist.

I. 1. Sobald der durch Vormerkung gesicherte Anspruch endgültig festgestellt ist, verlieren alle ihn benachteiligenden Verfügungen und die auf Grund derselben erworbenen Rechte gegenüber dem Vorgemerkten ihre Wirksamkeit. Auf welchem Wege diese Folgen im Grundbuch ersichtlich gemacht werden können, darüber fehlte bisher in Preußen eine ausdrückliche Vorschrift. Über die Praxis vgl. Turnau I S. 272.

2. Der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung eingetragen ist, muß gegen den persönlich Verpflichteten geltend gemacht werden und dieser muß nach Feststellung desselben durch Anerkenntnis oder Urteil die zu dessen Durchführung erforderlichen Erklärungen (Auflassung, Abtretung ꝛc.) grundbuchmäßig abgeben. Dazu aber ist der Verpflichtete nicht mehr in der Lage, wenn er das Grundstück oder Recht veräußert hat. Daß durch solche Verfügungen der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht vereitelt wird, ist im § 883 Abs. 2 bestimmt. Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie der Berechtigte seinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums ꝛc. gegenüber dem Erwerber des Grundstücks oder Rechtes zur Durchführung bringen soll, fehlte im Entw. I und ist erst bei der 2. Lesung durch Aufnahme des § 888 getroffen. Es war beantragt, diese Frage durch folgende Bestimmung zu regeln: „Wird das — mit der Vormerkung — belastete Grundstück veräußert, so kann der Gläubiger von dem neuen Eigentümer die Verschaffung des Rechtes verlangen, auf dessen Verschaffung die Forderung gerichtet ist." Dadurch sollte dem Gläubiger neben seinem persönlichen Anspruche gegen den ursprünglichen Schuldner ein neuer direkter Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer gegeben werden.

der allerdings seinem Inhalt und Umfange nach durch das ursprüngliche Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und seinem persönlichen Schuldner bestimmt werde, übrigens aber selbständig sei. Der Eigentümer sollte aber nur aus dem Grundstücke haften und die Haftung des jeweiligen Eigentümers mit dem Erlöschen seines Eigentums aufhören. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Dagegen wurde ein Antrag angenommen, der folgenden Standpunkt einnahm: „Der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung bestimmt ist, soll immer — also auch nach der Veräußerung des Grundstücks oder Rechtes — gegenüber dem ursprünglichen Schuldner geltend gemacht werden und dieser soll verpflichtet sein, die Übertragung des Eigentums ꝛc. vorzunehmen. Da aber der bisherige Eigentümer die Übertragung des Rechtes grundbuchmäßig nicht mehr bewirken kann, hat der neue Eigentümer seine Zustimmung zu der Rechtsänderung nach Maßgabe der vor seinem Erwerb eingetragenen Vormerkung zu geben. Der Gläubiger muß also, um zu seinem Rechte zu gelangen, die Erklärung des persönlichen Schuldners und die grundbuchmäßige Zustimmung des eingetragenen Eigentümers beibringen. Eine persönliche Verpflichtung des Eigentümers in Ansehung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs besteht nicht, abgesehen davon, daß sich der Eigentümer durch schuldhafte Vereitlung des Rechtes verantwortlich machen würde." Es wurde bemerkt: Um der Praxis, in welcher bei der Frage, wie der Gläubiger sein Recht gegen den eingetragenen Eigentümer zur Durchführung zu bringen habe, Schwierigkeiten hervorgetreten seien, durch eine Entscheidung im Gesetze zu Hilfe zu kommen, müsse der Berichtigungsanspruch des § 894 in dem Sinne erweitert werden, daß der Gläubiger vom eingetragenen Eigentümer die grundbuchmäßige Zustimmung zur Realisierung seines Rechtes, dessen Verschaffung übrigens von dem persönlichen Schuldner zu verlangen sei, fordern könne; um Mißverständnisse abzuschneiden, werde man aber diesen Satz nicht nur für die Vormerkung, sondern überhaupt für jedes Veräußerungsverbot, soweit dasselbe ein im Grundbuch eingetragenes Recht betreffe, auszusprechen haben. (Prot. III S. 740—746.)

II. 1. Die Eintragung, „welche zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist", also die endgültige Eintragung oder Löschung an Stelle der Vormerkung, kann nur erfolgen, wenn sie 1) von dem persönlich verpflichteten Schuldner, gegen den die Vormerkung gerichtet war, *bewilligt* worden ist, sei es, daß dieser die Einwilligung freiwillig erteilt hat oder daß sie gegen ihn durch Urteil im Prozeßwege rechtskräftig erstritten ist (ZPO. § 894); und wenn 2) auch die *Zustimmung* des Erwerbers des Rechtes, welches „gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist", zur endgültigen Eintragung dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Der Gläubiger, der die Umschreibung der Vormerkung durchsetzen will, kann nicht etwa den neuen Erwerber (2) zur Beschaffung der erforderlichen Bewilligung des ihm persönlich verpflichteten Schuldners (1) in Anspruch nehmen, es ist vielmehr seine Sache, sich selbst und direkt an diesen zu halten. Von dem neuen Erwerber kann er nichts weiter beanspruchen, als die Zustimmung zu der Eintragung, die auf Grund der zu 1 bezeichneten Bewilligung erfolgen soll (RG. E. 53 S. 28.)

2. Die Erläuterung des § 888 soll an die Durchführung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücks, wie sie sich ohne Streit und im Streitfalle gestaltet, angeknüpft werden. In dem hier vorausgesetzten Falle hat der Eigentümer sein Grundstück verkauft und zur Sicherung des Käufers eine Vormerkung eintragen lassen, dann aber das Grundstück an einen Dritten aufgelassen, der nach seiner Eintragung als Eigentümer eine Hypothek auf dem Grundstücke hat eintragen lassen.

Ist der Anspruch *unstreitig* und infolgedessen die Vormerkung auf Bewilligung des Verkäufers eingetragen, so pflegt die Auflassung meist um deswillen hinausgeschoben zu sein, weil der Anspruch bedingt oder betagt ist oder weil der Auflassung Hindernisse entgegenstehen. Nach Eintritt der Bedingung oder des Tages oder nach Beseitigung der Hindernisse hat der Verkäufer dem Käufer das Grundstück in dem rechtlichen Zustand aufzulassen, in dem es sich nach Inhalt des Vertrags befinden muß. Zu diesem Zwecke hat der Verkäufer dem Käufer das Grundstück nach § 925 aufzulassen, dabei aber, da nicht er, sondern ein Dritter als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (§ 40 GBG.), seine Berechtigung zur Auflassung durch Vorlegung einer in der Form des § 29 GBO. ausgestellten Zustimmungserklärung des Dritten nachzuweisen (BGB. § 185 Abs. 1). Die

Anwesenheit des Dritten bei der Auflassung vor dem Grundbuchamt ist entbehrlich. Daß aber auch der Dritte die dem Veräußerer obliegende Auflassung vornehmen und dadurch den letzteren befreien kann, ergibt sich aus § 267 BGB. (Planck 3 S. 127 Nr. 2 a; Biermann WB. S. 218 III, Predari S. 203, Sekler S. 184). Die Einwilligung des Veräußerers ist zwar nicht erforderlich (a. M. Böhm S. 44 Nr. III A), der Dritte wird sich jedoch nur dann zur Auflassung verstehen, wenn er vom Veräußerer dazu beauftragt ist oder seine Genehmigung erhalten hat. Um den bei Eintragung der Vormerkung vorhanden gewesenen Zustand des Grundbuchs wiederherzustellen, bedarf es noch der Löschung der später eingetragenen Hypothek. Dazu genügt der Antrag des nunmehr als Eigentümer eingetragenen Käufers und die beglaubigte Löschungserklärung des Hypothekars. Die unter Verletzung des vorgemerkten Anspruchs eingetragene Hypothek kann der Käufer nicht ungelöscht als Eigentümerhypothek verwerten, es sei denn, daß der Gläubiger auf seine Hypothek verzichtet hat, womit die Voraussetzung der Eigentümerhypothek gegeben ist (BGB. § 1168; Predari S. 204 Lit. A 9; a. M. Sekler S. 174). Geht der vorgemerkte Anspruch auf Bestellung eines Rechtes am Grundstücke, so ist neben der Zustimmung des neuen Eigentümers nicht die der später eingetragenen Realberechtigten erforderlich (§ 883 Abs. 3; Fuchs Anm. 2 zu § 888, Biermann WB. S. 207 Nr. 1; a. M. Planck Anm. 2 b zu § 888 und Predari S. 204). Betrifft die Vormerkung ein eingetragenes Recht, so ist die Zustimmung aller erforderlich, die nach Eintragung der Vormerkung ein Recht an diesem Rechte erworben haben. Über den Fall, wenn das betroffene Recht an einem Rechte inzwischen gelöscht ist, vgl. S. 219 Nr. 8. Vgl. über Einzelheiten Sekler S. 184—199.

Ist über das Vermögen des Verkäufers nach Eintragung der Vormerkung der Konkurs eröffnet, so kann der Käufer von dem Konkursverwalter die Auflassung verlangen. (KO. § 24; vgl. Lit. i S. 200). Ist der Verkäufer gestorben, so muß an dessen Stelle der Erbe oder Nachlaßpfleger oder der Nachlaßverwalter oder der Nachlaßkonkursverwalter (vgl. Anm. II 2 Abs. 2 S. 206 f.) oder der zur Verwaltung des Nachlasses befugte Testamentsvollstrecker (§ 2213) die erforderlichen Erklärungen abgeben.

Ist der Anspruch des Käufers **bestritten** und demzufolge die Vormerkung auf Grund einer einstw. Verfügung eingetragen, so hat der Käufer innerhalb der ihm auf Antrag des Verkäufers bestimmten Frist (ZPO. §§ 926, 936, 942) Klage in der Hauptsache zu erheben mit dem Antrage, den Verkäufer zur Auflassung des Grundstücks und zu dessen Befreiung von der später darauf eingetragenen Hypothek zu verurteilen. Der Antrag muß auch dann so gestellt und beibehalten werden, wenn das Grundstück vom Verkäufer an einen Dritten aufgelassen ist oder wird. Gegen den dritten Erwerber des Grundstücks steht dem Käufer der Vormerkung ungeachtet kein Anspruch auf Erteilung der Auflassung zu, da dieser durch den Kaufvertrag begründet, dabei aber der Dritte als Vertragsgenosse nicht beteiligt ist und das Gesetz dem Käufer einen neuen direkten Anspruch auf Auflassung gegen den nach der Vormerkung eingetragenen Eigentümer nicht gibt (vgl. Anm. I 2 S. 226). Hat der Käufer gegen den Verkäufer ein seinem Klagantrag entsprechendes rechtskräftiges Urteil erlangt, so wird damit sowohl die Eintragung des neuen Eigentümers als auch die von diesem bestellte Hypothek ihm gegenüber unwirksam, da durch sie sein vorgemerkter Anspruch auf Auflassung beeinträchtigt wird (BGB. § 883 Abs. 2). Jetzt tritt das ihm durch § 888 verliehene Recht in Wirksamkeit. Auf Grund des gegen den Verkäufer ergangenen rechtskräftigen Urteils kann er von dem neuen Eigentümer die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer und von dem nach der Vormerkung eingetragenen Hypothekar die Zustimmung zur Löschung der Hypothek verlangen, ohne Unterschied, ob die Verfügungen, auf denen die Eintragungen beruhen, vom Verkäufer selbst oder von dem nach Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen bestellten Konkursverwalter herrühren oder im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung erfolgt sind (§ 883 Abs. 2 S. 2). Werden die Zustimmungserklärungen verweigert, so kann deren Erteilung durch die rechtskräftige Verurteilung des neuen Eigentümers und des Hypothekars nach § 894 ZPO. ersetzt

werden. Hiermit ist der regelmäßige Verlauf dargestellt. Der vorgemerkte Käufer kann den neuen Eigentümer und den Hypothekar auch ohne den Nachweis, daß die Einwilligung des persönlich verpflichteten Verkäufers erteilt oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, auf Erteilung seiner Zustimmung in Anspruch nehmen, so daß es in seiner Wahl steht, ob er zuerst von dem Verkäufer die Einwilligung oder von dem neuen Eigentümer oder dem Hypothekar die Zustimmung verlangen will (RG. E. 53 S. 30, 35). Die Frage, ob der Käufer seine Ansprüche in einem Prozesse gegen den Verkäufer und gegen den neuen Eigentümer und den Hypothekar geltend machen kann, ist wohl zu verneinen, da eine Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 59, 62 ZPO. nicht vorliegt; das Gericht kann aber die mehreren Prozesse nach § 147 ZPO. miteinander verbinden, da die Ansprüche in rechtlichem Zusammenhange stehen (Biermann WB. S. 214 f., Predari S. 203). Bei der 2. Lesung ist die Aufnahme der Bestimmung abgelehnt, daß der neue Eigentümer gegen den Anspruch des Gläubigers aus der Vormerkung die dem persönlichen Schuldner und die nach § 770 BGB. einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen könne und daß im übrigen auf die Einreden des neuen Eigentümers die für die Einreden gegen den Anspruch des Hypothekengläubigers geltenden Vorschriften der §§ 1137 und 1138 entsprechende Anwendung finden. Dabei wurde von einer Seite bemerkt, daß Wissenschaft und Praxis wohl dahin kommen würden, dem neuen Eigentümer das Recht zuzugestehen, die dem Schuldner zustehenden Einreden geltend zu machen (vgl. Anm. I 3 e γ S. 189). Dies hat das Reichsger. (E. 53 S. 28; mit Planck, Biermann, Kober, Sekler, Fuchs, Predari, Bendix, gegen die Verfasser, Neumann und Reichel) als den richtigen, dem Gesetz entsprechenden Standpunkt anerkannt. Es hatte der Eigentümer, nachdem gegen ihn von einem Gläubiger im Wege der einstw. Verfügung eine Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund des § 648 BGB. zur Eintragung gebracht war, das von der Vormerkung betroffene Grundstück veräußert; der Gläubiger klagte gegen den neuen Eigentümer auf Erteilung seiner Zustimmung zur Eintragung einer Sicherungshypothek mit dem Range der Vormerkung, ohne daß er vorher die Bewilligung des bisherigen Eigentümers oder dessen rechtskräftige Verurteilung erlangt hatte. Das RG. hat sich, namentlich mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 1137, 888, dahin schlüssig gemacht: „daß dem neuen Eigentümer, wenn er auf Erteilung seiner Zustimmung aus § 888 BGB. in Anspruch genommen wird, auch Einreden aus den persönlichen der Vormerkung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse — einschließlich der Einreden des Bürgen aus § 770 — zustehen, um mit ihnen, der persönlich Verpflichtete mag die Bewilligung zur Eintragung des der Vormerkung entsprechenden Rechts freiwillig erteilt haben oder zu ihr rechtskräftig verurteilt sein, die Erteilung der Zustimmung zu verweigern." Der neue Eigentümer ist also nicht, wie hier früher angenommen wurde, auf die Einrede der Simulation oder der dolosen Kollusion (RG. E. 36 S. 249, JW. 1898 S. 209 Nr. 31) beschränkt. Der vom RGer. eingenommene Standpunkt ist sehr anfechtbar.

3. Ist das mit der Vormerkung beschwerte Grundstück nach Erhebung der Klage des Käufers gegen den Verkäufer auf Erteilung der Auflassung einem anderen zu Eigentum abgetreten, so kann — abweichend vom bisherigen Rechte; RG. E. 27 S. 237 — das gegen den Verkäufer ergangene Urteil nicht vollstreckt werden; denn durch die gegen den Verkäufer auf Grund seiner rein persönlichen Verpflichtung erhobene Klage wird das Grundstück nicht zu einer im Streit befangenen Sache (ZPO. §§ 265, 266, 325, 727; a. M. Othmer S. 111 XXV). Ist dagegen die Klage nach § 888 gegen den anderen, der das Grundstück vom Verkäufer erworben hat, gerichtet und dieser veräußert das Grundstück während des Prozesses, so wirkt das gegen den anderen ergehende Urteil auch gegen den zweiten Erwerber, wenn die Rechtshängigkeit im Grundbuch eingetragen oder ihm bekannt ist; denn hier wird aus der auf dem Grundstücke mit dinglicher Wirkung ruhenden Vormerkung geklagt und dadurch das Grundstück zu einer im Streite befangenen Sache. (Biermann WB. S. 215 Nr. 6, SR. S. 73 Nr. 6, Reichel S. 110, Sekler S. 199, 204, Bendix in Gruch. 49 S. 517;

Digitized by Google

a. M. Dernburg SR. § 51 Nr. 5 u. Fuchs S. 119 Nr. 15; gegen Fuchs vgl. Eccius in Gruch. 44 S. 765.)

4. Fuchs (S. 31, 112 β) vertritt die Ansicht, die Verfügungen des von der Vormerkung Betroffenen seien insoweit, als sie der Vormerkung zuwiderlaufen, als Verfügungen eines Unberechtigten objektiv (absolut) nichtig, so daß ihre Unwirksamkeit nicht nur von dem Vorgemerkten, sondern von jedem geltend gemacht werden könne. Auf die Unwirksamkeit einer Hypothek z. B., die entgegen einer Auflassungsvormerkung vom Eigentümer einem Dritten bestellt sei, könne sich nicht nur der zur Auflassung Vorgemerkte, sondern auch jeder Nachhypothekar berufen. Dies steht geradezu im Widerspruche mit § 883 Abs. 2, wonach eine Verfügung, die nach der Eintragung einer Vormerkung getroffen wird, nur insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch des Vorgemerkten beeinträchtigen oder vereiteln würde. Solange der Vorgemerkte jene Hypothek gelten läßt, bleibt sie wirksam, und genehmigt dieser die Hypothek, so gibt es niemand, der sie anfechten könnte. (Gegen Fuchs auch Biermann WB. S. 157, Predari S. 202 Anm. 10, Reichel S. 111, Planck 3 S. 116 Nr. 3 a, Seiler S. 173).

5. Über Veräußerungsverbote vgl. Anm. III 2 zu § 892. Zur Vervollständigung mag hier auf die Unterschiede zwischen Vormerkung und Veräußerungsverbot nach der Anleitung von Neumann (JW. 1902 S. 454) aufmerksam gemacht werden.

Die Vormerkung dient nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs (§ 883); das Veräußerungsverbot kann auch zum Schutze eines dinglichen Rechtes ergehen (Mot I S. 214; Planck 1 S. 244 Nr. 2). Die Vorm. kann neben der negativen auch eine positive Wirkung haben (Anm. a S. 196 f.). Das Veräuß. hat, abgesehen von dem durch § 888 geschaffenen Anspruch auf die positive Handlung der Zustimmung, stets nur die negative des Nichtdürfens; der vorgemerkte Anspruch kann sich zu einem dinglichen Rechte auswachsen, das Veräuß. erschöpft sich in seiner negativen Wirkung. Die Vorm. erlangt erst durch die Eintragung in das Grundbuch Wirkung (S. 204 Anm. 8), das Veräuß. wirkt auch ohne Eintragung gegen den mit ihm bekannten Erwerber (§ 892 Abs. 1 Satz 2); das absolute gesetzliche und das durch Rechtsgeschäft begründete Veräuß. bedürfen weder der Eintragung, noch sind sie eintragungsfähig. Die Vorm. kann auch auf die Bewilligung des von ihr Betroffenen eingetragen werden (§ 885), das Veräuß. nicht, da eine Verfügungsbeschränkung mit Wirkung gegen Dritte nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden, also auch durch Eintragung solche Wirkung nicht erlangen kann, sondern nur gegen den Verpflichteten wirksam bleibt (Anm. III 2 zu § 892). Zur Erlassung der einstweil. Verfügung, wodurch eine Vorm. angeordnet wird, bedarf es nicht der Glaubhaftmachung einer Gefährdung (§ 885 Abs. 1 Satz 2); zur Anordnung eines Veräuß. durch einstw. Verfügung muß auch die Gefährdung glaubhaft gemacht werden (ZPO. §§ 936, 920 Abs. 2). Die Vorm. wird erst durch Vollziehung der sie anordnenden einstw. Verfügung mittels Eintragung in das Grundbuch wirksam (ZPO. §§ 932, 936, 941); das Veräuß. tritt sofort mit seiner Zustellung an den von ihm Betroffenen in Kraft. Die Vorm. und ein Veräuß. der §§ 135, 136 BGB. verhindern die von ihnen Betroffenen nicht an der Verfügung über den Gegenstand, aber die Verfügungen sind gegenüber den durch die Vorm. oder das Veräuß. Geschützten, aber auch nur diesen gegenüber, unwirksam (BGB. § 883 Abs. 2, §§ 135, 136; S. 201 Anm. 1 und oben Nr. 3). Der § 878 BGB. gilt nur für Veräuß., nicht für Vorm., da diese erst mit ihrer Eintragung wirksam sind. Über die Wirkung der Vorm. im Konkurse vgl. S. 200 Anm. i. Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräuß. der §§ 135, 136 BGB. ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; wirksam bleibt eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme (KO. § 13). Der Konkursverwalter ist an ein Veräuß. der §§ 135, 136 nicht gebunden, mag dieses eingetragen oder dem Erwerber bekannt gewesen sein oder nicht; der Erwerber ist der Anfechtung des Verbotsberechtigten nicht ausgesetzt. Das zum Schutze eines persönlichen Anspruchs gegen den Gemeinschuldner ergangene Veräuß. der §§ 135, 136

ſowie das nur gegen den Gemeinſchuldner nach § 137 Satz 2 wirkſame auf Rechtsgeſchäft beruhende Veräuß. kann nur zu einer Konkursforderung berechtigen; das zum Schutze eines dinglichen Anſpruchs beſtehende Veräuß. begründet ein Abſonderungsrecht (KO. §§ 26, 47). Im Zwangsverſteigerungsverfahren ſind die Wirkungen des Veräuß. ſtärker als die der Vorm. Über die letzteren vgl. S. 200 Lit. h. Auch der durch ein Veräuß. Geſicherte gilt in dem Verfahren als Beteiligter (ZVG. § 9). Das Veräuß. der §§ 135, 136 BGB. iſt ein die Zwangsvollſtreckung hinderndes Recht (ZPO. § 772). Iſt es aus dem Grundbuch erſichtlich, ſo hat das Gericht gemäß § 28 ZVG. das Verfahren entweder ſofort aufzuheben oder einſtweilen einzuſtellen. Iſt es im Grundbuche nicht eingetragen oder, wenn eingetragen, vom Gerichte nicht berückſichtigt, ſo muß es angemeldet und durch Widerſpruchsklage geltend gemacht werden (ZPO. §§ 772, 771), widrigenfalls der Verbotsberechtigte nur auf den Verſteigerungserlös angewieſen iſt (ZVG. § 37 Nr. 5). Iſt der Zuſchlag unter Verſtoß gegen ein geſetzliches abſolutes Veräuß. (BGB. § 134) entgegen der Vorſchriften der § 100 Abſ. 4, § 83 Nr. 6 ZVG. erteilt, ſo iſt er nichtig (BGB. § 134) und das Eigentum geht auf den Erſteher nicht über, auch wenn keine Beſchwerde gegen den Zuſchlag eingelegt iſt.

Ein Hauptunterſchied mag durch ein Beiſpiel verdeutlicht werden. Wer einen Anſpruch auf Auflaſſung eines Grundſtücks hat, kann, wenn zu beſorgen iſt, daß durch eine Veränderung des beſtehenden Zuſtandes die Verwirklichung ſeines Anſpruchs vereitelt oder weſentlich erſchwert werden könnte, nach § 935 ZPO. durch einſtweil. Verfügung ein Veräußerungsverbot gegen den Auflaſſungspflichtigen auswirken. Dieſes Verbot wirkt, auch wenn es nicht im Grundbuch eingetragen iſt, gegen jeden, der davon Kenntnis hat (BGB. §§ 136, 135 Abſ. 2), es iſt jedoch den Konkursgläubigern gegenüber unwirkſam (KO. § 13). Erwirkt der Berechtigte zur Sicherung ſeines Anſpruchs durch einſtweil. Verfügung die Anordnung einer Vormerkung, ſo fehlt dieſer, ſolange ſie nicht durch Eintragung in das Grundbuch vollzogen iſt, jede Wirkung. Nach ihrer Eintragung wirkt ſie aber auch gegenüber den Konkursgläubigern; der Konkursverwalter muß den vorgemerkten Auflaſſungsanſpruch erfüllen (KO. § 24). Dasſelbe gilt, wenn die Eintragung der Vormerkung ohne einſtweil. Verfügung von dem Auflaſſungspflichtigen bewilligt iſt. Da eine Verfügungsbeſchränkung durch Rechtsgeſchäft nicht mit Wirkung gegen Dritte begründet werden kann (BGB. § 137), ſo erlangt ſie auch dadurch, daß ſie auf Bewilligung des Verpflichteten in das Grundbuch eingetragen wird, keine Wirkung gegen Dritte, ſondern bleibt nur gegenüber dem Verpflichteten wirkſam.

§ 889.

Ein Recht an einem fremden Grundſtück erliſcht nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundſtücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundſtück erwirbt.

I. 1. Nach den bisherigen Geſetzen erloſchen Rechte an einer fremden Sache durch Vereinigung mit dem Eigentume, wenn der Eigentümer das begrenzte Recht oder der Berechtigte das Eigentum erwarb (Windſcheid § 215 Nr. 3, §§ 222, 223, 248 Nr. 4; Code civ. art. 617, 705; PALR. I 16 § 482, I 20 § 55, I 21 § 184, I 22 § 52). Doch war dieſer Grundſatz nicht ſtreng durchgeführt. Schon die römiſchen Quellen enthalten eine Reihe von Ausſprüchen, in denen dem Eigentümer pfandrechtliche Befugniſſe an der eigenen Sache zugeſtanden werden (L. 30. § 1 Dig. 44. 2, L. 17, 19 Dig. 20. 4, L. 57 Dig. 30, L. 3 § 1 Dig. 20. 5, L. 1 Cod. 8. 20, L. 3 Cod. 8. 10). Das moderne Hypothekenrecht ging noch weiter. Nach Anh. § 52 zu § 484 I. 16 PALR. wurde die Hypothek durch ihre Vereinigung mit dem Eigentume des von ihr belaſteten Grundſtücks nicht aufgehoben, ſofern ſie nicht auf Antrag des Eigentümers im Hypothekenbuche gelöſcht wurde. Die Hypothek ging alſo nur durch Löſchung unter, und die Konſequenz hiervon war, daß der Eigentümer über die ungelöſchte Hypothek zugunſten Dritter verfügen und, wenn er das Grundſtück veräußerte, ſie für ſich geltend machen konnte. Das PEigG. hat dieſe Konſequenz in ſachlicher Übereinſtimmung mit dem Anh. § 52 ALR. anerkannt und auch auf die Grundſchuld ausgedehnt

(§§ 63—66): „Das Hypotheken- und Grundschuldrecht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben" (§ 57). Bezüglich der übrigen begrenzten Rechte an Grundstücken waren nur die Sonderbestimmungen in den §§ 52—54 I 22 ALR. vorhanden. Danach gingen die Grundgerechtigkeiten zwar auch durch Konfusion verloren, sie traten aber, solange sie im Grundbuch eingetragen und die ihr Bestehen auf dem Grundstück anzeigenden Anlagen nicht weggeschafft waren, wieder in ihre Wirkung, sobald das Grundstück an einen besonderen Besitzer gelangte. Im übrigen war die Regel, die im französischen und im gemeinen Rechte auch für Dienstbarkeiten ohne Ausnahme gilt, maßgebend, daß Rechte an fremden Sachen durch Vereinigung mit dem Eigentum erlöschen. Darin änderte nichts, daß das Recht im Grundbuch eingetragen war; denn die Begründung des dinglichen Rechtes und seine Aufhebung erfolgte außerhalb des Grundbuchs und unabhängig von der Eintragung. Ob das dingliche Recht nach seiner Aufhebung im Grundbuche gelöscht wurde oder eingetragen blieb, war für seine Existenz von keiner Bedeutung. Die Eintragung im Grundbuche begründete nur die Wirkung des dinglichen Rechtes gegen Dritte und die Löschung hob nur diese Wirkung auf. (EigG. § 12; RG. Bolze 16 Nr. 42, E. 39 S. 237, JMBl. 1897 S. 110.)

2. Der § 889 weicht nur in seiner Fassung von dem § 835 Entw. I ab, sachlich ist er nicht angefochten (Prot. III S. 73 IV). In den Motiven (III S. 202) wird zur Rechtfertigung der Bestimmung bemerkt, daß der Grundsatz des Erlöschens der begrenzten Rechte in den Fällen der Vereinigung nicht durchgeführt werden könne, ohne erhebliche Interessen zu schädigen. „Die Durchführung stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn das Recht, das mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft, mit dem Rechte eines Dritten belastet wird. Das Gesetz könnte sich freilich auf die Bestimmung beschränken, daß das Recht insoweit fortbestehe, als der Fortbestand durch das Recht des Dritten erheischt werde. Allein dann hätte man ein relatives dingliches Recht, damit aber eine Rechtsbildung, durch welche die Harmonie in dem Systeme der Rechte an Grundstücken gestört und mancherlei Unzuträglichkeiten entstehen würden. Auch darf nicht außeracht gelassen werden, daß das Gesetz, wenn es der Vereinigung grundsätzlich erlöschende Wirkung beilegte, diesen Grundsatz doch für die Fälle nicht aufrecht erhalten könnte, in denen ein Dritter vermöge des öffentlichen Glaubens, mit dem das Grundbuch auszustatten ist, berechtigt wäre, das ungelöschte Recht als fortbestehend zu betrachten (vgl. BGB. §§ 891, 892). Der Hauptgrund aber, der gegen die Annahme des gedachten Grundsatzes ins Gewicht fällt, ist die Rücksicht auf das Institut der Eigentümerhypothek. Der Entwurf muß dieses Institut anerkennen, um einerseits das berechtigte Interesse des Realkredits in großen Gebieten des Reiches zu wahren und zu fördern, anderseits zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigentum erwachse." Dies wird ausgeführt (vgl. Nr. IV 1 der Übersicht vor § 1113). „Was von der Hypothek gilt — heißt es weiter —, wenn das Recht des Gläubigers an dem Grundstücke mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft, muß auch für die Grundschuld gelten, da diese von jener nur dadurch sich unterscheidet, daß sie nicht zur Sicherung einer Forderung dient. Was dagegen das eingetragene Vorkaufsrecht, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten und die Reallasten betrifft, so kann zugegeben werden, daß bei ihnen der Fortbestand des Rechtes in dem vorausgesetzten Falle durch das praktische Bedürfnis weniger dringend gefordert wird, als bei der Hypothek und der Grundschuld. Allein ganz zu leugnen ist das Bedürfnis für keines der bezeichneten Rechte. Ein juristisches Bedenken von durchschlagender Bedeutung aber ist gegen die Aufrechterhaltung dieser Rechte in der Hand des Eigentümers ebensowenig vorhanden wie gegen die Anerkennung der Eigentümerhypothek. Es rechtfertigt sich daher schon zur Ermöglichung einer einfachen Gestaltung der begrenzten Rechte an einem Grundstücke, den Satz, daß die Vereinigung eines solchen Rechtes mit dem Eigentum in derselben Person jenes Recht nicht aufhebt, auf alle begrenzten Rechte auszudehnen. Wie das Recht an der eigenen Sache juristisch zu konstruieren ist, entzieht sich der Bestimmung durch das Gesetz. Die Konstruktion ist Aufgabe der Wissenschaft."

II. 1. An einem Beispiele mag dargelegt werden, wie die bisherigen Gesetze sich von dem jetzt geltenden Rechte des § 889 BGB. unterscheiden. A hatte dem B von seinem Grundstücke mehrere Parzellen verkauft, B sich verpflichtet, die Parzellen in einem bestimmten Abstande von dem Restgrundstücke des A unbebaut zu lassen, und diese Verpflichtung auf den erworbenen Parzellen in das Grundbuch eintragen lassen. Später hatte B auch das herrschende Restgrundstück des A erworben, die Grundgerechtigkeit wurde im Grundbuche nicht gelöscht. Dann kam das ganze Grundstück zur Zwangsversteigerung, die dienenden Parzellen wurden dem C zugeschlagen unter der Bedingung, daß die Grund-

gerechtigkeit als Last auf ihn übergehe, A erwarb das herrschende Grundstück zurück. C erhob Klage gegen A auf Bewilligung der Löschung der Grundgerechtigkeit und ist — in den Vorinstanzen abgewiesen — beim Reichsgerichte durchgedrungen, weil durch die in der Hand des B erfolgte Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks, also durch Konfusion, die Grundgerechtigkeit, obwohl sie nicht gelöscht worden, untergegangen sei und durch die Bedingung im Zuschlagsurteile nicht habe neu begründet werden sollen. Diese Entscheidung (RG. E. 39 S. 237) ist für den Geltungsbereich des gemeinen Rechtes ergangen, in dem eine dem § 54 I 22 ALR. (vgl. Anm. I 1) entsprechende Bestimmung nicht gilt; sie würde auch nach französischem Rechte nicht anders ausgefallen sein. Nach PALR. I 22 §§ 52—54 würde die Grundgerechtigkeit zwar zum Ruhen gekommen sein, als B das Eigentum auch des herrschenden Grundstücks erwarb; sie wäre aber, weil sie eingetragen blieb, wieder in Wirkung getreten, als C das dienende und A das herrschende Grundstück erwarben. Nach § 889 BGB. würde die Vereinigung des Eigentums an dem herrschenden und dem dienenden Grundstück in der Hand des B keinen Einfluß auf den Fortbestand der Grundgerechtigkeit gehabt haben; diese würde in keinem Zeitpunkt erloschen sein.

2. Daraus, daß das Erlöschen durch Konfusion beseitigt ist, darf nicht gefolgert werden, daß allgemein Rechte am eigenen Grundstücke bestellt werden dürfen; dies ist vielmehr nur für die Grund- und Rentenschuld in den §§ 1196, 1199 BGB. zugelassen; im übrigen steht § 181 BGB. entgegen (RG. E. 47 S. 208). Über Ausnahmefälle vgl. Anm. 1, 2 zu § 1009.

3. Aus dem negativen Satze des § 889 BGB. folgt nicht der positive, daß Rechte an einem fremden Grundstücke *nur* durch Löschung aufgehoben werden. Denn manche Rechte dieser Art können auch in anderer Weise erlöschen als durch Löschung: so die unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins bestellten Rechte mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermins (§ 158 Abs. 2, § 163), die Grundgerechtigkeiten durch Verjährung (§ 1028), der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten oder dem Erlöschen der berechtigten juristischen Person (§§ 1061, 1090 Abs. 2), das Vorkaufsrecht und die Reallasten durch Ausschließung des unbekannten Berechtigten im Aufgebotsverfahren (§§ 1104, 1112). In diesen Fällen erlischt das Recht, auch wenn es im Grundbuch eingetragen bleibt. Jener positive Satz findet auch bei Hypotheken, Grund oder Rentenschulden nicht unbedingt Anwendung, da diese Rechte wenigstens auf mithaftenden Grundstücken ohne Löschung erlöschen können (§§ 1173, 1174, 1178, 1181, 1182).

4. Die Anwendung des § 889 ist nicht dadurch bedingt, daß das Recht an dem fremden Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, vorausgesetzt, daß es zu seiner Begründung der Eintragung nicht bedarf. Eine Überbau- oder Notwegrente erlischt nicht durch Konfusion, sondern nur mit der Beseitigung des Überbaues oder des Notwegs (§§ 912—918). Doch ist dies mit Rücksicht auf § 915 bezüglich der Überbaurente nicht unzweifelhaft. Jedenfalls ist der § 889 auch anwendbar auf Grundgerechtigkeiten, die ohne Eintragung zu der Zeit wirksam bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (EG. z. BGB. Art. 187.)

5. Der im § 889 enthaltene Rechtssatz gilt nur für Rechte an *Grundstücken*, nicht für Rechte an solchen Rechten. Bei Rechten an *beweglichen* Sachen ist das Erlöschen des Rechtes durch sein Zusammentreffen mit dem Eigentum in derselben Person die Regel, so beim Nießbrauch und beim Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1063, 1256). Diese Regel findet auch Anwendung auf den Nießbrauch an Rechten, auch wenn diese nicht Rechte an beweglichen Sachen sind (§ 1072), sowie auf das Pfandrecht an Rechten einschließlich der Grundschuld und der Rentenschuld (§§ 1273, 1291).

Der § 889 gilt auch nur für *Rechte an Grundstücken*, daher nicht für persönliche Ansprüche die durch eine Vormerkung gesichert sind. Erwirbt z. B. der zu einer Hypothek

Vorgemerkte das mit der Vormerkung beschwerte Grundstück, so erlischt die Vormerkung. (Biermann WB. S. 180, Reichel in Iherings J. 46 S. 104; a. M. Fuchs S. 140. Nr. 2, Sekler S. 134).

6 Eine Ausnahme von § 889 enthält § 1178 BGB.

§ 890.

Mehrere Grundstücke können dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden, daß der Eigentümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt.

Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden, daß der Eigentümer es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt.

I. 1. Der Entw. I hatte im § 787 folgende Bestimmungen:

> Jedes Grundstück, welches in dem Flurbuche eine besondere Nummer führt, ist als ein einheitliches Grundstück anzusehen.
>
> Ein Gleiches gilt von mehreren Grundstücken, welche im Flurbuche verschiedene Nummern führen, sofern sie in dem Grundbuche als ein einheitliches Grundstück gebucht sind.

Vgl. dazu die Mot. III S. 53—60.

Bei der 2. Lesung ist der Abs. 1 des § 787 Entw. I zwar sachlich gebilligt, aber gestrichen, weil es sich bei der Regelung der Beziehungen zwischen Grundbuch und Flurbuch um Vorschriften handle, die sich auf das Verfahren bei der Anlegung des Grundbuchs beziehen und daher aus dem BGB. (vgl. Art. 186 EG. dazu) auszuscheiden seien. Die von der Komm. ausgesprochene Voraussetzung, daß das Grundbuch auf Grund eines amtlichen Verzeichnisses der Grundstücke, in dem jedes Grundstück eine laufende Nummer führt (Flurbuch), angelegt und daß die GBO. Vorschriften enthalten werde, die den Eigentümer eines Grundstücks hindern, einzelne Bestandteile besonders zu belasten (Gruch. 41 S. 143; Entw. II Anm. 1 zu § 808; Prot. III S. 13), ist durch die Vorschriften im § 2 Abs. 2 und § 6 GBO. erfüllt. Damit ist die Einheitlichkeit des eine besondere Nummer im Flurbuche führenden Grundstücks, wenn sie auch nicht als Dogma in das BGB. übernommen ist, in der wesentlichsten daraus gezogenen Folgerung beibehalten. Denn, wenn ein Grundstücksteil erst dann belastet werden soll, nachdem er als selbständiges Grundstück, sei es auf dem bisherigen oder einem anderen Grundbuchblatt, eingetragen ist (GBO. § 6), so kann diesem Erfordernisse nur dadurch entsprochen werden, daß der Grundstücksteil eine neue besondere Nummer im Flurbuch erhält. Vgl. im übrigen die Anm. zu § 2 Abs. 2 GBO.

Die 2. Komm. hat den § 787 Abs. 2 Entw. I in veränderter Fassung als Abs. 1 des § 890 BGB. beibehalten (Prot. III S. 13).

2. Eine dem Abs. 2 des § 890 BGB. entsprechende Bestimmung fehlte im Entw. I. Sie wurde erst in der 2. Lesung bei Beratung des § 1067 Nr. 1 Entw. I („Kraft der Hypothek haftet dem Gläubiger das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande"), aus welchem der § 1131 BGB. hervorgegangen ist, aufgenommen. Der Antrag auf Streichung des § 1067 Nr. 1 bezweckte einmal, dem Mißverständnisse vorzubeugen, als solle ein nach der Eintragung der Hypothek von dem belasteten Grundstück abgeschriebenes Trennstück aus der Haftung ausscheiden, hauptsächlich aber, den Entwurf dahin zu ändern, daß die Hypothek sich auf ein dem belasteten Grundstücke nachträglich als Bestandteil zugeschriebenes Grundstück *nicht* erstrecken solle. Für den Fall der Streichung wurde in letzterer Beziehung jedoch die Ansicht vertreten, es müsse im BGB. die Zuschlagung eines Grundstücks zu einem anderen mit der Wirkung zugelassen werden, daß das zugeschlagene Grundstück für die auf dem anderen Grundstück eingetragenen Hypotheken, nicht aber umgekehrt, daß das letztere Grundstück für die auf dem ersteren eingetragenen Hypotheken mithafte; und beantragt: 1. eine dem Abs. 2 des § 890 BGB. sachlich entsprechende Bestimmung, 2. an Stelle des § 1067 Nr. 1 Entw. I die jetzt im § 1131 Satz 1 enthaltene Bestimmung aufzunehmen. Die Komm. entschied in diesem Sinne aus folgenden Erwägungen: „Der Ausspruch, daß das belastete Grundstück dem Hypothekengläubiger in seinem jeweiligen Bestande hafte, sei insoweit entbehrlich, als er sich auf die *wesentlichen* Bestandteile beziehe, da sich die Erstreckung der Hypothek auf diese aus § 93 BGB. ergebe. Was sodann die dem belasteten Grundstück als Bestandteile zugeschriebenen Grundstücke betreffe, so seien nach der Auffassung des Verkehrs zwei ihrem Zwecke nach verschiedene Arten der grundbuchmäßigen Zusammenschreibung mehrerer Grundstücke zu unterscheiden. Bei der einen Art bestehe der Zweck darin, zwei oder mehrere wirtschaftlich im wesentlichen gleichwertige Grundstücke von regelmäßig geringem Umfange für die Zukunft zu einer

rechtlichen Einheit zu verbinden und dadurch die Möglichkeit einheitlicher Belastung und Übertragung zu schaffen. Ob diese Verbindung buchmäßig durch Zusammenschreibung der bisher getrennten Grundstücke auf ein neues Blatt oder, wie es häufiger geschehe, durch Zuschreibung des einen Grundstücks auf das Blatt des anderen bewirkt werde, sei für die juristische Beurteilung gleichgültig. Diese erste Art der buchmäßigen Vereinigung mehrerer Grundstücke („Vereinigung") entspreche namentlich den Bedürfnissen der Gebiete mit zersplittertem Grundbesitze. Die zweite Art bezwecke die rechtliche Verbindung eines kleineren Grundstücks mit einem größeren (Rittergut, Bauerngut) mit der Wirkung, daß das erstere Grundstück bezüglich der bereits bestehenden hypothekarischen Belastungen des letzteren fortan als dessen Bestandteil gelten, also für dieselben mithaften solle. Diese Art der Verbindung mehrerer Grundstücke („Hinzuschlagung") komme insbesondere in Gebieten mit größerem Grundbesitze nicht selten vor. Ob die eine oder andere Art der Verbindung eintreten solle, hänge allein von dem Willen des Eigentümers ab. Im Falle der Vereinigung sei die gegenseitige Erstreckung der Hypotheken auf die hinzugefügten Grundstücke nicht sachgemäß und zweckmäßig. Sie erschwere die wirtschaftlich nützliche Vereinigung und erreiche den Zweck, die Buchführung und die Zwangsversteigerung zu vereinfachen, doch nur unvollständig; sie dränge ferner zur Bestellung von Korrealhypotheken, mit denen nicht geringe Schwierigkeiten verbunden seien. Im Falle der Hinzuschlagung dagegen entspreche es dem Willen des Eigentümers und dem praktischen Bedürfnisse, daß die auf dem Hauptgrundstücke haftende Hypothek das zugeschlagene Grundstück mitergreife, nicht aber umgekehrt die auf dem zugeschlagenen Grundstück etwa haftende das Hauptgrundstück. Der regelmäßige Fall sei der, daß das zuzuschlagende Grundstück lastenfrei oder wenigstens mit anderen geringfügigen oder später wegfallenden Rechten als Hypotheken belastet sei. Würde man in diesem Falle die am Hauptgrundstücke bestehenden Hypotheken das zugeschlagene Grundstück nicht ergreifen lassen, so würde bei einer auf Grund einer solchen Hypothek betriebenen Zwangsversteigerung aus dem dem zugeschlagenen Grundstück entsprechenden Teile des Erlöses stets eine besondere Masse gebildet werden müssen, und es würde hierdurch die Zwangsversteigerung ohne Not erschwert. Ebensowenig empfehle es sich, mit dem Entwurfe die etwa auf dem zugeschlagenen Grundstücke haftenden Hypotheken auf das Hauptgrundstück zu erstrecken und die Zulässigkeit einer Hinzuschlagung davon abhängig zu machen, daß die hypothekarischen Gläubiger des zuzuschlagenden Grundstücks im Range hinter den hypothekarischen Gläubigern des Hauptgrundstücks zurücktreten; für diese die Hinzuschlagung erschwerenden Vorschriften bestehe kein Bedürfnis. (Prot. III S. 549.)

Bei der Revision des Entw. II ist dem § 1131 der 2. Satz hinzugefügt. Es wurde für notwendig erachtet, ausdrücklich auszusprechen, daß die Erstreckung der auf dem Hauptgrundstücke bestehenden Hypotheken zum Nachteile der auf dem zugeschriebenen Grundstücke bestehenden Hypotheken nicht geltend gemacht werden kann, weil die Vorschrift in Satz 1 des § 1131 in dem Falle, daß zur Zeit der Zuschreibung auf beiden Grundstücken Hypotheken haften und das Hauptgrundstück mit älteren Hypotheken überlastet ist, zu offenbar ungerechtfertigter Benachteiligung der auf dem zugeschriebenen Grundstück eingetragenen, an sich genügend gedeckten Hypotheken führen würde, und weil der Wortlaut des Satzes 1 des § 1131 zweifelhaft und durch die Protokolle in diesem Punkte nicht genügend erläutert sei. — Der Antrag dagegen, durch Aufnahme folgender Vorschrift: „Werden mehrere Grundstücke nach § 808 Abs. 1 (des Entw. II; BGB. § 890 Abs. 1) vereinigt, so bleiben die bestehenden Hypotheken unberührt" — die Wirkung der Vereinigung zu verdeutlichen, so daß man nicht genötigt sei, diese aus dem nicht direkt ausgesprochenen Satze, daß an nichtwesentlichen Bestandteilen einer Sache Sonderrechte möglich sind, herzuleiten, wurde zwar für sachlich zutreffend erachtet, hat aber nicht zur Aufnahme der vorgeschlagenen Bestimmung in das BGB. geführt. (Prot. VI S. 252 II.)

II. 1. Der § 890 enthält nur die materiell-rechtlichen Vorschriften, daß die Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstücke durch ihre Eintragung als ein Grundstück im Grundbuch und daß die Hinzuschlagung eines Grundstücks als Bestandteil eines anderen Grundstücks durch Zuschreibung zu dem anderen Grundstück an sich zulässig ist. Eine Einschränkung erleiden diese Vorschriften durch den Art. 119 Nr. 3 EG. z. BGB., wonach die landesgesetzlichen (bestehenden oder künftigen) Vorschriften unberührt bleiben, welche die Vereinigung oder die Hinzuschlagung untersagen oder beschränken. In Preußen bestehen derartige Vorschriften zur Zeit nicht, im Gegenteile wird hier die Vereinigung der Grundstücke durch § 64 Abs. 2 GKostG. v. 25. Juni 1895/6. Oktober 1899 begünstigt (vgl. Bd II Anhang II). Die Vereinigung und die Hinzuschlagung sind ferner davon abhängig, daß von ihnen Verwirrung nicht zu besorgen, was namentlich der Fall ist, wenn sie wegen

verschiedener Belastung der Grundstücke das Grundbuch unübersichtlich machen oder bei der Zwangsvollstreckung zu Verwickelungen führen würden (GBO. § 5 und Denkschr. dazu). Mit der Vereinigung ist nicht der Fall des § 4 GBO. zu verwechseln, wo lediglich ein gemeinschaftliches Blatt über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers geführt wird; da werden die mehreren Grundstücke nicht zu einem Grundstücke vereinigt, sondern jedes behält seine Selbständigkeit. Die Bestimmungen des § 890 finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung (§ 1017).

2. Vereinigung und Hinzuschlagung erfordern, wie in beiden Absätzen des § 890 hervorgehoben wird, den an keine bestimmte Form gebundenen Antrag des Eigentümers; von Amts wegen dürfen diese Grundbuchoperationen nicht vorgenommen werden. Es wird vorausgesetzt, daß sowohl die zu vereinigenden Grundstücke als auch das Hauptgrundstück und das zuzuschreibende Grundstück demselben Eigentümer gehören. Es ist aber nicht erforderlich, daß der die Vereinigung oder Hinzuschlagung Beantragende bei Stellung des Antrags bereits als Eigentümer der Grundstücke oder des hinzuzuschlagenden Grundstücks eingetragen ist; er kann den Antrag stellen, sobald ihm die Auflassung des oder der zu vereinigenden Grundstücke oder des hinzuzuschlagenden Grundstücks erteilt wird und seiner Eintragung nichts entgegensteht. Daß die Grundstücke im Bezirke desselben Grundbuchamts belegen sind, wird weder im § 5 GBO. noch im § 890 BGB. verlangt. Der Zustimmung der Realberechtigten bedarf es weder bei der Vereinigung noch bei der Zuschreibung. Die Bestimmung, welche Art der Verbindung stattfinden soll, steht lediglich dem Eigentümer zu. Ein Miteigentumsanteil kann einem anderen Grundstücke weder zugeschrieben, noch mit ihm vereinigt werden, da sonst der Anteil auf zwei Grundbuchblättern erscheinen würde, was nach § 3 GBO. unzulässig ist (Prot. III S. 328, Predari S. 50, RG. JMBl. 1904 S. 292, JB. 28 S. A 68; a. M. Komm. Ber. zu § 5 GBO.). Über das Grundbuchverfahren vgl. § 5 GBO. mit Anm.

3. Mit den Wirkungen, welche die Vereinigung und die Hinzuschlagung auf die Belastungsverhältnisse ausüben, beschäftigt sich der § 890 nicht. Eine Bestimmung darüber ist nur für die Hinzuschlagung und zwar auch nur über das Verhältnis der auf dem Hauptgrundstücke bestehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden zu den auf dem zugeschriebenen Grundstücke lastenden Rechten im § 1131 getroffen.

a. Die Vereinigung macht das eine Grundstück nicht zum Bestandteile des anderen, sondern jedes der Grundstücke zum Bestandteile des neu entstehenden einheitlichen Grundstücks. Da die einzelnen Grundstücke nicht wesentliche Bestandteile des letzteren sind, können sie Gegenstand besonderer Rechte sein (vgl. BGB. § 93). Da eine dem entgegenstehende Vorschrift nicht gegeben ist, bleiben die auf den mehreren Grundstücken bestehenden Hypotheken und anderen dinglichen Lasten von der Vereinigung unberührt: einem jeden Grundstücke verbleiben seine Lasten, eine gegenseitige Erstreckung der auf einem der vereinigten Grundstücke vor seiner Vereinigung eingetragenen Belastung auf jedes der anderen findet nicht statt. Die vereinigten Grundstücke kommen bezüglich ihrer Belastung als Einheit erst nach ihrer Vereinigung in Betracht; erst von da an können sie einheitlich mit der Wirkung belastet werden, daß die auf den vereinigten Grundstücken eingetragenen Hypotheken nicht als eine auf ebensovielen verschiedenen Grundstücken haftende Gesamthypothek (§ 1132), sondern als eine auf dem durch die Vereinigung entstandenen Grundstück einheitlich haftende Einzelhypothek gilt. (Vgl. Anm. I 2 S. 234.) Der Annahme, daß bei der Vereinigung zweier Grundstücke deren Blätter zweckmäßig zu schließen seien und für das Gesamtgrundstück ein neues Blatt anzulegen sei, wird für die Regel nicht beizustimmen sein (vgl. PAVf. v. 20. November 1899 § 8 Abs. 3 Nr. 2, 3). Auf einem gemeinschaftlichen Blatte (GBO. § 4) muß die Vereinigung ersichtlich gemacht werden (vgl. preuß. Formul. A Verz. d. Grundst. Spalte 12). Daraus, daß Grundstücke zu einer Einheit verbunden sind, folgt, daß eine weitere Zuschreibung nur noch zum Ganzen, nicht zu den einzelnen Teilen bewirkt werden kann (RG. Rsp. 2 S. 407).

b. Von der Hinzuschlagung werden nach §§ 1131, 1192, 1199 nur die auf dem Hauptgrundstücke bestehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden betroffen. Durch die Hinzuschlagung wird der Gegenstand der Haftung insofern erweitert, als das zugeschlagene Grundstück in die Haftung für die auf dem Hauptgrundstücke bestehenden Hypotheken ꝛc. eintritt, jedoch, wenn es belastet ist, als beschwert mit seinen Lasten, so daß diese den auf dem Hauptgrundstücke vorhandenen Hypotheken ꝛc. vorgehen. Der Eintritt in die Haftung erstreckt sich nicht auf die dem Hauptgrundstück aufliegenden dinglichen Rechte anderer Art (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten); diese erhalten durch die Hinzuschlagung keine Vergrößerung ihrer Sicherheit. Die auf dem zugeschlagenen Grundstücke bestehende Belastung hat ebensowenig davon Gewinn, sie wird nicht auf das Hauptgrundstück erstreckt. Dadurch, daß die Hypotheken, die auf dem Hauptgrundstücke haften, auf den hinzugeschlagenen Bestandteil erstreckt werden, werden sie nicht zu Gesamthypotheken, da das Hauptgrundstück mit dem hinzugeschlagenen Grundstück ein einheitliches Grundstück bilden (so Fuchs, Planck, Biermann; a. M. Kober Nr. 1 a zu § 1131 und Neumann Nr. 1. S. 586). Vgl. im übrigen Anm. zu § 1131 BGB.

4. Da das hinzugeschlagene Grundstück zwar einen Bestandteil, aber nicht einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks bildet, dem es zugeschrieben ist, kann es Gegenstand besonderer Rechte sein (BGB. § 93) und also auch besonders belastet werden. Soll es aber mit einem anderen Rechte als einer Dienstbarkeit oder einer Reallast (BGB. §§ 1018—1093, 1105—1112) belastet werden, so darf dies nach der Ordnungsvorschrift des § 6 GBO. erst dann geschehen, wenn es von dem Grundstücke, dem es zugeschrieben worden, abgeschrieben und als selbständiges Grundstück, sei es auf dem bisherigen oder auf einem neuen Blatte, eingetragen ist.

5. Die Bestimmung des § 890 über die Vereinigung von Grundstücken ist in Preußen von der Anwendung auf das Bergwerkseigentum ausgeschlossen; an ihre Stelle treten die Vorschriften in den §§ 41 ff. Allg. BergG. über die Konsolidation (vgl. Begr. d. Art. 37 Entw. des PAG. z. BGB. Nr. 1 Abs. 3).

6. Unberührt bleiben nach § 112 EinfG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Behandlung der einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstigen Vermögensgegenstände als Einheit (Bahneinheit), für Preußen also das G. v. 19. August 1895, das durch das G. v. 11. Juni 1902 (GS. S. 215, 238) geändert ist.

7. Über die Zwangsversteigerung eines besonders belasteten Grundstücks, das später mit anderen Grundstücken zu einem einheitlichen Grundstücke vereinigt ist, vgl. Jaeckel ZVG. Nr. 3 A zu § 16.

§ 891.

Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe.

Literatur. Dr. Kurt Freiherr von Reibnitz. Der öffentliche Glaube des Erbscheines im Vergleich mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Berlin, 1902.

Ein Hauptzweck der Grundbucheinrichtung ist die Feststellung der an den Grundstücken bestehenden Rechte. Die Eintragung eines solchen Rechtes kann freilich, wenn das Gesetz dem Inhalte des Buches formale Rechtskraft nicht beilegt (vgl. Vorbemerkung 2 S. 91), das Recht nicht unanfechtbar feststellen. Aber sie muß doch, um jenem Zwecke zu entsprechen, die Bedeutung haben, daß der, welcher auf ihren Inhalt sich beruft, eines Beweises seiner Richtigkeit überhoben ist. Durch die Aufstellung einer Vermutung wird die dingliche Rechtsverfolgung wesentlich vereinfacht, namentlich die Vindikation des Eigentümers und die Geltendmachung der Hypothek und der Grundschuld erheblich erleichtert, hierdurch aber das Grundeigentum gefestigt, der Realkredit gehoben. In dem PEigG. ist

zwar eine solche Vermutung nicht ausdrücklich ausgesprochen, sie ist aber erkennbar enthalten zugunsten des eingetragenen Eigentümers im § 7, wonach dieser kraft seiner Eintragung alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben berechtigt ist, sowie zugunsten der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger im § 37, wonach durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigentümer begründet wird. Der § 891 BGB. stellt eine allgemeine Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts auf, jedoch, zur Wahrung des materiell-rechtlichen Charakters der Vorschrift, nur in Beziehung auf die Erwerbung und die Aufhebung der eingetragenen Rechte. (Mot. III S. 153.)

1. Die Vermutung, daß der, „für welchen ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte in das Grundbuch eingetragen ist" — wie es im § 826 Entw. I ausführlicher hieß —, das Recht erworben habe, ist freilich von besonders praktischer Bedeutung nur für das Eigentum, die Hypothek und die Grundschuld. Sie rechtfertigt sich aber nicht bloß für diese, sondern für alle dinglichen Rechte, weil die Erwägung, auf der sie beruht, nicht in der besonderen Beschaffenheit des einen und des anderen Rechtes, sondern in dem Verfahren der Grundbuchämter sich gründet. Dieses Verfahren ist so gedacht, daß der Grundbuchbeamte eine Eintragung nur dann vornehmen darf, wenn er sich mittels der ihm obliegenden Sachprüfung überzeugt hat, daß die Voraussetzungen vorliegen, wovon das Gesetz in dem gegebenen Falle die Eintragung abhängig macht. Die Voraussetzungen der Eintragungen aber sind im BGB. und in der GBO. so geregelt, daß eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür gewonnen wird, daß das Grundbuch niemand als Berechtigten ausweist, der nicht das Recht, sei es durch Eintragung oder schon vor dieser, erworben hat (vgl. GBO. §§ 13 ff.). Dies genügt zur Rechtfertigung der aufgestellten Vermutung umsomehr, als in den Fällen, wo der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich betätigt, die Richtigkeit des Buchinhalts überhaupt nicht in Frage gestellt werden kann (BGB. §§ 892, 893). (Mot. III S. 154.)

2. Die Vermutung für die Aufhebung eines Rechtes, dessen Erlöschen in das Grundbuch eingetragen ist, ergibt sich aus denselben Erwägungen, wie die Vermutung für die Erwerbung. Im Anschluß an die Mehrzahl der Landesgesetze wird diese Kategorie von Eintragungen im BGB. als Löschung bezeichnet, wenn die Eintragung ein Erfordernis der Aufhebung ist (§ 875). Die Löschung dient ferner dazu, das vorher eingetretene Erlöschen eines eingetragenen Rechtes durch das Grundbuch zu beurkunden (vgl. BGB. §§ 1061, 1090 Abs. 2 in Verb. mit GBO. § 23), und durch Löschung kann auch die unrichtiger Weise erfolgte Eintragung eines nicht bestehenden Rechtes beseitigt werden (BGB. § 894). Formale Rechtskraft wird im BGB. der Löschung ebensowenig beigelegt, wie den Eintragungen positiven Inhalts. Durch Löschung allein erlischt das Recht am Grundstücke, zu dessen Aufhebung die Löschung erforderlich ist, nicht. Ist die Löschung zu Unrecht erfolgt, so besteht das Recht fort und seine Wiedereintragung kann zur Berichtigung des Grundbuchs gefordert werden (§ 894). Das mit Unrecht gelöschte Recht erlischt erst, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist (§ 901). Die Löschung hat aber den Nachteil im Gefolge, daß das gelöschte Recht dem gutgläubigen Erwerber eines Rechtes am Grundstücke gegenüber als nicht mehr bestehend gilt (892), was sehr häufig dessen Untergang bewirkt.

3. Der § 891 hat in Streitfällen die Bedeutung, daß die durch das Grundbuch festgestellte Erwerbung oder Aufhebung eines eingetragenen Rechtes für und gegen den, welcher von einer solchen Feststellung betroffen wird, als bewiesen gilt, soweit nicht dieser Beweis in den zulässigen Fällen durch Gegenbeweis entkräftet wird (vgl. auch ZVG. § 17). Die Vermutung des § 891 gilt nicht, wie die Fiktion des § 892, bloß zugunsten des dritten Erwerbers, sondern sie kommt einem jeden zustatten, der ein Interesse daran hat, namentlich auch dem Schuldner-Eigentümer gegenüber dem Gläubiger und umgekehrt (RG. V 243. 03). „Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein

anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 445 ff. geführt werden." (ZPO. § 292.) Wer als Eigentümer die Herausgabe eines Grundstücks verlangt, ist des Nachweises seines Eigentums überhoben, wenn er im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist, ohne Unterschied, ob er die Eintragung auf Grund einer Auflassung oder aus einem anderen Erwerbsgrunde (z. B. durch Erbrecht) erworben hat. Hierin ist gegenüber dem früheren preuß. Rechte (RG. E. 2 S. 228, Bd 28 S. 225) nichts geändert. Wer die dingliche Klage aus einer Hypothek oder Grundschuld erhebt, genügt seiner Beweispflicht durch den Nachweis, daß er als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist. Auch bei der Briefhypothek oder Briefgrundschuld muß dieser Nachweis genügen, obwohl zum Erwerbe dieser Rechte der Besitz des Briefes erforderlich ist (BGB. §§ 1117, 1154, 1163 Abs. 2); der Beklagte kann aber der Geltendmachung der Hypothek ꝛc. widersprechen, wenn der Kläger den Brief nicht vorlegt (BGB. § 1160). (Für das frühere Recht vgl. RG. Gruch. 29 S. 958, Blum Anm. 1 S. 153, E. 37 S. 316; KG. JW. 13 S. 167.)

Ist für jemand im Grundbuch ein Recht eingetragen, so wird vermutet daß ihm dieses Recht zustehe. Die volle Beweispflicht hiergegen trifft den belasteten Grundeigentümer. Ist der Beklagte im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so kann die Vermutung, daß das Grundstück in seinem Eigentume stehe nicht schon durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß der im Grundbuch angegebene Erwerbsgrund unrichtig sei. Hat z. B. der Beklagte seine Eintragung auf Grund eines Attestes über 44jährigen Besitz erlangt, so muß er sich gefallen lassen, so lange als Eigentümer behandelt zu werden, bis er die Berichtigung des Grundbuchs herbeigeführt oder nachgewiesen hat, daß er auch aus keinem anderen Grunde Eigentümer geworden sei (RG. V 62. 02, 532. 03). Ist für den Beklagten eine Sicherungshypothek eingetragen, so kann der klagende Grundeigentümer wegen mangelnder Einigung ihre Löschung nicht schon mit der Erklärung verlangen, er habe die Hypothekbestellung anders gewollt und aufgefaßt, als der beklagte Gläubiger, sondern er muß nachweisen, daß die Einigung zwischen ihm und dem Kläger in anderer Weise, als wie es nach dem Grundbucheintrag den Anschein hat oder doch haben kann, erfolgt, daß z. B. die Hypothek nicht für ältere Forderungen, sondern für erst noch zu zahlende Darlehnsbeträge bestellt ist (RG. V 440. 03).

Das RGer. hat ausgesprochen: Gegenüber der Grundschuldklage des eingetragenen Gläubigers kann, nachdem dieser im Laufe des Rechtsstreits auf Verlangen des Beklagten den Grundschuldbrief vorgelegt hat, der Beklagte nicht noch mit der Behauptung gehört werden, daß der Kläger vor Aufstellung der Klage die Grundschuld unter Aushändigung des Grundschuldbriefs abgetreten habe und zur Zeit der Klage nicht im Besitze des Grundschuldbriefes gewesen sei. Es hat die Frage dahingestellt, ob dies auch dann angenommen werden könnte, wenn der Beklagte behaupte, der Kläger habe auf illegale Weise den Besitz des Briefes erlangt oder wiedererlangt. Jedenfalls brauche der Kläger gegenüber dem seine Legitimation zur Zeit der Klageerhebung bestreitenden Beklagten den Erwerb oder Wiedererwerb der auf seinem Namen eingetragenen Grundschuld nicht darzutun. Wegen der eigenartigen Begründung genüge der Hinweis auf RG. E. 56 S. 414.

Wird erwiesen, daß das Grundbuch in Beziehung auf ein eingetragenes Recht unrichtig ist, und wird das Grundbuch durch Löschung dieses Rechtes berichtigt, so wird die frühere Vermutung aus § 891 ganz und gar, also auch für die Vergangenheit zerstört (RG. V 256. 03). Bis zur Berichtigung gilt aber die Vermutung. Daher kann der Einwand des Mangels der Passivlegitimation vom beklagten eingetragenen Eigentümer nicht damit begründet werden, daß er minderjährig sei und das Grundstück ohne Genehmigung seines Vormundes oder Pflegers erworben habe (Dresden Asp. 8 S. 186).

Durch § 891, wonach vermutet wird, daß dem, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, dieses Recht zusteht, ist zugleich ausgesprochen, daß ihm das Recht so zusteht, wie es eingetragen ist. Steht also ein Recht für eine Mehrheit von Personen nach dem Grundsatze der Gemeinschaft zur gesamten Hand gemäß § 48 GBO. unter Angabe des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses — z. B. Eheleute in gesetzlicher Gütergemeinschaft des rheinischen Rechtes — eingetragen, so erstreckt sich die Vermutung auch hierauf, und sie ist für den Grundbuchrichter bindend, es sei denn, daß sich aus den eigenen Erklärungen der Beteiligten, den vorgelegten Urkunden, den Grundakten oder sonst

glaubhaft zur Kenntnis des Grundbuchrichters gekommenen Tatsachen sachliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ergeben. (KG. Z. f. d. Notar. 1905 S. 38.)

Ist Jemand als Miteigentümer zu fünf Achtelanteilen an einem Grundstück eingetragen, so hat er nach § 891 BGB. die Vermutung für sein Miteigentumsrecht und kann die sich für jeden einzelnen Teilhaber daraus ergebenden Befugnisse (§ 744 Abs. 2 BGB.) auch dann geltend machen, z. B. die Herausgabe des Grundstücks von dessen Besitzer an einen Verwahrer verlangen, wenn die Übertragungen von vier Anteilen auf ihn wegen Unsittlichkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts nach §§ 138, 826, 892 oder wegen fehlender Zustimmung beteiligter Personen gemäß §§ 873, 892 nichtig oder anfechtbar sind; es genügt, wenn sich einer seiner Miteigentumsanteile nicht aus derartigen Tatbeständen bekämpfen läßt (RG. V 94. 05).

Für den durch Vormerkung gesicherten Anspruch gilt die Vermutung des § 891 nicht (vgl. Anm. 4 c S. 197). Es wird auch nur vermutet, daß dem eingetragenen Berechtigten das Recht *zustehe*, nicht auch daß er darüber *verfügen* könne (RG. E. 28 S. 226). Ebensowenig steht die Vermutung der eingetragenen *Verfügungsbeschränkung* zur Seite. Der *Widerspruch* steht der Vermutung in Ansehung des Rechtes bei dem er eingetragen ist, nicht entgegen.

Der § 7 Abs. 1 PEigG. drückte die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs dahin aus: „Der eingetragene Eigentümer ist kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben, und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigentümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen." Worauf sich die Vermutung erstrecken sollte, war weder in dieser noch in einer anderen Bestimmung des Gesetzes ausgesprochen. Das BGB. dagegen stellt im § 891 nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines *Rechtes* als Gegenstand der Vermutung hin. Mit dieser Bestimmung ist eine sachliche Abweichung vom § 292 ZPO. nicht begründet. „Zwar werden danach nur *Tatsachen* vermutet, während die Vermutung des § 891 BGB. sich auf die Rechtsänderung erstreckt, die durch die Tatsachen bewirkt wird. Im Grunde aber sind es doch auch in den Fällen des § 891 die zu der Erwerbung oder der Aufhebung des Rechtes erforderlichen Tatsachen, die den eigentlichen Gegenstand der Vermutung bilden. Die Vorschrift hat nur um deswillen eine über diesen Gedanken hinausgehende Fassung erhalten, weil sie auch diejenigen Fälle treffen mußte, in denen die Rechtsänderung nicht auf den Nachweis der sie bewirkenden Tatsachen, sondern lediglich auf die Bewilligung des passiv Beteiligten in das Grundbuch eingetragen wird" (Mot. III S. 155). Das Gesetz und die Vorarbeiten ergeben also klar, daß nur das Bestehen eines eingetragenen *Rechtes nebst den Tatsachen, welche es erzeugt haben*, und das Nichtbestehen eines gelöschten *Rechtes neben den rechtsaufhebenden Tatsachen* vermutet werden. Auf *rein tatsächliche* Angaben des Grundbuchs, die also nicht dazu bestimmt sind, das Entstehen oder die Aufhebung eines Rechtes, eine Rechtsänderung, festzustellen, bezieht sich die Vermutung des § 891 nicht. Dies bedarf keines weiteren Nachweises, ist aber in den Vorarbeiten zum BGB. zum Überflusse wiederholt betont und vom RGer. anerkannt worden (Gruch. 46 S. 1155, V 74. 04).

„Die Bezeichnung eines Grundstücks als öffentlicher Weg im Grundbuch ist von keiner rechtlichen Bedeutung, da der Glaube des Grundbuchs (§ 891 BGB.) sich auf die tatsächliche Beschaffenheit des Grundbuchs nicht erstreckt. So wenig ein Grundstück dadurch zum öffentlichen Wege wird, daß es als solcher im Grundbuche bezeichnet wird, so wenig verliert ein öffentlicher Weg diesen Charakter dadurch, daß er ohne diese Bezeichnung im Grundbuch eingetragen wird." (RG. V. 287, 03).

Zu den rein tatsächlichen Umständen gehören die auf einseitigen amtlichen Vermessungen beruhenden Angaben des Katasters über die Lage und Größe des Grundstücks. Die Annahme der 2. Komm., daß solche Umstände zur Aufnahme in das Grundbuch nicht bestimmt seien (Prot. III S. 49), ist zwar nicht nach § 2 Abs. 2 GBO. und den darin vorbehaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen (in *Preußen* z. B. Art. 2 V. v. 13. November 1899, § 3 AVf. v. 20. November 1899), wohl aber nach den Bestimmungen des BGB. richtig, und nur an diese ist dabei im § 891 wie im § 892 BGB. gedacht. Richtig ist auch die

bei den Beratungen der 2. Komm. vertretene Ansicht, daß die aus dem Kataster in das Grundbuch übernommenen Angaben über Größe und Lage des Grundstücks die Vermutung des § 891 nicht für sich haben, denn die staatliche Vermessung und Kartierung hat weder Rechte begründet, noch aufgehoben (vgl. PB. v. 12. Dezember 1864 § 13, GS. S. 673; PG. v. 8. Februar 1867 § 9, GS. S. 185), und auch die bloße Übertragung aus dem Kataster in das Grundbuch konnte diese Wirkung nicht haben. Dies ist denn auch in der preuß. Rechtsprechung nicht verkannt worden, die sogar angenommen hat, daß die Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster an sich nicht die Wirkung habe, den klagenden Eigentümer von dem Beweise zu befreien, daß Parzellen, die er als zu seinem Grundstücke gehörig in Anspruch nimmt, sein Eigentum seien, weil sie bei der Zurückführung als Bestandteile seines Grundstücks vermerkt worden seien (RG. E. 42 S. 200 c. cit.). Es wird (das.) ausgeführt, daß sich auch aus § 4 PGBO. nichts anderes entnehmen lasse, denn wenn dort vorgeschrieben sei, daß die Grund- und Gebäudesteuerbücher zur Ausmittlung der in die Grundbücher einzutragenden oder bereits eingetragenen Grundstücke, ihrer Lage und Größe dienen sollen, so sei damit keine Rechtsvermutung für das Eigentum aufgestellt, sondern im wesentlichen nur eine Anweisung für den Grundbuchrichter erteilt. Letzterer Satz ist zweifellos richtig. Bedenken erregt dagegen die Ansicht, daß die infolge der Zurückführung in das Grundbuch eingetragenen Vermerke (abgesehen von dem zu § 892 Anm. II zu besprechenden Falle) gar keine Bedeutung hätten. Das Kataster und das Grundbuch, letztes auch hinsichtlich der rein tatsächlichen Angaben aus dem Kataster, sind immerhin öffentliche Urkunden und begründen nach § 418 Abs. 1 ZPO. vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen (Prot. III S. 49).

Abgesehen von den Fällen des § 892 BGB. ist ein wesentlicher Unterschied dadurch nicht begründet, daß für die eingetragenen Rechte eine Rechtsvermutung, für die rein tatsächlichen Angaben voller Beweis besteht, denn in beiden Fällen ist Gegenbeweis zulässig, soweit nicht (im Falle des § 891) das BGB. oder (im Falle des § 418 ZPO.) Landesgesetze diesen Gegenbeweis ausschließen oder beschränken. Der Gegenbeweisführer hat im letzten Falle die Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen, im ersten solche Tatsachen nachzuweisen, aus denen sich die Nichtentstehung oder das Erlöschen des eingetragenen Rechtes oder das Fortbestehen des (zu Unrecht) gelöschten Rechtes ergibt.

Über die Anwendung des § 891 auf den Fall der doppelten Buchung vgl. Anm. IV 4 zu §§ 985—1007 und Anm. B 1 a zu § 1120.

4. Gelöschte Vermerke braucht niemand mehr zu kennen und zu berücksichtigen. Auf sie allein kann daher die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers nicht gegründet werden. Ist z. B. die auf einem in einer Festung gelegenen Grundstücke neben einem Grundzins eingetragene Verpflichtung, daß das darauf befindliche Gebäude, falls der Fiskus den Grund und Boden zu fortifikatorischen Zwecken gebrauchen möchte, ohne Entschädigung abgebrochen und fortgeschafft werden müsse, gelöscht und nur der Grundzins ungelöscht gelassen, so erwirbt der, dem das Grundstück später aufgelassen wird, das Eigentum daran und der Fiskus kann dies nicht damit in Frage stellen, daß dem Erwerber nur superfiziarische Rechte an dem Grundstücke zuständen, weil er dies aus dem Grundbuche habe ersehen können; vielmehr steht dem Erwerber der Glaube des Grundbuchs zur Seite, da aus dem Vermerke der Zinspflicht allein sich die Superfiziareigenschaft nicht ergibt. (RG. Gruch. 40 S. 1125.) Wer behauptet, daß ein Recht zu Unrecht gelöscht sei, hat dies und das Fortbestehen des Rechtes zu beweisen.

5. Der Entw. I enthielt im § 827 die Vorschrift: „Ist ein Recht als mehreren Personen gemeinschaftlich und ungeteilt zustehend in das Grundbuch eingetragen, so ist für dieselben Gemeinschaft nach Bruchteilen, sowie Gleichheit der Bruchteile als eingetragen anzusehen, sofern nicht aus dem Inhalte der Eintragung ein anderes sich ergibt." Es sollte, damit Täuschungen vermieden werden, kein Zweifel darüber bestehen können, ob im einzelnen Falle in Ansehung eines für mehrere eingetragenen Rechtes eine Gemeinschaft

nach Bruchteilen anzunehmen sei oder nicht. Da Gemeinschaft nach gleichen Bruchteilen die Regel bildet, so sollte aus dem Verhältnisse der Ausnahme zur Regel Gemeinschaft nach gleichen Bruchteilen als eingetragen gelten, wenn sich aus der Eintragung nicht die Ausnahme, Gemeinschaft ohne Bruchteile, ergebe. (Mot. III. S. 155.) Bei der 2. Lesung wurde der § 827 gestrichen, weil dessen Voraussetzung, daß die Gemeinschaft nach Bruchteilen die Regel, die ohne Bruchteile die Ausnahme bilde, nicht mehr zutreffe, nachdem die Gemeinschaft der Gesellschafter nach dem Grundsatze der gesamten Hand geregelt worden sei und noch unrichtiger werde, wenn für das Verhältnis der Miterben derselbe Grundsatz Anwendung finde (vgl. BGB. §§ 719, 2032, 2033). Zudem wurde die von der Kritik vielfach angefochtene Vorschrift für entbehrlich gehalten, wenn durch eine Ordnungsvorschrift in der GBO. dafür Sorge getragen werde, daß bei der Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechtes stets entweder das unter den Gemeinschaftern bestehende Rechtsverhältnis bezeichnet oder die den einzelnen Teilnehmern zustehenden Bruchteile angegeben werden. Dann würden Eintragungen, die über das Verfügungsrecht der Gemeinschafter Zweifel ließen, nur in den seltenen Fällen vorkommen, in denen von seiten des Grundbuchamts gegen die Ordnungsvorschrift verstoßen werde. (Prot. III S. 50.) Vgl. § 48 GBO. mit Anm. Gibt das Grundbuch keine ausreichende Auskunft über die Art der Gemeinschaft, so muß diese im Streitfall anderweitig ermittelt werden; eine Vermutung für die eine oder die andere Art besteht nicht. Sind z. B. mehrere Personen als Eigentümer eines Grundstücks ohne Angabe des unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses eingetragen, so darf nicht — wie früher (vgl. RG. E. 16 S. 251; anders RG. Gruch. 25 S. 745) — angenommen werden, sie seien Miteigentümer nach Bruchteilen und deshalb ein jeder von ihnen zur Verfügung über seinen Anteil berechtigt, weil dies nicht durch Eintragung der Gemeinschaft zur gesamten Hand ausgeschlossen sei, sondern es muß untersucht werden, welche Art der Gemeinschaft unter den mehreren als Eigentümer Eingetragenen besteht, und danach ihre Verfügungsbefugnis bemessen werden. Wer Rechte an dem eingetragenen Rechte durch Verfügung eines einzelnen Gemeinschafters erwerben will, ist also darauf angewiesen, sich die aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Verfügungsmacht des einzelnen anderweit nachweisen zu lassen, und ein gegen die wahre Rechtslage verstoßender Erwerb findet keine Stütze in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. (Gruch. 42 S. 92.) Ergibt sich, daß unter den mehreren eingetragenen Berechtigten eine Gemeinschaft nach Bruchteilen besteht, bleibt aber die Größe der Bruchteile zweifelhaft, dann ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen und daß ein jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen kann (BGB. §§ 742, 747).

6. Die Vermutung des § 891 gilt da, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (vgl. S. 93 Nr. 3), auch für diejenigen Eintragungen und Löschungen, die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt sind, wenn das Gesetz, unter dessen Herrschaft die Eintragung vorgenommen ist, eine dem § 891 BGB. gleiche Vermutung eintreten ließ, wie z. B. das PEigG. (vgl. S. 237 f.). Dagegen gilt sie nicht für solche älteren Eintragungen, durch die nach den damals geltenden Gesetzen die Vermutung nicht begründet worden ist. Letzteres trifft namentlich zu für die während der Geltung der PHypO. v. 1783 und des PALR. sowie für die später nach § 49 Satz 1 PGBO. v. 1872 erfolgten Besitztitelberichtigungen (vgl. Anm. IV A 3 zu §§ 985 ff. BGB.). Übereinstimmend Dernburg (SR. § 48 Nr. 6), Cosack (2 S. 57) und Riedner (EG. S. 362 zu b); die Vermutung des § 891 halten in allen Fällen für anwendbar Oberneck (§ 44 Nr. 5), Böhm (S. 55 Nr. III), Biermann (SR. S. 76 Nr. 1 Abs. 4), Habicht (S. 476) und Fuchs (S. 150 Nr. 8), der die maßgebenden Urteile des RG. in E. 4 S. 270 (wiederholt in JW 1892 S. 493 Nr. 48 und in Gruch. 38 S. 730) übersieht und sich auf Urteile des RG. beruft, die eine andere Frage betreffen, endlich anscheinend auch die Motive zum EG. z. BGB. (S. 267). Auch das RG. (JW. 1903, Beil. S. 54 Nr. 124) hat angenommen, daß § 891 sich nicht auf die Angaben in Grundbüchern des alten Rechtes in Hamburg beziehe. Ebensowenig gilt die Vermutung

des § 891 zugunsten der dinglichen Rechte der II. Abteilung des Grundbuchs, die vor dem Inkrafttreten des BGB. in Preußen eingetragen sind, und zwar ohne Unterschied, ob sie nach § 12 EigG. zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedurften oder nicht. Denn die Begründung dieser Rechte erfolgte außerhalb des Grundbuchs und unabhängig von ihrer Eintragung (vgl. RG. Bolze 16 Nr. 42, JMBl. 1897 S. 112, JW. 1897, S. 615, Nr. 38). Zu ihrer Geltendmachung reichte deshalb die Berufung auf die Eintragung im Grundbuche nicht aus, sondern es mußte ihre Begründung besonders nachgewiesen werden. Hierin ist durch § 891 BGB. nichts geändert. Das BGB. geht bei Aufstellung der Übergangsvorschriften von dem Prinzipe der Nichtrückwirkung neuer Gesetze aus. Den unter dem Schutze staatlicher Gesetze begründeten Rechten und Rechtsverhältnissen soll ihr Bestand nicht in willkürlicher Weise wieder entzogen werden. Nur ausnahmeweise ist aus besonderen rechtspolitischen Gründen durch Vorschriften positiver Natur in den Übergang aus der alten in die neue Rechtsordnung (z. B. durch Art 192 EG. z. BGB.) eingegriffen worden. (Mot. zum EG. BGB. S. 235.) Eine Vorschrift, daß der nach altem Rechte als Eigentümer oder als dinglich Berechtigter Eingetragene die Rechtsstellung eines unter der Herrschaft des BGB. eingetragenen Eigentümers oder dinglich Berechtigten lediglich infolge des Inkrafttretens des BGB. erwerben soll, obwohl sie ihm vorher nicht gebührte, ist weder im BGB. und im EG. dazu enthalten, noch läßt sie sich aus den Bestimmungen dieser Gesetze herleiten. Der dem Wortlaute des § 891 Abs. 1 (ist eingetragen, nicht wird eingetragen) von Fuchs für die Gegenmeinung entnommene Grund ist als zu äußerlich von keinem Belang. Sollte in allen Fällen die Vermutung des § 891 Platz greifen, so würde dadurch die Rechtsstellung des nichteingetragenen wirklichen Eigentümers gegenüber dem Bucheigentümer und des Eigentümers des belasteten Grundstücks gegenüber dem ohne Recht eingetragenen dinglich Berechtigten gegen den früheren Zustand verschlechtert werden; denn jetzt müßte die für das eingetragene Recht bestehende Vermutung durch Gegenbeweis entkräftet werden, während die Beweislast früher dem Eigentümer oder dinglich Berechtigten für die Begründung seines Rechtes oblag. Die Frage, ob Eigentum oder ein dingliches Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. erworben ist, muß nach altem Rechte beurteilt werden (vgl. Mot. zum EG. z. BGB. S. 264). Hieraus ergibt sich, daß da, wo Eigentum oder ein dingliches Recht nach dem alten Rechte nicht durch Eintragung im Grundbuch erworben oder begründet worden ist, infolge der Eintragung auch nicht eine Vermutung für den Erwerb oder die Begründung entstanden sein kann.

7. Die Vermutung des § 891 gilt bei der gewöhnlichen Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§ 1138), bei der Briefhypothek auch in Ansehung des Gläubigerrechts nach § 1155; für die Sicherungshypothek gelten die §§ 1138, 1155 nicht (§§ 1184, 1185).

8. Weiter als § 891 geht § 1148. Dadurch wird dem mit der Hypothekenklage in Anspruch genommenen als Eigentümer Eingetragenen die Einrede, er sei nicht der Eigentümer, abgeschnitten.

9. Das Landgericht ist als Beschwerdegericht nicht berechtigt, eine Eintragung deshalb abzulehnen, weil der bei ihr vorausgesetzte, von keiner Seite angefochtene Stand des Grundbuchs auf formell unhaltbarer Grundlage beruhe; vielmehr ist der Inhalt des Grundbuchs so lange maßgebend, als er nicht im Wege des Beschwerde- oder Berichtigungsverfahrens geändert ist. Denn der Mangel der formellen Voraussetzungen der Eintragung beweist noch nicht ihre Unwirksamkeit, da materiellrechtlich Einigung und Zustimmung jedenfalls nach der Eintragung an keine Form gebunden sind (RG. JW. 20 S. A. 181).

§ 892.

Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des

Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

Unter dem Einflusse des Grundsatzes, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selber hat, ist die rechtliche Sicherheit der Erwerbung eines Rechtes an einem Grundstücke davon abhängig, daß dem Erwerber vorher nicht bloß die Berechtigung des Veräußerers, sondern auch die Belastungen des Grundstücks bekannt geworden sind. Diese Kenntnis wird durch die Grundbucheinrichtung vermittelt. Das Grundbuch vermag aber die ihm gestellte Aufgabe nur unter der Voraussetzung zu erfüllen, daß die Nachrichten, die es über die Rechte am Grund und Boden gibt, als richtig angesehen werden dürfen. Denn können die Beteiligten sich auf den Inhalt des Buches nicht verlassen, so sind sie der Gefahr der Täuschung ausgesetzt, und bei dieser Gefahr wäre zu besorgen, daß die ganze Einrichtung zu einer Falle für den redlichen Geschäftsverkehr würde. Wenn daher die Gesetzgebung, um diesen Verkehr auf eine feste und sichere Grundlage zu stellen, auf das Grundbuch als die Erkenntnisquelle der Rechte am Grund und Boden verweist, so muß sie auch die Reinheit dieser Quelle, die Zuverlässigkeit des Buches, gewährleisten.

Eine gewisse Bürgschaft für die Übereinstimmung des Buchinhalts mit der wirklichen Rechtslage leistet das Gesetz, wenn es Einrichtungen und Vorkehrungen trifft, die eine sorgfältige Führung der Bücher ermöglichen, und die Eintragungen von einer eingehenden Prüfung der Buchbehörde abhängig macht. Diese Mittel allein sind aber nicht genügend, um den Eintragungen das für den Verkehr unerläßliche Maß von Unanfechtbarkeit zu sichern, vielmehr läßt sich dieses Ziel nur erreichen, wenn der an die Spitze gestellte Grundsatz, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selber hat, für die eingetragenen Rechte durchbrochen oder doch erheblich eingeschränkt wird. Von diesem Standpunkte gilt der, welcher in dem Buche als Eigentümer eingetragen steht, zugunsten eines Dritten, dem er das Eigentum überträgt oder ein anderes Recht an dem Grundstücke bestellt, als der Eigentümer, auch wenn er in Wirklichkeit nicht der Eigentümer ist. Dies ist das Prinzip der publica fides oder des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.

Die Entwickelung dieses Prinzips in Preußen ist kurz folgende: Das ALR. gewährleistete demjenigen, für den eine Hypothek gegen den eingetragenen Besitzer in das Hypothekenbuch eingetragen wurde, das Eigentum des Besitzers. Auch schützte es den Dritten, der auf die eingetragene Hypothek durch lästigen Vertrag ein Recht erlangte, gegen alle Einwendungen, die an sich den dinglichen Anspruch entkräften konnten, sofern sie nicht vorher dem Dritten bekannt geworden waren, ferner gegen die Geltendmachung von Rechten, deren Löschung zur Zeit der Erwerbung des Rechtes auf die Hypothek bewirkt war. Dagegen stand die Eigentumsübertragung nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens, obschon gewisse Beschränkungen des Eigentums gegen denjenigen versagten, der in Unkenntnis derselben das Grundstück oder ein Recht daran erworben hatte. (ALR. I. 4 §§ 15—19, I. 10 §§ 7—11, 24, I. 11 §§ 264, 265, I 18 §§ 259, 260, 295—297, 323—326, 665—667, I. 20 §§ 410, 423—426, 522, 526—529.) Ihren Abschluß hat die Entwickelung in den Gesetzen v. 5. Mai 1872 gefunden. Das EigG. dehnte den Schutz, den das ALR. vornehmlich der Hypothek gewährt hatte, auf alle dinglichen Rechte aus. Nach § 9, der die Anfechtung der Eintragung des Eigentumsübergangs nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes gestattete, blieben die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft. Der § 11 maß Beschränkungen des Eigentums Rechtswirkung gegen Dritte nur bei, wenn die Beschränkung im Grundbuch eingetragen oder dem Dritten bekannt war. Im § 38 wurden die Einreden gegen den hypothekarischen Anspruch, die das persönliche Schuldverhältnis betrafen, im Anschluß an die §§ 422—424 I. 20 ALR. eingeschränkt, die Einreden gegen die Grundschuldklage noch weiteren Einschränkungen unterworfen, die Einreden „gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers“ aber überhaupt ausgeschlossen. Nach § 49 endlich erlangten Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld Rechtswirkung gegen Dritte nur, wenn sie bei Hypotheken im Grundbuch eingetragen oder bei Grundschulden auf dem

Grundschuldbriefe vermerkt oder wenn sie den Dritten bei Erwerb ihres Rechtes an dem Grundstücke bekannt waren. Außerdem bestimmte § 118 GBO., daß die Wiedereintragung einer aus Versehen des Grundbuchamts gelöschten Post nicht zum Nachteile derer wirke, die nach der Löschung Rechte an dem Grundstück oder auf eine der gelöschten gleich- oder nachstehende Post im redlichen Glauben erworben haben. — Die angeführten Vorschriften waren, wenn auch zum Teile anders gefaßt, in die Grundbuchgesetze für Oldenburg, Koburg-Gotha, Braunschweig, Waldeck und Pyrmont, Sondershausen und beide Lippe übergegangen.

Da auch die Gesetze der übrigen Gebiete des Deutschen Reiches mit Ausnahme derjenigen, wo französisches Recht galt, das Prinzip des öffentlichen Glaubens mehr oder weniger verwerteten, so konnte es nicht zweifelhaft sein, daß dieser Grundsatz im BGB. zur Anerkennung gelangen müsse. Der § 892 bringt ihn für die Fälle zur Geltung, in denen der Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte auf den Inhalt des Grundbuchs gestützt wird, während er nach der dadurch verdeckten wirklichen Rechtslage hinfällig sein oder doch nicht in dem buchmäßigen Umfange bestehen würde.

Im wesentlichen war der Grundsatz mit seinen Konsequenzen schon in den §§ 837—839 und in dem § 844 Abs. 2 Entw. I enthalten. Bei der 2. Lesung und später sind Änderungen nur in Einzelheiten vorgenommen.

I. Bezüglich der Voraussetzungen der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist folgendes hervorzuheben.

Geschützt wird nur der durch dingliches Rechtsgeschäft sich vollziehende dingliche Erwerb.

1. Sowohl die Eigentumsübertragung als auch die Begründung eines begrenzten Rechtes an dem Grundstücke stehen unter dem Schutze, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt. Der Schutz ist indessen nicht auf diese Geschäfte begrenzt, sondern auch auf die Verfügungen über eingetragene Rechte Dritter ausgedehnt. Er wird gewährt für den Erwerb nicht nur von Rechten am Grundstücke, sondern auch von Rechten an einem solchen Rechte. „Das praktische Bedürfnis mag freilich nicht überall mit gleicher Stärke sich geltend machen. Allein innere Gründe für die Beschränkung des Schutzes auf gewisse Rechte sind nicht erfindlich, und einfacher wird das Gesetz sicherlich, wenn es den rechtsgeschäftlichen Erwerb der Rechte an Grundstücken hier, ebenso wie im § 873 BGB., ohne zwischen den einzelnen Rechten zu unterscheiden, gleichmäßig regelt." (Mot. III S. 211.) Obligatorische Rechte, die in Beziehung auf ein Grundstück oder auf ein Recht an einem solchen erworben werden, stehen nicht unter dem Schutze des § 892.

Es macht keinen Unterschied, ob der Rechtserwerb vom eingetragenen Berechtigten oder seinem Erben oder sonstigem Rechtsnachfolger (z. B. seinem Zessionar) hergeleitet wird; nur beschränkt sich im Falle einer Verfügung des Erben oder Zessionars der öffentliche Glaube des Grundbuchs darauf, daß das Recht, das den Gegenstand oder die Grundlage der Verfügung bildet, dem Erblasser oder Zedenten zugestanden hat (vgl. Anm. 3 Abs 6).

Aus dem Wesen des Publizitätsprinzips folgt nicht die Beschränkung, daß der Erwerber auf den öffentlichen Glauben sich nur berufen kann, wenn er selbst zur Eintragung gelangt ist. Es macht deshalb keinen Unterschied, ob zum Erwerb Einigung der Beteiligten und Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist oder ob einer der Ausnahmefälle vorliegt, wo diese Erfordernisse nicht gelten; der Schutz des öffentlichen Glaubens wird insbesondere auch demjenigen zuteil, der eine Hypothek, eine Grund- oder Rentenschuld mit Brief von dem eingetragenen Berechtigten ohne Eintragung (nach §§ 1154 Abs. 1, 1192, 1199) erwirbt. (Prot. VI S. 267 I, Mot. III S. 211, Denkschr. S. 183.)

Das PEigG. versagte die Berufung auf den öffentlichen Glauben dem, der ein Recht vom Eigentümer oder eine Hypothek vom Gläubiger ohne Entgelt erworben hat; dagegen unterschied es entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerb bei der Grundschuld nicht (§§ 9, 38; vgl. auch ALR. Einl. § 96 u. I 20 § 423). Schon § 837 Entw. I machte keinen Unterschied zwischen beiden Kategorien von Rechtsgeschäften, und dies ist bei der 2. Lesung beibehalten. Über die Gründe vgl. Motive III S. 212 und Prot. III S. 82 ff.

Digitized by Google

Dem rechtsgeschäftlichen Erwerb ist dadurch, daß dies im § 892 nicht ausgeschlossen ist, auch dann der Schutz des öffentlichen Glaubens gewährt, wenn er unentgeltlich erfolgt. Aber die Lage dessen, der durch den Schutz des unentgeltlichen Erwerbs einen Rechtsverlust erleidet, findet insofern die erforderliche Berücksichtigung, als er gegen den Erwerber einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach Maßgabe der Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erhält (§ 816 Abs. 1 Satz 2. Vgl. Denkschr. S. 183 und unten Anm. IV).

Bei der 2. Lesung ist der Zweifel angeregt, ob durch § 892 der gute Glaube auch desjenigen Erwerbers geschützt werde, auf den nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ein Recht am Grundstück, auf den z. B. nach § 268 infolge der Befriedigung des betreibenden Gläubigers dessen Forderung übergeht; eine Entscheidung ist nicht getroffen (Prot. III S. 589 B). Die Frage wird allgemein verneint. Abgesehen von den Erwerbungen kraft Gesetzes, bei denen auch die persönlichen Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger übergehen, wie bei der Erbfolge (§§ 1922, 1967) und bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1459), bei denen also schon deshalb der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausgeschlossen ist (RG. RJA. 3 S. 146, Bd 4 S. 58), kommen die Erwerbungen in Betracht, die infolge eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes eintreten, wie der Übergang einer Forderung oder einer Hypothek auf den, der den Gläubiger befriedigt (§§ 268, 426, 774, 1143, 1163, 1164, 1173, 1174, 1182) und der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer infolge Verzichts des Gläubigers (§ 1168). In diesen Fällen hat zwar der Erwerb ein Rechtsgeschäft zur Voraussetzung, aber er erfolgt nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern tritt nur ein, weil das Gesetz in besonderen Fällen bei Rechtsgeschäften, die an und für sich den Erwerb nicht bewirken, dies bestimmt. A. M. v. Reibnitz (S. 41, 71), weil der § 893 so interpretiert werden müsse, daß sein Schutz dahin gehe, den, welcher eine Leistung an den als Berechtigter Eingetragenen bewirke, so zu stellen, als ob er an den wirklich Berechtigten geleistet hätte.

Kraft Gesetzes erfolgt auch die Eintragung auf Grund des Ersuchens einer Behörde (§ 39 GBO.), wenn das Ersuchen sich nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern lediglich darauf stützt, daß die Behörde nach gesetzlicher Vorschrift dazu befugt sei. Hierher gehört insbesondere die auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts einzutragende Sicherungshypothek des Vormundes, Pflegers oder Beistandes (RGFG. § 54).

2. Der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung wurde von der älteren Gesetzgebung dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe hier nicht gleichgestellt. Nach § 8 I 10 PrALR. sollte nur der geschützt sein, der in Verhandlungen mit dem Eingetragenen sich eingelassen hatte. Die spätere Rechtsentwicklung ging aber weiter: der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs wurde auch dem gewährt, der im Wege der Zwangsvollstreckung eine Hypothek auf das Grundstück des Schuldners eintragen (OTrib. E. 3 S. 235; RG. E. 2 S. 260) oder ein eingetragenes Recht sich überweisen ließ (OTrib. E. 30 S. 408; RG. E. 10 S. 251). Diesem Vorgange folgte der Entw. I., in dessen § 837 dem Erwerbe durch Rechtsgeschäft der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gleichgestellt war (vgl. Mot. III S. 213). Bei der 2. Lesung wurden die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung" gestrichen, den Anträgen aber, durch eine ausdrückliche Vorschrift die Anwendung des § 892 auf den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung auszuschließen, keine Folge gegeben. Auch wurde abgelehnt, den Abs. 1 des § 892 für nicht anwendbar zu erklären, falls eine Forderung dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung zur Einziehung überwiesen werde, dagegen bei der Überweisung an Zahlungsstatt das Prinzip des § 892 Abs. 1 aufrecht zu erhalten. (Prot. III S. 78.) Hiernach kann derjenige sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, für den im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung eine Sicherungshypothek auf dem Grundstücke des Schuldners eingetragen (ZPO. §§ 866, 867, 932), oder dem eine gepfändete Forderung, für die eine Hypothek

besteht, oder eine gepfändete Grund- oder Rentenschuld zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen ist (ZPO. §§ 830, 835 ff., 857 Abs. 6). Der erstere ist vielmehr dem Angriff ausgesetzt, daß die Zwangs- oder Arresthypothek auf einem Grundstück eingetragen sei, welches nicht dem als Eigentümer eingetragenen Schuldner, sondern in Wahrheit einem anderen (z. B. zu einer Gemeinschaft zur gesamten Hand) gehöre; der letztere muß sich alle Einreden aus dem der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsverhältnis entgegensetzen lassen (RG. JW. 1902 Beil. S. 272 Nr. 211, E. 54 S. 103, KG. JB. 25 S. A 85). Da sich in der Regel aus dem Grundbuch ersehen läßt, daß eine Sicherungshypothek im Zwangsverfahren eingetragen ist, wird ein Rechtsnachfolger des ersten Berechtigten kaum in der Lage sein, sich auf § 892 zu berufen. Der § 892 greift dagegen, wie bei der 2. Lesung für selbstverständlich erachtet wurde, wieder Platz, wenn der Gläubiger das ihm an Zahlungs Statt überwiesene Recht in gutem Glauben weiter übertragen hat.

Der § 892 findet dagegen Anwendung, wenn der Schuldner verurteilt ist, in eine Rechtsänderung zu willigen; denn hier handelt es sich im Grunde um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb, der nicht anders zu beurteilen ist, als wenn der Schuldner das betreffende Recht freiwillig bestellt. Im § 810 Entw. II war dem durch Hinzusetzung der Worte „oder durch Urteil" hinter „durch Rechtsgeschäft" besonders Ausdruck gegeben. Der Zusatz wurde jedoch später wieder gestrichen, weil er seinem Wortlaute nach auch den Fall der Zwangs- und Arresthypothek decke und zu dem Mißverständnis Anlaß geben könne, als wenn auch dieser Fall und nicht bloß der Rechtserwerb, der auf einem Urteile des im § 894 ZPO. bezeichneten Inhalts beruhe, den Schutz des § 892 BGB. genießen solle. Später ist der Erwerb, der sich nach §§ 894, 897 ZPO. vollzieht, durch § 898 ZPO. ausdrücklich unter den Schutz der §§ 892. 893 BGB. gestellt (vgl. S. 138 Nr. 8).

(Vgl. Prot. III S. 77—79, 588 I A, 707.)

3. Andere Erwerbsarten, als die auf Rechtsgeschäft beruhenden, fallen nicht unter das Prinzip des § 892.

Die Erwerbung der ehelichen und elterlichen Nutznießung vollzieht sich nach den §§ 1363 und 1649 kraft Gesetzes, ebenso nach den §§ 1438 Abs. 2 und 1519 Abs. 2 die mit der Eingehung der Gütergemeinschaft eintretende Rechtsgemeinschaft an dem unbeweglichen Vermögen der Ehegatten. Diese Erwerbsarten sind nicht unter den Schutz des § 892 gestellt, weil ein Bedürfnis dazu nicht vorhanden ist. Wer z. B. unter Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft die Ehe mit einer Frau eingegangen ist, zu deren gemeinschaftlich gewordenem Vermögen ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke gehört, das von ihr in Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erworben ist, kann sich nicht in Ansehung dieses Grundstücks oder Rechtes auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, auch wenn ihm bei Eingehung der Ehe bezw. der Gütergemeinschaft die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt war. Dies folgt schon aus der persönlichen Haftung des Mannes als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind (§ 1459 Abs. 2 BGB.). Für das frühere Recht vgl. RG. Gruch. 40 S. 979, Bd 47 S. 663.

Die Erwerbung im Wege der Zwangsversteigerung folgt ihren eigenen Regeln. Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des versteigerten Grundstücks ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner oder ein anderer Eigentümer gewesen ist, ob und inwieweit der Ersteher das Grundstück erwerben wollte und ob ihm bekannt war, daß bis zum Zuschlage nicht der Subhastat, sondern ein ihm bekannter Dritter Eigentümer des Grundstücks gewesen ist (RG. E. 45 S. 284, Gruch. 44 S. 1006, JW. 1900 S. 452 Nr. 35, S. 480 Nr. 64); er erwirbt das Grundstück frei von allen Belastungen, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen und nach den Vereinbarungen mit den Beteiligten bestehen bleiben sollen (ZVG. §§ 90, 91, 37 Nr. 4, 5, §§ 52, 57 ff.). Vgl. Bd II Ergänzung II.

Bei der Zwangsenteignung geht in Preußen das enteignete Grundstück mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses in das Eigentum des Unternehmers über, und zwar

frei von allen darauf haftenden, vom Unternehmer nicht vertragsmäßig übernommenen privatrechtlichen Verpflichtungen. Die Entschädigung tritt rücksichtlich aller Eigentums-, Nutzungs- und sonstigen Realansprüche, insbesondere der Reallasten, Hypotheken und Grundschulden an die Stelle des enteigneten Gegenstandes. (G. v. 11. Juni 1874 §§ 44 ff.; EG. z. BGB. Art. 109.) Vgl. Bd II Ergänzung I.

Bei Gemeinheitsteilungen und Zusammenlegungen geht in Preußen das Eigentum an den Abfindungsgrundstücken, wenn die Auseinandersetzung nicht schon früher auf Grund des endgültig festgestellten Planes ausgeführt ist, mit der Bestätigung des Rezesses, der die Wirkung eines Urteils oder Vergleichs hat, auf die Beteiligten über. Die Entschädigung, die jeder Teilnehmer durch die Auseinandersetzung erhält, ist ein Surrogat der dafür abgetretenen Grundstücke oder dadurch abgelösten Berechtigungen und erhält daher in Ansehung ihrer Befugnisse und Lasten und sonstigen Rechtsverhältnisse die Eigenschaften derjenigen Grundstücke und Rechte, für welche sie gegeben worden. (EG. z. BGB. Art. 113.) Vgl. Bd II Ergänzung III § 2 Nr. IV, § 3 Nr. III.

Der Erbe kann, da er das Vermögen des Erblassers nicht nur in aktiver, sondern auch in passiver Beziehung erwirbt, sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für seinen Erwerb nicht berufen. Die Berufung steht ihm nur aus der Person des Erblassers zu. Der Anfall des Vermögens eines Vereins an den Fiskus (BGB. § 46) steht auch in dieser Beziehung dem Erbanfalle gleich. Dasselbe gilt für den Miterben, der ein Nachlaßgrundstück teils in seiner Eigenschaft als Erbe, teils auf Grund der ihm von den übrigen Miterben erteilten Auflassung erworben hat (vgl. RG. Bolze 2 Nr. 135, Bd 20 Nr. 54, E. 22 S. 340, Gruch. 47 S. 663, V. 200. 03). Dagegen bleibt durch § 892 BGB. geschützt, wer, nachdem er ein Grundstück durch Rechtsgeschäft erworben hat, Erbe des Veräußerers wird (vgl. RG. Bolze 4 Nr. 79, E. 22 S. 340, Gruch. 32 S. 1084, Bd 41 S. 958, V. 409. 02). Ähnlich, wie beim Erben, verhält es sich bei dem, der durch Vertrag das Vermögen eines andern übernommen hat. Er steht zwar inbezug auf den Eigentumserwerb einem Erben nicht gleich, sondern ist Singularsukzessor des Übertragenden; da er aber durch den Vertrag in alle persönlichen Verbindlichkeiten des Abtretenden eintritt, so findet eine, wenn auch besonders gestaltete Art von Universalsukzession in die Passiva statt (BGB. § 419). Gehören zu dem übernommenen Vermögen Grundstücke, an denen dem Übertragenden nicht das Eigentum, sondern nur der Besitz zusteht, so ist der Übernehmer auch in das zwischen dem Eigentümer und dem Übertragenden bestehende Rechtsverhältnis eingetreten. Wenn in solchem Falle der Übernehmer die Auflassung von dem fälschlich als Eigentümer eingetragenen Übertragenden erhalten hat und als Eigentümer eingetragen ist, so ist er auf Grund des Rechtsverhältnisses, das zwischen dem wahren Eigentümer und dem Übertragenden bestanden hat, verpflichtet, den wahren Eigentümer als solchen anzuerkennen und an diesen nach beendetem Besitzrechte die Grundstücke herauszugeben, und er kann der Vindikationsklage des Eigentümers nicht entgegensetzen, daß auf Grund der ihm von dem im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen erteilten Auflassung seine Eintragung als Eigentümer erfolgt ist (a. M. Planck Anm. 2 d zu § 892). So war es auch nach bisherigem preuß. Rechte beim Erwerb eines ganzen Vermögens durch sog. Vitalizien- oder Alimentationsvertrag (vgl. ALR. Anh. § 19 zu § 646 I. 11; RG. E. 24 S. 256, Bd 25 S. 276, Gruch. 35 S. 979, JW. 1888 S. 42 Nr. 100). Überhaupt kann ein Rechtserwerb auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs dann nicht in Frage kommen, wenn der Erwerber auch in die passiven Beziehungen des Veräußerers eingetreten ist und daher gleich diesem der Berichtigung des Grundbuchs zustimmen muß. Dies trifft z. B. zu, wenn der Fiskus das gesamte Vermögen einer Eisenbahngesellschaft übernommen hat und, wenn man auch nicht eigentlich von einer sich von Rechts wegen vollziehenden Gesamtnachfolge reden will, jedenfalls in die passiven Beziehungen der Gesellschaft eingetreten ist (vgl. den Vertrag v. 23. Oktbr 1883 § 8, GS. 1884 S. 21). War da die Eisenbahngesellschaft verpflichtet, das Eigentum eines Dritten an einem dem Fiskus mitübertragenen Grundstück anzuerkennen und sich die

Abschreibung von dem Blatte der Eisenbahn, auf welches das Grundstück zu Unrecht gekommen ist, gefallen zu lassen, so ist es der Fiskus in gleichem Umfange. Die Berufung auf den Glauben des Grundbuchs ist bei solcher Sachlage ausgeschlossen, mag auch dem Fiskus das Grundstück aufgelassen sein. Die Folge ist, daß die Auflassung das Eigentum an dem dem Dritten gehörigen Grundstück auf den Fiskus nicht übertragen hat und daß daher, sofern das Verzeichnis der Grundstücke das Grundstück dennoch als fiskalisches Eigentum ausweist, zur Beseitigung des dadurch hervorgerufenen Scheines dieses Eigentums nicht die Rückauflassung des Grundstücks an den Dritten erforderlich ist, sondern daß die Berichtigung des Verzeichnisses durch Entfernung des Grundstücks aus ihm und durch Buchung für den Dritten oder im Falle des Art. 1 V. v. 13. Novbr 1899 (vgl. Bd II Anm. zu § 90 GBO.) durch Ausbuchung erfolgt. (RG. JW. S. 22 A 143; vgl. AVf. v. 20. Novbr 1899 § 29 in Bd II Anm. B II 4 zu § 2 GBO., sowie RG. JW. 13 S. 100, Bd 17 S. 38.)

Der Erwerb des Vermächtnisnehmers beruht auf rechtsgeschäftlicher Leistung seitens des Beschwerten (§ 2174), ist daher durch § 892 geschützt, wenn auch die Forderung des Vermächtnisnehmers schon mit dem Erbfalle zur Entstehung kommt (§ 2176).

Erwirbt jemand durch Rechtsgeschäft von einem nicht als Berechtigter eingetragenen Erben ein für den Erblasser eingetragenes Recht (vgl. GBO. § 41), so kann auch er sich auf den Glauben des Grundbuchs nur insoweit berufen, als dies dem Erblasser zustand. Ist dem Erben aber ein Erbschein erteilt, so steht sein Erwerb zwar nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wohl aber unter dem Schutze des § 2366 BGB. Denn der Erbschein bewirkt für den gutgläubigen Erwerber, daß er das eingetragene Recht wirksam, d. h. so erwirbt, als ob der Erbe als Berechtigter im Grundbuch eingetragen gewesen wäre. (Mittelstein S. 15; v. Reibnitz S. 84 ff.; Planck 5 S. 666 Nr. II 1 a.)

Die Konkursmasse kann nicht die Stellung eines Dritten im Sinne der §§ 892, 893 BGB. beanspruchen, weil die Konkurseröffnung für sie keinen rechtsgeschäftlichen Erwerb an dem Grundstücke des Gemeinschuldners bedeutet (RG. E. 19 S. 62, V. 162. 02).

4. „Der Rechtsschutz, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt, kommt nur dem zustatten, der diesem Glauben gefolgt ist. Dies hat jedoch nicht die Bedeutung, als sei der Schutz des Gläubigers davon abhängig, daß er vor der Erwerbung das Buch eingesehen habe und außerdem beweise, daß er bei der Erwerbung in gutem Glauben an die Richtigkeit des Buchinhalts gewesen sei, sondern es muß ihm bewiesen werden, daß er nicht in gutem Glauben gewesen sei. Anderseits kann er sich nicht darauf berufen, daß er eine Eintragung nicht gekannt habe.

„Das Öffentlichkeitsprinzip betätigt sich nicht bloß in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, sondern auch darin, daß es dem Erwerber das erworbene Recht erhält. Ein Rechtsgeschäft kann in Beziehung auf ein eingetragenes Recht mit dinglicher Wirksamkeit nur unter Voraussetzung desjenigen objektiven und subjektiven Rechtsbestandes vorgenommen werden, den das Buch ausweist. Deshalb muß das Grundbuch formell öffentlich sein, und diese Öffentlichkeit hat den Sinn, daß es von jedem Beteiligten nicht bloß eingesehen werden kann (vgl. GBO. § 11), sondern auch eingesehen werden muß. Hieraus folgt aber nur, daß, wenn die Einsicht unterbleibt, wo sie hätte geschehen sollen, gleichwohl der Inhalt des Buches als dem Beteiligten bekannt geworden anzusehen und gegen ihn wirksam ist. Eine weitere Folge kann an die Nichteinsicht auch dann nicht geknüpft werden, wenn der Erwerber sich auf den Inhalt des Grundbuchs beruft, um die Rechtsgültigkeit der Erwerbung durch den öffentlichen Glauben des Buches zu rechtfertigen. Hat nun das Grundbuch die Bestimmung, die für den Rechtsverkehr erforderlichen Nachrichten über die Rechte am Grund und Boden zu geben, so folgt von selbst, daß diese Nachrichten lediglich um deswillen, weil sie im Buche stehen, geeignet sind, die Überzeugung von der Richtigkeit ihres Inhalts in jedem hervorzurufen, für den sie ein Interesse haben. Wenn daher jemand bei einem dinglichen Erwerbsgeschäfte das Grundbuch für sich hat, so muß von ihm angenommen werden, daß er im Glauben an die Richtigkeit der Nachrichten des Buches sich auf das Geschäft eingelassen hat. Das Gesetz kann von dem Erwerber nicht den Beweis der Erwerbung in gutem Glauben fordern, ohne mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Widerspruch zu treten und dadurch diesen Grundsatz in einem Grade abzuschwächen, daß er für die Rechtssicherheit das nicht mehr leisten kann, was er zu leisten bestimmt ist. Den Anforderungen der Rechts-

moral wird dadurch genügt, daß die Berufung auf den öffentlichen Glauben demjenigen versagt wird, der die Tatsachen gekannt hat, aus denen sich die Unrichtigkeit des Buchinhalts ergibt." (Mot. III S. 212.)

Der III. ZS. des RG. hat eine Entscheidung erlassen, die schwere Bedenken erregt. Es heißt darin: „Objektiv wird zur Anwendung des § 892 erfordert, daß eine Abweichung des Inhalts des Grundbuchs von der wirklichen Rechtslage bestehe, subjektiv aber, daß der Erwerber des Rechtes an dem Grundstücke seinen Erwerb im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gemacht habe. Freilich braucht der Erwerber nicht nachzuweisen, daß er gerade im Vertrauen auf die Richtigkeit des Inhalts des Grundbuchs den Erwerb vollzogen habe. Vielmehr wird dies zunächst stillschweigend vorausgesetzt. Deshalb kommt der § 892 an sich auch demjenigen zustatten, der vor dem Erwerbe das Grundbuch gar nicht eingesehen hat. Aber daß jene gesetzliche Voraussetzung zutreffe, kann im einzelnen Falle widerlegt werden, indem der Gegner dartut, daß der Erwerber seinen Erwerb nicht im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzogen hat." Dem Erwerber, der sich auf den Inhalt des Grundbuchs beruft, soll der Einwand entgegengesetzt werden können, daß er sich vom Inhalte des Grundbuchs gar keine Kenntnis verschafft, sondern die Angaben seines Rechtsurhebers für maßgebend erachtet habe, wenn diese auch mit dem Inhalte des Grundbuchs übereinstimmen. Denn auch dann habe der Erwerber seinen Glauben nicht aus dem Grundbuche, sondern aus einer anderen Quelle geschöpft (JW. 1905 S. 531 Nr. 13, S. 552). Diese Annahme findet weder im Gesetze, noch in den Vorarbeiten dazu einen Anhalt.

5. „Die Täuschung, die der Grundsatz des öffentlichen Glaubens verhindern soll, muß in dem Buche selbst ihren Grund haben. Wer die Erwerbung eines eingetragenen Rechtes von einer Person herleitet, die fälschlich unter dem Namen des Berechtigten verfügt hat, kann zum Schutze dieser Verfügung nicht auf das Grundbuch sich stützen. Denn nicht sein Vertrauen auf den Inhalt des Buches, sondern das Vertrauen in die Person seines Rechtsurhebers hat ihn getäuscht. Jener Inhalt berechtigte ihn nicht, diese Person für den Berechtigten zu halten." (Mot. III S. 213.) Vgl. Vorbem. 2 Abs. 7 S. 77.

II. 1. Gegenstand des öffentlichen Glaubens sind nur die sich aus dem Grundbuch ergebenden, zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfenden dinglichen Rechtsverhältnisse, nicht die darin wiedergegebenen Angaben lediglich tatsächlicher Natur.

Der § 892 schließt den nach § 891 an sich zulässigen Gegenbeweis gegen die Vermutung, daß ein eingetragenes Recht bestehe, dagegen ein gelöschtes Recht nicht bestehe, zugunsten desjenigen aus, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft gutgläubig erwirbt. Daraus ergibt sich in Verbindung mit dem in Anm. 3 zu § 891 Ausgeführten ohne weiteres, daß der sogenannte öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nur auf eingetragene oder gelöschte Rechte bezieht. Der nach § 418 ZPO. zulässige Gegenbeweis gegen die tatsächlichen Angaben des Grundbuchs ist nirgends ausgeschlossen. So klar diese Sätze sich aus dem Gesetz ergeben, muß doch noch in eine weitere Beweisführung eingetreten werden, weil in Anlehnung an die Rechtsprechung, die sich an den § 7 PEigG. angerankt hat, auch für die tatsächlichen Angaben des Grundbuchs noch jetzt der öffentliche Glaube des Grundbuchs von einzelnen Kommentatoren in Anspruch genommen wird.

Wie schon (S. 240 f. Anm. 3) dargelegt ist, wurde der § 7 jenes Gesetzes im wesentlichen dahin aufgefaßt, daß er eine Vermutung für das Eigentumsrecht des eingetragenen Eigentümers begründe. Über die Frage, ob diese Vermutung widerlegt werden könne, verhielt sich nur § 9 desselben Gesetzes, nach dem die Eintragung des Eigentumsübergangs und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes angefochten werden konnten, aber die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte (Eigentum, Hypotheken ꝛc.) in Kraft blieben. Auch hier tritt die Tendenz, nur den rechtlichen Bestand des Grundbuchs mit öffentlichem Glauben zu bekleiden, deutlich zutage. Dennoch wurde angenommen, daß, wenn eine Auflassung der Zurückführung des Grundbuchs auf das

Kataster nachfolge, die Angaben über die Lage und Größe des Grundstücks an dem öffentlichen Glauben teilnähmen, und zwar selbst dann, wenn das Kataster objektiv unrichtig war oder gar statt der richtigen Angaben des Katasters vom Grundbuchrichter unrichtige Flächenmaße, Katasternummern 2c. in das Grundbuch eingetragen waren. Vermöge der Auflassung, so wurde angenommen, verwandle sich die Tatsache in ein Recht, nicht etwa durch irgend ein Rechtsgeschäft der Beteiligten, sondern gewissermaßen durch Transsubstantiation. Der gute, aber irrige Glaube des Erwerbers sollte nicht nur diese Verwandlung fertig bringen, sondern Grundstücke versetzen. Parzellen, die stets im Besitze eines Grundstückseigentümers gewesen und von ihm mit diesem Grundstücke bewirtschaftet worden waren, wurden ihm zugunsten des Eigentümers eines anderen Grundstücks, auf dessen Grundbuchblatt sie durch ein Versehen des Kataster- oder Grundbuchamts gelangt waren, gewissermaßen und noch dazu ohne Entschädigung enteignet. Auch dann wurde keine Ausnahme gemacht, wenn der bei Anwendung jenes Dogmas benachteiligte Eigentümer von dem zu seinem Schaden vorgekommenen Irrtume keine Kenntnis haben konnte, wenn z. B. zwar das andere, aber noch nicht sein Grundstück auf das Kataster zurückgeführt war. Diesen ungeheuerlichen Zustand hält Koppers (im Recht 1901 S. 282, 534) für angemessen und auch durch das neue Recht begründet. Mit der Zeit ergab sich, daß diese Rechtsprechung von Grundstückserwerbern, die erst lange nach ihrem Erwerbe bei Gelegenheit neuerlicher Vermessungen oder sonst davon Kenntnis erhielten, daß Flächen zwar nach den im Grundbuch aufgeführten Parzellennummern, aber nicht nach den wirklichen Verhältnissen zu dem erworbenen Grundstücke gehörten, unrechtmäßig ausgenutzt wurde. Die Rechtsprechung sah sich dadurch zu einer wesentlichen Einschränkung genötigt. Es wurde gegen die vom eingetragenen Eigentümer erhobene Eigentumsklage der Einwand zugelassen, daß sich der Veräußerungs- oder Erwerbswille oder beide auf jene Flächen nicht bezogen und daher eine Auflassung dieser Flächen nicht stattgefunden habe. Indessen war dies nur ein oft versagender Notbehelf, da der Beklagte sich über die Willensrichtung der Auflassungsbeteiligten der Regel nach in Unkenntnis befindet.

Diesen unerquicklichen Zuständen, die im wesentlichen auf den Mangel einer deutlichen Bestimmung in den preußischen Gesetzen darüber, worauf sich der öffentliche Glaube erstrecke, beruhte, ist durch den klaren Wortlaut der §§ 891, 892 BGB. ein Ende gemacht. Gegenstand der Rechtsvermutung (§ 891) sind nur Rechte, des öffentlichen Glaubens (§ 892) nur Rechte und Verfügungsbeschränkungen. Der Ausdruck des § 892: „Der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig" darf nicht irre führen; denn einmal versteht das BGB. unter dem Inhalte nur, was es selbst zur Aufnahme in das Buch bestimmt, und dazu gehören tatsächliche Angaben nicht (vgl. Planck Anm. 1 1 zu § 892), sodann ergibt § 891, der die Vermutung aufstellt, die in den Fällen des § 892 unwiderleglich wird, daß zum Inhalte des Grundbuchs tatsächliche Angaben nicht gehören, und endlich gibt § 894 klare Auskunft dahin, daß nur Rechte und Verfügungsbeschränkungen durch den öffentlichen Glauben des Buches gedeckt werden.

Daß diese Beschränkung des öffentlichen Glaubens von den gesetzgebenden Faktoren beabsichtigt war, ergibt sich aus den Vorarbeiten zu den neuen Gesetzen ganz klar. In den Motiven (III S. 153, 208) und in der Denkschrift zum BGB. (S. 171, 183) wird als Gegenstand des öffentlichen Glaubens der auf den Rechtszustand bezügliche Inhalt des Grundbuchs bezeichnet. In den Mot. z. Entw. I e. GBO. (S. 35) heißt es: „Die Bezeichnung des Grundstücks ist auch eine Angabe des Grundbuchs, deren Richtigkeit . . . zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers garantiert wird. Da indessen das Grundbuch das Grundstück . . . durch Angabe der Nummer des Flurbuchs bezeichnet, so wird nur garantiert, daß das an der Hand des Flurbuchs zu ermittelnde Grundstück den im Grundbuch angegebenen Rechtsverhältnissen unterliegt. Die ferneren Nachrichten, die das vielleicht weiter auf eine Kartierung sich stützende Flurbuch über die Lage und Größe des Grundstücks gibt, stehen nicht unter der gleichen Garantie wie der Grundbuchinhalt, sondern nur unter derjenigen Garantie, die das vorausgegangene amtliche Ermittlungsverfahren ihnen gibt und die von der Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Ergebnisse dieses Verfahrens abhängt." In den Prot. (III S. 11) wird als Meinung der Mehrheit der 2. Komm. vorgetragen: „Das Grundbuch solle dem Erwerber für die Richtigkeit und Vollständigkeit seines Inhalts bezüglich seiner Angaben über die Rechtsverhältnisse am Grundstücke Gewähr leisten, nicht aber für eine bestimmte tatsächliche Beschaffenheit oder einen bestimmten Bestand des Grundstücks." In der Denkschrift zur GBO. (S. 26) wird gesagt, es verstehe sich von selbst, daß die in dem amtlichen Verzeichnis enthaltenen Angaben über die Lage und Größe eines Grundstücks, auch wenn das Grundbuch sie widergibt oder auf sie Bezug nimmt, von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gedeckt wird; diese Angaben seien rein tatsächlicher Natur, der § 892 BGB. wolle dem Erwerber nur die Sicherheit gewähren, daß der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung der

dinglichen Rechtsverhältnisse mit der wirklichen Rechtslage im Einklange stehe. Auf demselben Standpunkte haben die Regierungen der Einzelstaaten bei Erlaß der Ausführungsbestimmungen gestanden. So hat die bayerische Regierung erklärt: „Die Eintragungen in der ersten Rubrik des Hypothekenbuchs haben nicht die Bedeutung, wie die Eintragungen in den übrigen Abteilungen des Hypothekenbuchs und Grundbuchs; sie haben namentlich nicht positiven öffentlichen Glauben und können ihn nicht haben, weil es sich bei ihnen nicht um Rechtsverhältnisse, sondern um tatsächliche Verhältnisse handelt, auf die das Buch keinen Einfluß ausüben kann" (vgl. Henle Die Anlegung des Grundbuchs 2c. S. 17 Anm. 12), und das badische AG. z. GBO. § 20 bestimmt: „Das Verfahren zum Zwecke der Berichtigung der auf die tatsächliche Beschaffenheit der Grundstücke, insbesondere auf deren Lage und Größe sich beziehenden Angaben des Grundbuchs wird durch landesherrliche Verordnung bestimmt." In der Begründung dazu wird auf die oben mitgeteilte Stelle der Denkschrift zur GBO. Bezug genommen (vgl. Armbruster Bad. AG. z. GBO. S. 65). Durch die badische GrundbuchausfV. ist das dem preuß. Grundsteuer- und Gebäudesteuerbuch entsprechende Lagerbuch als das amtliche Verzeichnis im Sinne des § 2 Abs. 2 GBO. bestimmt.

Nach alledem kann wohl als sicher angenommen werden, daß die Angaben des auf das Kataster- oder Lagerbuch oder auf sonstige amtliche Verzeichnisse zurückgeführten Grundbuchs über die Größe und Lage des Grundstücks zwar nach § 418 ZPO. vollen Beweis liefern, daß aber dieser Beweis auch demjenigen gegenüber, der ohne Kenntnis von der wahren Sachlage nach jener Zurückführung Rechte an dem Grundstücke, sei es durch Rechtsgeschäft (z. B. durch Auflassung) oder auf sonstige Art erworben hat, durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Der Vindikationsbeklagte kann den Gegenbeweis entweder darauf richten, daß das Kataster und das Grundbuch auch seinem Besitzstande zur Seite ständen, womit die auf das Grundbuch gestützte Legitimation des Klägers zerfallen würde, oder darauf, daß die Angaben der Steuerbücher auf falschen Ermittlungen beruhten, oder darauf, daß der Grundbuchrichter bei der Übertragung aus dem Kataster geirrt, z. B. Parzellen, die nach dem Kataster zum Grundstücke des Beklagten gehören, auf das Grundbuchblatt des Klägers übertragen habe. Die Entscheidung des Rechtsstreits ist von der Würdigung der beiderseits erbrachten Beweise abhängig (vgl. Hinrich HypR. S. 239). Damit ist im wesentlichen zu der preuß. Rechtsprechung aus der Zeit vor der Zurückführung des Grundbuchs, zu der Methode historischer Ermittlung der Wirklichkeit zurückgekehrt (vgl. Förster PHypO. S. 17 Anm. 21).

Haben sonach Irrtümer, die lediglich dem Kataster- oder Grundbuchamte zur Last fallen, unter keinen Umständen die Macht, den Eigentümer zugunsten eines anderen Eigentümers um einen Teil seines Grundstücks zu bringen, so ist die Rechtslage selbstverständlich ganz anders, wenn Irrtümer durch den Grundstückseigentümer selbst herbeigeführt worden sind. Bezeichnet z. B. der Eigentümer bei der Auflassung die wertvolle Parzelle a seines Grundstücks als veräußert, während in der Tat die weniger wertvolle Parzelle b Gegenstand der Veräußerung ist, oder gibt er den Flächeninhalt der abveräußerten Parzelle zu groß an, so kann er diese Irrtümer einem späteren gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht mehr geltend machen; denn hier handelt es sich nicht um tatsächliche Angaben des Grundbuchs, sondern um rechtsgeschäftliche Angaben über den Umfang des Gegenstandes der Veräußerung. Zweifelhafter ist, ob dies auch in dem von Planck in Anm. I 1 zu § 892 gegebenen Beispiele zutrifft. Wird der Flächeninhalt der veräußerten Parzelle von den Beteiligten richtig angegeben, von dem Grundbuchrichter aber ein größerer Flächeninhalt vermerkt, so liegt lediglich ein Irrtum des Grundbuchrichters vor, aber man wird wohl mit Planck zur Bejahung der Frage gelangen auf Grund der Erwägung, daß der Veräußerer den Irrtum ohne weiteres aus der Benachrichtigung, die er von der Abschreibung nach §§ 55 GBO. erhält, ersehen kann und ersehen muß und daß er, wenn er die Korrektur des Fehlers herbeizuführen unterläßt, sich gefallen lassen muß, so angesehen zu werden, als ob der Irrtum von ihm bei der Auflassung herbeigeführt wäre.

Auf dem Standpunkte der bisherigen preußischen Rechtsprechung stehen auch jetzt noch Oberneck (GBR. 1 S. 307), Fuchs (S. 155), Wolff (Gruch. 45 S. 765) und das RG (JW. 25 S. A 98, 107 Bd. 27 S. A 88). Das RG. unterscheidet zwischen tatsächlichen Angaben, die nur zur Beschreibung des Grundstücks dienen, und solchen, welche die eingetragenen Rechte, insbesondere das Eigentumsrecht, hinsichtlich des Gegenstandes umgrenzen und feststellen. Diese Unterscheidung findet im BGB. keine Grundlage; tatsächliche Angaben jeder Art haben am öffentlichen Glauben des Buches keinen Anteil. Auf dem hier vertretenen Standpunkte stehen im wesentlichen Planck (Anm. I 1 zu § 892), Dernburg (SR. § 47 Nr. 2), Endemann (2 § 52), Leske (Vgl. Darst. 1 S. 368), Jaeckel (JBG. Nr. 4 zu § 90), Achilles-Strecker (GBO. Nr. 2 zu § 2 GBO.), Cosack (§ 179 Nr. 2 b), Neumann

(Allg. Vermessungsnachr. 1900 S. 2 u. in Gruch. 48 S. 20), Ramdohr (Gruch. 44 S. 339, 343), v. Reibnitz (S. 73), Matthias (2 S. 34), Predari (S. 29, 34), M. Wolff (Recht 1905 S. 271), Hedemann (Die Vermutung, 1904 S. 266), das OLG. Stuttgart (Z. f. württ. Rechtspfl. 13 S. 166). Das Reichsg. hat (Rep. V. 74, 04) in einem Falle, wo der Kläger einen Grundstücksteil vindizierte, weil er ihn durch Auflassung erworben habe und jener Teil nach dem Grundbuche zu dem ihm aufgelassenen Grundstücke gehöre, ausgesprochen: „Rein tatsächliche Angaben, die in das Grundbuch übernommen sind, werden durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gedeckt. Der Kläger war nicht berechtigt, beim Erwerbe des Grundstücks aus der Angabe des Flächeninhalts auf dem Titelblatt einen sicheren Schluß auf die Frontbreite des Grundstücks und die Zugehörigkeit der Grenzmauer zu ziehen. Der Vermerk des Flächeninhalts auf den Grundbuchblättern und die seiner Berechnung zugrunde liegende Frontbreite stellen nur indirekte Beweismittel für die Zugehörigkeit der Mauer zum Grundstücke des Klägers dar, deren tatsächliches Gewicht gegenüber den für die entgegengesetzte Behauptung des Beklagten sprechenden Umständen zu prüfen ist." Noch bestimmter hat sich das RG. (JW. 1905 S. 523 Nr. 2) dahin ausgesprochen: „Die Frage, welche Rechte an einem bestimmten Gegenstande bestehen, ist nicht identisch mit der anderen Frage, wie weit für ein bestimmtes bestehendes Recht das Haftungsobjekt reicht, und die begriffliche Verschiedenheit beider Fälle wird auch dadurch nicht verwischt, daß die Entscheidung der zweiten Frage ebenso wie die der ersten nach rechtlichen Gesichtspunkten getroffen werden muß. Der Einwirkung des Grundbuchglaubens sind nicht bloß die aus dem Kataster- oder Lagerbuch oder aus sonstigen amtlichen Verzeichnissen in das Grundbuch übertragenen Angaben über Größe und Lage des Grundstücks, sondern auch alle Feststellungen über Bestandteils- oder Nichtbestandteilseigenschaft einer Sache entzogen, mögen sie im Grundbuch vermerkt sein oder nicht." Auch Gierke SR. S. 294 hat sich der hier vertretenen Ansicht angeschlossen.

Eine auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften beruhende Unrichtigkeit, die sich unmittelbar aus dem Grundbuch ergibt, steht nicht unter dem Schutze des § 892. (RG. JW. 28 S. A 98).

2. Der Inhalt der Grundakten hat keinen öffentlichen Glauben. Nur soweit die Grundakten Eintragungsbewilligungen enthalten, auf deren Angaben im Eintragungsvermerke zulässigerweise Bezug genommen ist (vgl. § 874 BGB. mit Anm. S. 139 ff.), nehmen diese Angaben an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Insbesondere steht die Kenntnis des eingetragenen Berechtigten von einem früher beim Grundbuchamte eingegangenen, bei den Grundakten noch unerledigt befindlichen Eintragungsantrage seinem Rechtserwerbe nicht entgegen; die Kenntnis von dem Vorliegen eines früheren Antrags auf Eintragung begründet keine mala fides (Mot. z. GBO. S. 89; Prot. z. BGB. 3 S. 90; RG. E. 57 S. 277).

Auch den über Eintragungen im Grundbuch ausgefertigten Urkunden (GBO. §§ 56 ff.) gebührt der Regel nach öffentlicher Glaube nicht. Bei Widersprüchen zwischen ihnen und dem Grundbuch ist der Inhalt des Grundbuchs maßgebend. Nur soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder aus einem Vermerke darauf hervorgeht, ist die Berufung auf die §§ 892, 893 BGB. ausgeschlossen; und ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerke darauf hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich (BGB. § 1140).

3. Unter dem öffentlichen Glauben steht der Gesamtinhalt des Grundbuchs und jede einzelne Eintragung. Ein Recht, das auf dem Grundstücke haftet oder als ein Recht am Grundstücke belastend eingetragen ist, gilt als bestehend, der eingetragene Rang der Rechte als der wahren Rechtslage entsprechend. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß ein den Vorschriften des BGB. und der GBO. entsprechendes Grundbuch vorliegt und daß die konkrete Eintragung ihrem Inhalte nach zulässig ist (GBO. § 54). Für jedes Grundstück kann nur ein Grundbuchblatt angelegt werden (GBO. § 3); werden aus Versehen zwei Blätter angelegt, so kommt der öffentliche Glaube des Grundbuchs keinem Blatte zu, soweit die Eintragungen auf den beiden Blättern einander widersprechen oder unvereinbar

miteinander sind; es gebührt keiner Eintragung als der richtigen der Vorzug vor der anderen. Wer nur das eine Blatt kennt, kennt nicht das Grundbuch; solche mangelhafte Kenntnis wird nicht geschützt. (Vgl. v. Reibnitz S. 78 ff. und Anm. IV A 4 zu §§ 985—1007, Anm. B I a zu § 1120.)

III. Die Wirkungen, die der öffentliche Glaube des Grundbuchs für den Rechtserwerb hat, werden in dem § 892 einheitlich bestimmt, da kein Grund vorliegt, sie für den einen oder anderen Fall abzuschwächen oder zu verschärfen. Betroffen werden von ihnen nicht allein die Rechte am Grundstücke, sondern auch gewisse Beschränkungen, denen der Berechtigte in der Verfügung über das für ihn eingetragene Recht unterworfen ist.

1. In Ansehung der Rechte am Grundstück zeigen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens eine positive und eine negative Seite.

Die positive Seite besteht darin, daß der Inhalt des Buches, wie er zur Zeit der Erwerbung des Rechtes sich darstellt, zugunsten des Erwerbers als richtig angesehen wird. Dem Erwerber wird nicht nur die Berechtigung dessen, der zu seinen Gunsten verfügte, sondern auch der Inhalt des Rechtes, das den Gegenstand oder die Grundlage der Verfügung bildete, gewährleistet. Läßt z. B. jemand sich eine Buchhypothek abtreten, so ist es nicht bloß sicher, daß sein Rechtsurheber der Hypothekengläubiger ist, sondern er erwirbt auch die Hypothek mit dem eingetragenen Betrag und Range, und, wie im § 1138 hinzugefügt wird, mit derjenigen Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist. Das Verhältnis liegt, wenn der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich betätigt, gerade so, wie wenn das Buch an keiner Unrichtigkeit litte. Das Recht wird, sofern im übrigen die Erfordernisse seiner Erwerbung erfüllt sind, gültig und wirksam erworben.

Die negative Seite, nach welcher der Grundsatz des öffentlichen Glaubens wirksam werden kann, zeigt sich darin, daß dem Erwerber des Rechtes die Vollständigkeit des Grundbuchs gewährleistet wird, und zwar so, daß nichteingetragene Rechte, die der Eintragung bedürfen, als nicht bestehend und gelöschte Rechte als nicht mehr bestehend gelten, nicht aber so, daß eintragungsfähige Rechte, die der Eintragung nicht bedürfen und nicht eingetragen sind, als nicht bestehend gelten (a. M. Fuchs S. 157 Nr. 6 B a und andere; dagegen Eccius in Gruch. 44 S. 766; vgl. auch Anm. VIII Abs. 1). Die Richtigkeit des Buchinhalts, die der § 892 dem Erwerber ausdrücklich sichert, begreift die Vollständigkeit in dem angegebenen Sinne mit unter sich. Dies war auch die Auffassung der 2. Komm. (vgl. Anm. 2 Abs. 2).

(Nach den Mot. III S. 215.)

Die Fiktion des § 892 gilt nur zugunsten des Erwerbers, nicht zu seinem Nachteil, auch nur zugunsten des Erwerbers, nicht zugunsten eines jeden. Eingetragene, aber nicht rechtsbeständige Rechte braucht der Erwerber nicht deshalb, weil er den Inhalt des Grundbuchs für richtig gehalten hat, als rechtsbeständig anzuerkennen. Ein zu Unrecht gelöschtes Recht braucht der Erwerber, dem das Fortbestehen des vorstehenden gelöschten Rechtes unbekannt war, nicht gegen sich gelten zu lassen; auf die zugunsten des Erwerbers eintretende Fiktion kann sich aber ein anderer nicht berufen. (Vgl. Fuchs S. 160 Nr. 8.) Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt unbedingt. Wer im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs durch Rechtsgeschäft erwirbt, drängt den wirklich Berechtigten zurück, auch wenn dieser die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweist.

2. Zu den Verfügungsbeschränkungen, von denen hier die Rede ist, gehören nicht die Fälle, wo der Berechtigte über das für ihn eingetragene Recht nicht verfügen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist; eine Eintragung, die sich nur auf die Willenserklärung einer solchen Person zu stützen vermag, ist infolge der Nichtigkeit dieser Erklärung unzulässig und, wenn sie gleichwohl vorgenommen ist, wirkungslos. In das Grundbuch gehören Vermerke über Geschäftsfähigkeit nicht (München im Recht 1904 S. 282). Die eigentlichen Verfügungsbeschränkungen haben das miteinander gemein, daß dem Berechtigten nicht zum Schutze seiner eigenen Interessen, sondern zum

Schutze der Intereſſen eines anderen die Befugnis, über das Recht zu verfügen, ganz oder teilweiſe entzogen wird.

Der § 892 enthält im Satze 2 des Abſ. 1 die Vorſchrift, auf die im Abſ. 2 des § 135 mit den Worten hingewieſen iſt: „Die Vorſchriften zugunſten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entſprechende Anwendung.“ (Vgl Entw. I § 837, Entw. II § 101 Abſ. 2, § 810 und Prot. III S. 75 VII.) Der § 135 Abſ. 2 hat demnach die Bedeutung: Ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art iſt dem Erwerber gegenüber nur wirkſam, wenn es aus dem Grundbuch erſichtlich oder dem Erwerber bekannt iſt.

Die geſetzlichen Veräußerungsverbote ſind entweder im allgemeinen Intereſſe erlaſſen oder ſie bezwecken den Schutz beſtimmter Perſonen. Rechtsgeſchäfte, die gegen ein Verbot der erſten Art verſtoßen, ſind nichtig, wenn ſich nicht aus dem Geſetz ein anderes ergibt (§ 134; vgl. §§ 458, 762). Verfügungen, die gegen ein Verbot der letzten Art verſtoßen, ſind nur denjenigen Perſonen gegenüber unwirkſam, deren Schutz das Verbot bezweckt (§ 135). Ein von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuſtändigkeit erlaſſenes Verbot ſteht einem geſetzlichen Verbote gleich, welches nur den Schutz beſtimmter Perſonen bezweckt (§ 136). Eine dagegen verſtoßende Verfügung iſt alſo nicht nichtig, ſondern nur den beſtimmten Perſonen gegenüber unwirkſam. Vorwiegend kommen die vom Gerichte durch einſtweilige Verfügung angeordneten Verfügungsbeſchränkungen, die auch in dem Verbot einer Handlung beſtehen können (ZPO. § 938 Abſ. 2), in Betracht. Dieſe treten ſchon mit der Zuſtellung des Beſchluſſes an den Gegner in Kraft (ZPO. §§ 936, 922; RG. E. 51 S. 129). Durch ihre Eintragung in das Grundbuch wird die angeordnete Verfügungsbeſchränkung inhaltlich nicht geändert, namentlich wird ſie dadurch nicht in der Richtung erweitert, daß ſie auch zugunſten anderer Perſonen wirkſam wird, als derjenigen, zu deren Schutze ſie angeordnet iſt. Durch die Eintragung wird vielmehr ihre Wirkung nur inſofern verſtärkt, als der Erwerber eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem ſolchen Rechte, in Anſehung deſſen der Berechtigte zugunſten einer beſtimmten Perſon in der Verfügung beſchränkt iſt, ſich nicht damit entſchuldigen kann, daß ihm die Verfügungsbeſchränkung nicht bekannt geweſen ſei (BGB. § 135 Abſ. 2, § 892 Abſ. 1 Satz 2; RG. Gruch. 47 S. 991.)

Als Verfügungsbeſchränkungen im Sinne des § 892 kommen zunächſt nur die durch ein geſetzliches oder behördliches Veräußerungsverbot zugunſten einer beſtimmten Perſon in den §§ 135, 136 BGB. angeordneten in Betracht. Es ſcheiden deshalb die im öffentlichen Intereſſe verhängten und die durch Rechtsgeſchäft begründeten Verfügungsbeſchränkungen aus. Die erſteren wirken gegen jedermann, gleichviel ob die Beſchränkung durch eine Vorſchrift des Geſetzes oder auf Grund einer ſolchen durch eine Anordnung des Gerichts oder einer anderen zuſtändigen Behörde begründet, ob ſie in das Grundbuch eingetragen iſt oder nicht; ihr gegenüber iſt die Berufung auf den Glauben des Grundbuchs ausgeſchloſſen, weil das Privatintereſſe, deſſen Schutz durch dieſe Einrichtung bezweckt wird, dem öffentlichen Intereſſe nachſtehen muß. Das im öffentlichen Intereſſe erlaſſene abſolute Veräußerungsverbot iſt nicht eintragungsfähig; es kann ſich mithin niemand darauf berufen, daß das Grundbuch darüber keine Auskunft gebe. Die Nichtigkeit einer Veräußerung, die gegen ein im öffentlichen Intereſſe erlaſſenes abſolutes Veräußerungsverbot verſtößt, ergibt ſich auch hinſichtlich des mittelbar auf Geſetz beruhenden richterlichen Veräußerungsverbots aus der Vorſchrift des § 134 BGB. Beiſpiele von geſetzlichen Verfügungsbeſchränkungen, deren Wirkſamkeit von der Eintragung nicht abhängig gemacht werden kann, ſind die in verſchiedenen Bundesſtaaten beſtehenden Verbote der Zerteilung und Veräußerung gewiſſer Grundſtücke (EG. z. BGB. Art. 119), Beiſpiele von gerichtlichen Verfügungsbeſchränkungen, bezüglich deren dasſelbe gilt, die Fälle, in denen das Gericht das Vermögen eines des Landesverrats ꝛc. Beſchuldigten nach § 93 StrGB. und § 480 StrPO. mit Beſchlag belegt oder gegen einen Abweſenden, der mit öffentlicher Klage belangt iſt, an Stelle der nicht

ausführbaren Verhaftung die Vermögensbeschlagnahme nach §§ 332 ff. StrPO. und §§ 359 ff. Milit.-StrGO. v. 1. Dezember 1898 verfügt. (Mot. III S. 216.) Solche Beschlagnahmen beschränken nur die Verfügungfähigkeit, nicht das Verfügungsrecht und sind daher nicht eintragbar (KG. RJA. 5 S. 260).

Abweichend vom PALR. I 4 §§ 15—19 bestimmt § 137 BGB.:

Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

Das rechtsgeschäftliche (z. B. in Eheverträgen enthaltene, KG. JW. 20 S. A 292, Rsp. 6 S. 122) Veräußerungsverbot[1] hat nur obligatorische Wirkungen gegenüber dem, der sich ihm unterworfen hat; dingliche Wirkung hat es nicht. Der Verpflichtete, der dem Verbote zuwiderhandelt, hat die aus seinem vertragswidrigen Verhalten entstehenden Folgen zu tragen, Schadenersatz zu leisten oder die für den Fall der Übertretung des Verbots versprochene Vertragstrafe zu zahlen. „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig" (BGB. § 1136). Solche Vereinbarung hat nicht einmal obligatorische Wirkung, es fällt daher auch der Anspruch auf die etwa festgesetzte Vertragsstrafe weg (BGB. § 344). Da sich obligatorische Ansprüche zur Eintragung nicht eignen (vgl. S. 2), kann auch das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nicht zu einer Eintragung in das Grundbuch führen, selbst wenn der von ihm Betroffene die Eintragung bewilligt und beantragt hat. Die Eintragung würde auch keinen Erfolg haben; denn da dem Verbote keine dingliche Wirkung zukommt, kann sich der dadurch Begünstigte darauf nicht berufen, mag es eingetragen oder dem dritten Erwerber bekannt gewesen sein. Der § 892 verhält sich nicht darüber, in welcher Weise der Berechtigte durch ein im Grundbuch eingetragenes Recht beschränkt werden kann, sondern spricht nur von dem Falle, daß eine Beschränkung im Grundbuch eingetragen ist, ohne über die Zulässigkeit der Eintragung Bestimmung zu treffen. (KG. JW. 21 S. A 133.) Die Tragweite und das Geltungsgebiet des § 137 hat aber dadurch eine Einschränkung erfahren, daß nach §§ 883 ff. der Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück und an einem das Grundstück belastenden Rechte durch Eintragung einer Vormerkung gegen damit in Widerspruch tretende Veräußerungen und Belastungen gesichert werden kann (Prot. III S. 256 1; Gruch. 41 S. 855). Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot kann also mit Wirkung eingetragen werden, soweit dadurch für eine bestimmte Person ein Anspruch auf ein eintragungsfähiges Recht am Grundstück oder an einem dieses belastenden Rechte durch Vormerkung gesichert werden kann. Auch dadurch kann ihm zu dinglicher Wirkung und zur Eintragung in das Grundbuch verholfen werden, daß es bei drohender Verletzung der obligatorischen Verpflichtung durch einstweilige Verfügung zu einem richterlichen Veräußerungsverbote gemacht wird (§§ 136, 135 Abs. 2; Rehbein 1 S. 179).

Die Bestimmung in einem Pachtvertrage z. B.: „Der Pächter hat das Recht, mit der Beendigung des Pachtvertrags am 1. Mai 1905 das Grundstück als Eigentümer für den Kaufpreis von 11500 Mk. zu übernehmen", kann zur dinglichen Sicherung des Kaufrechts des Pächters durch Eintragung einer Vormerkung auf Auflassung führen, die virtuell auch negativ gegen jede anderweitige den Pächter beeinträchtigende Verfügung des Eigentümers wirkt. Ist aber hinzugefügt: „Diese Offerte ist als Eigentumsbeschränkung einzutragen in der Form, daß das Grundstück bis zum 1. Mai 1905 nur an den Pächter unter vorstehenden Bedingungen verkauft werden darf", so daß jene selbstverständliche negative Vertragsverpflichtung des Eigentümers von dem eingeräumten positiven Anspruche

[1] Lorenz Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin.

Der § 137 gehört nicht dem Liegenschaftsrecht an, gilt also auch in Bezirken, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt (München im Recht 1903 S. 209).

des Pächters losgelöst und als *selbständige* Verfügungsbeschränkung des Eigentümers mit dinglicher Wirkung eingetragen werden soll: so ist die Eintragung nicht zulässig, weil derartigen Einschränkungen des dem Eigentümer zukommenden Verfügungsrechts eine andere als rein obligatorische Wirkung durch § 137 BGB. versagt ist. (KG. Rsp. 6 S. 122). Auch die Verpflichtung des Eigentümers, seine Zustimmung zur Umwandlung einer Vormerkung oder einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek nicht zu geben, ist nicht eintragbar (KG. das. S 123). Nur scheinbar ist eine Ausnahme von der Regel des § 137 *im* § 399 BGB. mit der Bestimmung zugelassen:

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn — — die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

Diese Vorschrift findet Anwendung nicht nur auf die Übertragung von Forderungen, sondern auch auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz anderes vorschreibt (§ 413). Wenn auch in der Regel die Person des Gläubigers für den Inhalt der Leistung nicht wesentlich ist, soll es doch den Parteien nicht unmöglich gemacht werden, die Person des Gläubigers zu einem für den Inhalt der Forderung wesentlichen Momente zu erheben, indem sie durch besondere Verabredung die Übertragbarkeit des Rechtes ausschließen und dadurch das veräußerliche Recht zu einem unveräußerlichen machen (Prot. 1 S. 384). Dadurch wird nicht eine Veräußerungsbeschränkung begründet, sondern der Inhalt des Rechtes verändert. Ist das Recht mit so beschränktem Inhalt im Grundbuch eingetragen, so gilt es auch Dritten gegenüber als unveräußerlich (KG. JW. 29 S. A 247). Um aber der Gefahr entgegenzutreten, daß der Schuldner sein Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger entziehe, ist der Regel des § 851 Abs. 1 ZPO., daß eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterliegt, als sie übertragbar ist, im Abs. 2 die Ausnahme hinzugefügt:

Eine nach § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

Der Satz, daß das vertragsmäßige Veräußerungsverbot dem Zessionar entgegensteht, ist für den Fall eingeschränkt, daß die Forderung unter Vorlegung einer Urkunde über die Schuld abgetreten wird. Hier kann dem neuen Gläubiger das Verbot nur entgegengesetzt werden, wenn er bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte (BGB. § 405). Dem gutgläubigen neuen Gläubiger gilt der Inhalt der Urkunde, die über das Verbot nichts enthält, in diesem Punkte als richtig (Prot. 1 S. 390). — Die Vorschrift des § 137 BGB. gilt auch im *Familienrecht* und im *Erbrecht*. Insbesondere findet sie auch bei Eheverträgen Anwendung. Die Ehegatten sind bei der vertragsmäßigen Gestaltung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse nicht von den dem Parteibelieben durch § 137 gezogenen Schranken befreit (vgl. Bd II Anm. A I 8 zu § 34 GBO.). Auch für letztwillige Veräußerungsverbote ist keine Ausnahme von der Regel des § 137 gemacht. Der Erblasser kann dem Erben und dem Vermächtnisnehmer nicht die Befugnis zur Verfügung über die hinterlassenen Rechte nehmen oder beschränken. Nur mittelbar kann er dies dadurch erreichen, daß er einen Nacherben einsetzt (vgl. Bd II Anm. zu § 52 BGB.) oder einen Testamentsvollstrecker mit ausgedehnten Befugnissen ernennt (vgl. Bd II Anm. A II zu Abs. 2 des § 36 GBO.). — Zugunsten der *Landesgesetze* sind durch das EG. zu BGB. Ausnahmen von der Regel des § 137 zugelassen. „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen, sowie über Stammgüter" (Art. 59). Fernere Ausnahmen enthalten die Art. 62 und 64 für die Rentengüter und das Anerbenrecht (vgl. für Preußen die Ges. über die Rentengüter v. 27. Juni 1890 u. v. 7. Juli 1891 im Bd II Ergänz. IV, die G. betr. das Anerbenrecht v. 8. Juni 1896 u. v. 2. Juli 1898 im Bd II Ergänz. V). Bei Anerbengütern kann dem Eigentümer unter Umständen durch Vereinbarung die volle Befugnis zur Verfügung unter Lebenden genommen werden, dagegen nicht das Recht, von Todes wegen über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück zu verfügen (Art. 64 Abs. 2). Auch für die landesgesetzlichen Ausnahmen gelten die Vorschriften des BGB.

über gutgläubigen Erwerb. War das Veräußerungsverbot nicht im Grundbuch eingetragen und war es dem Erwerber auch nicht bekannt, so erlangt dieser das Eigentum des Grundstücks trotz der dinglichen Wirkung des Verbots.

Das zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienende gesetzliche, gerichtliche oder behördliche Veräußerungsverbot bedarf, soweit es ein Grundstück oder ein darauf eingetragenes Recht betrifft, zur Sicherung seiner Wirksamkeit gegen den vom Verbote nicht unterrichteten Dritten der Eintragung in das Grundbuch (§§ 135 Abs. 2, 136 in Verb. mit § 892 Abs. 1 Satz 2). Ein eingetragenes Veräußerungsverbot darf nicht über seinen Wortlaut hinaus ausdehnend ausgelegt werden. Ist z. B. dem Eigentümer durch eine in Ausführung einer einstweil. Verfügung eingetragene Vormerkung nur verboten, das Grundstück an eine bestimmte Person aufzulassen, so ist darin eine Untersagung weiterer Belastungen insbesondere durch Eintragung von Hypotheken und Grundschulden nicht enthalten. (RG. Gruch. 48 S. 934.) Durch die Eintragung des Veräußerungsverbots wird das Grundbuch nicht gegen Eintragungen, die dem Verbote zuwider vorgenommen werden, gesperrt; auch ist die Miteintragung eines Vorbehalts zur Wahrung der Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung nicht gestattet. Das Grundbuchamt soll mit der Prüfung der Tragweite des Verbots nicht befaßt werden. Das dem Verbote zuwiderlaufende Veräußerungsgeschäft wird eingetragen, sofern den allgemeinen Erfordernissen der Eintragung entsprochen ist; im übrigen geht es seinen Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam (§ 135 Abs. 1 Satz 1). Die Unwirksamkeit fällt weg, wenn der Geschützte in das Geschäft einwilligt oder es nachträglich genehmigt (§ 185). Über die Unwirksamkeit des Eintritts einer Verfügungsbeschränkung nach bereits erklärter und dem Grundbuchamte zur Eintragung vorgelegter Eintragungsbewilligung vgl. § 878 mit Anm. S. 150 ff.

Welche Rechtsgeschäfte ein Veräußerungsverbot in seinen Bereich zieht, hängt von dem Inhalte des Verbots ab. Der Begriff der Veräußerung umfaßt im allgemeinen nicht bloß das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Übertragung und Aufhebung des Rechtes), sondern auch die Belastung eines Rechtes oder einer Sache. Unter die Aufhebung des Rechtes fällt auch das Einziehen einer Forderung, die Erfüllungsannahme. Das zur Erfüllung Geleistete geht in das Eigentum des in der Verfügung Gebundenen über, aber die Erfüllung als solche ist dem durch das Verbot Geschützten gegenüber unwirksam. Der Verfügung durch Rechtsgeschäft seitens des Gebundenen ist der von einem Dritten gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung durchgesetzte Rechtserwerb gleichgestellt (§ 135 Abs. 1 Satz 2). Es kann keinen Unterschied machen, ob der Gebundene selbst verfügt oder ob die Verfügung aus seinem Rechte erfolgt. Nicht getroffen werden durch den § 135 die kraft des Gesetzes sich vollziehenden Erwerbungen eines Dritten. (Mot. III S. 213.)

Ihrem Entstehungsgrunde nach sind die Verfügungsbeschränkungen entweder gesetzliche oder von einem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde erlassene (§§ 135, 136).

a. Die gesetzliche Beschränkung liegt entweder in dem Wesen des Rechtes, das von ihr betroffen wird, oder in einem besonderen Verhältnis. In jedem Falle scheidet sie hier aus, weil sie von dem Rechte nicht getrennt werden kann und folglich mit ihm die Voraussetzungen der Wirkung gegen Dritte teilen muß. In diesem Falle wirkt sie nur relativ, sofern nicht das Gesetz ihr absolute Wirkung beilegt. Daß eine Verfügungsbeschränkung hier überhaupt nur in Betracht kommen kann, wenn sie nicht schon nach § 878 der Wirksamkeit gegen den Erwerber eines Rechtes an dem Grundstück ermangelt, ist nicht zweifelhaft. — Eine der praktisch wichtigsten Verfügungsbeschränkungen, die durch Gesetz begründet werden, ist die mit dem Konkurse verbundene. Vgl. darüber Anm. III S. 153 ff. — Der Beschluß, wodurch die Zwangsversteigerung oder

Zwangsverwaltung angeordnet wird, gilt zugunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks und hat die Wirkung eines Veräußerungsverbots (ZVG. §§ 20 ff., 148 ff.). — Zu den kraft Gesetzes eintretenden Verfügungsbeschränkungen gehören ferner die durch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung, Aufhebung oder Abänderung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte nach § 883 Abs. 2 BGB. herbeigeführten (vgl. Anm. I S. 201). Das bloße Bestehen eines zur Sicherung durch Vormerkung berechtigenden Anspruchs bewirkt keine Verfügungsbeschränkung des Anspruchsgegners; es ist für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Grundbuchs bedeutungslos. Erst durch die Eintragung der Vormerkung wird der Anspruch mit den besonderen Wirkungen des § 883 Abs. 2, 3 und der §§ 884, 888, und nur mit diesen, ausgestattet. Hierzu gehört nicht die Gewährleistung des einredefreien Bestehens und der Richtigkeit des vorgemerkten Anspruchs. Von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs in dieser Hinsicht kann somit nicht die Rede sein, mag die Vormerkung auf Bewilligung beruhen oder durch einstw. Verfügung angeordnet sein. Wer den durch Vormerkung gesicherten Anspruch erwirbt, erwirbt ihn so, wie er, innerhalb der durch den Eintragungsvermerk und durch die inbezug genommene Bewilligung oder einstweil. Verfügung (§ 885 Abs. 2) bestimmten Grenzen, inhaltlich und seinem Umfange nach besteht, sowie mit den gegen ihn zuständigen Einreden. Auch wenn die Vormerkung einen Anspruch auf Aufhebung eines Rechtes betrifft, kann der Erwerber des Grundstücks oder eines nacheingetragenen Rechtes sich auf das Bestehen des Anspruchs auf Aufhebung nicht verlassen und berufen. Es bedarf nicht etwa der Eintragung eines Widerspruchs, um den vorgemerkten Anspruch in den sich aus der Wirksamkeit der Vormerkung nach dem Gesetz ergebenden Grenzen grundbuchlich zu beurkunden. (Vgl. Schilde, Unrichtigkeit d. Grundb. S. 14 Nr. III und über die Unterschiede zwischen Vormerkung und Veräußerungsverbot Anm. 5 S. 230.) — Eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung kann ferner durch die Rechtshängigkeit begründet werden, wenn ein eingetragenes Recht (nicht etwa auch ein obligatorischer Anspruch auf Bestellung eines solchen) den Gegenstand oder die Voraussetzung der Klage gegen den Berechtigten bezw. gegen den im Grundbuch als der Berechtigte Eingetragenen bildet. Nach § 265 ZPO. wird zwar der Beklagte durch die Rechtshängigkeit nicht an der Veräußerung des Streitgegenstandes gehindert und es darf daher die Eintragung eines neuen Eigentümers auf Grund der ihm vom Beklagten erteilten Auflassung nicht abgelehnt werden, wohl aber wird er in der Verfügung insofern beschränkt, als er die Veräußerung nur so vornehmen darf, daß das gegen ihn ergehende Urteil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Sondernachfolger wirksam und vollstreckbar ist (ZPO. § 325 Abs. 1). Diese Verfügungsbeschränkung entbehrt jedoch zufolge § 325 Abs. 2 ZPO. kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Wirksamkeit, wenn die Rechtshängigkeit dem Sondernachfolger bei der Erwerbung nicht bekannt gewesen ist, wobei nichts darauf ankommt, ob der Rechtsstreit nur über den Umfang eines eingetragenen Rechtes oder über das Bestehen eines nicht eingetragenen Rechtes geführt wird. Wenn daher das Gesetz den Kläger besonders schützen wollte, müßte es auf seinen bloßen Antrag unter Nachweis der Klagerhebung die Eintragung der Rechtshängigkeit zulassen. Die 1. Komm. hat jedoch eine solche Vorschrift abgelehnt, weil sie den Beklagten auch bei offenbarem Ungrunde der Klage den mit der Rechtshängigkeitseintragung verbundenen Nachteilen preisgeben, nicht selten kreditlos machen und dadurch dem Ruin entgegenführen könnte, ihn vielmehr auf den Schutz verwiesen, den er sich dadurch verschaffen kann, daß er die Eintragung einer Vormerkung oder einer Verfügungsbeschränkung bei dem Prozeßgericht erwirkt. (Mot. III S. 217.) Bei der 2. Lesung wurde eine Entscheidung über diesen Punkt nicht herbeigeführt. Von einer Seite wurde gesagt: da die Eintragung der Litigiosität im Grundbuche nicht ausgeschlossen sei, werde sie als statthaft anzusehen sein. Von anderer Seite wurde bemerkt: es bedürfe einer besonderen Bestimmung, welche die Eintragung der Litigiosität gestatte; eine solche liege nicht vor. Die Eintragung habe auch

erhebliche Bedenken gegen sich, da sie den Eigentümer in der Verfügung über das Grundstück behindere. (Prot. III S. 107.) Wenn auch eine Vorschrift nicht besteht, welche die Eintragung der Litigiosität auf den bloßen Antrag des Klägers zuläßt, so ist diesem doch nicht verwehrt, wenn Anlaß zu der Befürchtung vorliegt, daß der Beklagte ihm durch Veräußerung oder Abtretung die Verwirklichung des eingeklagten Anspruchs vereiteln werde, durch einstw. Verfügung die Eintragung eines Veräußerungsverbots herbeizuführen (ZPO. § 935) und dadurch zu bewirken, daß der Rechtsnachfolger des Beklagten sich nicht darauf berufen kann, er habe die Rechtshängigkeit zur Zeit seiner Erwerbung nicht gekannt. Geht der Anspruch des Klägers auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, so kann er ihn, ohne einen Besorgnisgrund glaubhaft machen zu müssen, durch Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883 ff. BGB. gegen jeden Rechtsnachfolger des Beklagten erhalten. „Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Gegen den Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks wirkt das Urteil nur dann, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist." (ZPO. § 325 Abs. 3.) Schilde (Unrichtigkeit d. Grundb. S. 8) leitet die Eintragungsfähigkeit der Rechtshängigkeit aus § 325 Abs. 2 ZPO. her, wonach auch hinsichtlich der Rechtshängigkeit der § 892 BGB. anzuwenden ist, dies aber voraussetze, daß sie im Grundbuch ersichtlich gemacht werden könne. Achilles-Strecker (S. 128 f.) fordern zur Eintragung die Bewilligung des eingetragenen Berechtigten oder eine einstw. Verfügung auf Grund des § 938 ZPO. Vgl. auch Biermann SR. S. 80 Nr. 3 u. Reichel in Iherings J. 46 S. 110. Planck (3 S. 79) will die Eintragung gemäß § 22 GBO. auch auf Grund des bloßen Nachweises der Rechtshängigkeit zulassen. — Wenn in den Motiven (III S. 218) und daraufhin in der Literatur (Endemann 2 S. 86 Anm. 15) der Arrestbefehl zu den Verfügungsbeschränkungen gerechnet wird, so läßt sich das mit den Vorschriften der ZPO. nicht vereinigen. Die bloße Anordnung des Arrestes hat gegen den Schuldner überhaupt noch keine Wirkung, sie gibt dem Gläubiger nur die Befugnis, dem Arreste durch seine Vollziehung in bestimmte Vermögensstücke des Schuldners Wirksamkeit zu verschaffen. Wird der Arrest in bewegliches Vermögen (z. B. in eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, in eine Grund- oder Rentenschuld) durch Pfändung, oder in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen, so wird dadurch ein Pfandrecht oder eine Belastung des Grundstücks begründet, ein weiteres nicht (ZPO. §§ 930, 932, 857 Abs. 6). Soll mit dem Arrestbefehl eine Verfügungsbeschränkung (Veräußerungsverbot) verbunden werden, so kann dies nur durch besondere Anordnung mittels einer einstw. Verfügung geschehen. Dem, der vom Schuldner ein Grundstück erwirbt, bevor der Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek beim Grundbuchamte gestellt ist (§ 932 Abs. 3), kann nicht entgegengestellt werden, daß er von der Anordnung des Arrestes Kenntnis gehabt habe. (Vgl. Schilde a. a. O. S. 8.) — Zu den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen gehört auch die Beschränkung des Verfügungsrechts der Ehefrau in Ansehung des eingebrachten Gutes. Indessen bleibt diese Beschränkung vom § 892 BGB. unberührt, da sie ebensowenig wie das Recht der ehelichen Nutznießung und Verwaltung in das Grundbuch eingetragen wird (RG. RJA. 3 S. 161). Daß ihre Wirkung gegen einen Dritten nicht von der Kenntnis, daß die Frau eine Ehefrau ist, abhängt, wird im § 1404 besonders bestimmt. — Als gesetzliches Veräußerungsverbot gilt auch die in einem Rechtsgeschäfte sich gründende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung. Absolute Wirkung erlangt eine solche Beschränkung, da sie zum Schutze bestimmter Personen dient, erst durch ihre Eintragung in das Grundbuch. Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, als ob die Verfügungsbeschränkung stets als solche

neben dem Rechte, auf das sie sich bezieht, in das Grundbuch eingetragen werden müßte. Vielmehr hat sie absolute Wirkung schon alsdann, wenn sie überhaupt, sei es auch nur als notwendige gesetzliche (rechtliche) Folge einer anderen Eintragung aus dem Buche zu erkennen ist. Hierher gehören namentlich die Lehns- und Fideikommißeigenschaft und andere Verhältnisse rechtsgeschäftlichen Ursprungs, aus denen eine Beschränkung des Verfügungsrechts hervorgeht, wie die Beschränkung des Vorerben zugunsten des Nacherben (§ 2113), die Beschränkung des Erben durch den Testamentsvollstrecker (§ 2211). Bei der Eintragung des Vorerben ist zugleich das Recht des Nacherben und bei der Eintragung des Erben zugleich die Ernennung des Testamentsvollstreckers von Amts wegen einzutragen (GBO. §§ 52, 53). In diesen Fällen ist die Beschränkung durch Gesetz angeordnet und insofern eine gesetzliche, wenn sie auch an das Vorhandensein eines auf Rechtsgeschäft beruhenden gewissen Rechtsverhältnisses geknüpft ist. (Mot. III S. 216.) — Eine Einigung bewirkt, auch wenn daran die Beteiligten unwiderruflich gebunden sind (BGB. § 873), keine Verfügungsbeschränkung, auf die der § 892 Abs. 1 Satz 2 Anwendung finden könnte (RG. E. 55 S. 340). — Nach § 90 Abs. 2 des G. über private Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 (RGBl. S. 139) ist der Prämienreservefonds für ausländ. Versicherungen nach näherer Bestimmung des Aufsichtsamts für Privatversicherung in der Weise sicherzustellen, daß nur mit Genehmigung des Amtes darüber verfügt werden kann. Es handelt sich um ein den Schutz der am Versicherungsfonds interessierten Versicherten bezweckendes Veräußerungsverbot (BGB. § 135). Ist der Reservefonds in Grundschulden oder Hypotheken angelegt, so ist die Veräußerungsbeschränkung bei diesen einzutragen (Hamb. Seuff. A. 60 S. 99). — Für Preußen mag erwähnt werden die durch Art. 1 § 17 a des G. üb. d. Ergänz. d. G., betr. die Verteilung der öffentl. Lasten bei Grundstücksteilungen und die Gründung neuer Ansiedlungen ꝛc., v. 16. September 1899 angeordnete Verpflichtung des Grundstückseigentümers, auf Verlangen des Bergwerksbesitzers die Eintragung eines Vermerks in das Grundbuch dahin zu bewilligen: daß und für welche Grundflächen die Ansiedlungsgenehmigung auf Einspruch des Bergwerksbesitzers versagt und welche Entschädigung dafür gezahlt worden ist. Dadurch wird der entschädigte Grundstückseigentümer insoweit in seiner Verfügung beschränkt, als er den bereits erledigten Entschädigungsanspruch nicht mit Wirksamkeit auf seinen Rechtsnachfolger übertragen kann.

Über die Eintragung des Vermerks vgl. Anm. 2 zu § 1019 BGB.

b. Zu den gerichtlichen Verfügungsbeschränkungen sind alle Anordnungen zu rechnen, mittels deren das Gericht die Verfügung über ein eingetragenes Recht dem Berechtigten zum Schutze des Interesses eines anderen untersagt, insbesondere die Beschlagnahme, die zur Sicherung von Geldstrafen und Kosten des Verfahrens gegen einen Angeschuldigten behufs Deckung der Staatskasse nach §§ 325, 326 StrPO. verhängt werden kann, ferner die Veräußerungsverbote, die im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 938 ZPO. erlassen werden können. Dem von einem Gericht erlassenen Veräußerungsverbote steht das von einer anderen zuständigen Behörde erlassene gleich (BGB. § 136).

Bei den Verfügungsbeschränkungen, die nicht auf einem Veräußerungsverbote (§§ 135, 136) beruhen, kommt stets eine sachliche Gebundenheit desjenigen, auf dessen Recht sie sich beziehen, zum Ausdrucke. Dieses Recht leidet inhaltlich an einer Schwäche, die auf die dingliche Natur des durch die Beschränkung geschützten Rechtes zurückzuführen ist. Das letztere ergreift, auch wenn es nicht besonders eingetragen ist und erst nach Eintritt eines künftigen Ereignisses oder Termins vollwirksam werden kann, doch schon während der Zwischenzeit vermöge der Beschränkung des ersteren Rechtes das Grundstück selbst. Diese Beschränkung muß daher ebenso wie das von ihr betroffene Recht in das Grundbuch eingetragen werden. Eine aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Beschränkung eines eingetragenen Rechtes macht das Grundbuch unrichtig, unterliegt mithin der die Richtigkeit desselben dem Erwerber eines Rechtes an dem Grundstücke gewährleistenden Vorschrift des § 892. (Mot. III S. 220.)

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber dem, dessen Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert worden, unwirksam ist, kann dieser vom Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch das Veräußerungsverbot gesicherten Anspruchs erforderlich ist (BGB. § 888).

Das EG. z. BGB. enthält zwei Bestimmungen, in denen der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf Gebieten, die der Landesgesetzgebung und Autonomie vorbehalten sind, für maßgebend erklärt ist.

Art. 61. Ist die Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes nach den in den Artikeln 57 bis 59 bezeichneten Vorschriften unzulässig oder nur beschränkt zulässig, so finden auf einen Erwerb, dem diese Vorschriften entgegenstehen, die Vorschriften des BGB. zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.

Hierdurch haben die in den Art. 57—59 zugunsten der Landesgesetzgebung und der Autonomie aufgestellten Vorbehalte eine Einschränkung dahin erfahren, daß diejenigen landesgesetzlichen oder autonomischen Vorschriften, die mit den Grundsätzen des BGB. über den Schutz gutgläubiger Dritter nicht im Einklange stehen, ihre Geltung verloren haben. Den in Betracht kommenden Veräußerungsverboten und Veräußerungsbeschränkungen ist fortan dem gutgläubigen Drittenerwerber gegenüber die Wirksamkeit entzogen. (Mot. zu Art. 37 des Entw. S. 160.)

Art. 168. Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt wirksam, unbeschadet der Vorschriften des BGB. zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

Hiernach haben nach bisherigem Rechte wirksam gewordene Verfügungsbeschränkungen mit dem Inkrafttreten des BGB. ihre Kraft nicht schon deshalb verloren, weil sie nach den Vorschriften des BGB. nicht zulässig sein würden; aber bei einem unter der Herrschaft des BGB. stattfindenden Erwerbe des von der Verfügungsbeschränkung betroffenen Gegenstandes seitens eines Dritten kommen die Vorschriften des BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zur Anwendung. (Mot. zu Art. 101 des Entw. S. 250.)

Beide Bestimmungen beruhen darauf, daß die Gestattung der Durchbrechung der Prinzipien des BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit der Verkehrssicherheit nicht vereinbar sei.

Nach Art. 168 behalten die bestehenden Verfügungsbeschränkungen ihre Wirksamkeit auch gegenüber solchen Rechtsgeschäften, die nach dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommen werden. Ob sie auf Gesetz, behördlicher Anordnung oder Rechtsgeschäft beruhen, macht keinen Unterschied. Insbesondere bleibt auch die Ausschließung und Beschränkung der Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht, die nach § 137 BGB. nicht mehr durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte angeordnet werden kann, bei Kräften. Dies ist namentlich für Preußen von großer Bedeutung, wo auch durch rechtliche Privatverfügungen (letztwillige und vertragliche) Sachen dem Verkehr entzogen werden konnten und wo derartige Verfügungen nicht nur den Verpflichteten banden, sondern auch gegen Dritte Wirkung hatten, denen sie bekannt waren oder aus dem Grundbuch bekannt sein konnten (ALR. I 4 §§ 15—19). Daß die Bestimmungen der §§ 892, 893 BGB. darauf Anwendung finden, ist keine Neuerung. (Vgl. Habicht § 14 Nr. III 2 d und RG. V. 343 02).

Ist unter der Herrschaft des früheren preuß. Rechtes mit der Bezeichnung „Vormerkung" eine Eintragung erfolgt, die nicht bezweckte, eine künftige endgültige Eintragung vorzubereiten und für sie die Rangstelle im Grundbuche zu sichern (BGB. § 883), sondern die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung darstellte, die überhaupt keine vorläufige, erst noch der Umschreibung bedürfende Eintragung, sondern die endgültige Eintragung selbst sein sollte, so kann deren Löschung nicht verlangt werden, weil nach § 137 BGB. eine Verfügungsbeschränkung durch Rechtsgeschäft nicht mehr begründet werden kann, sondern die Eintragung besteht unter dem Schutze des Art. 168 EG. z. BGB. wirksam fort (RG. E. 53 S. 412)

Eine letztwillige Verfügungsbeschränkung des Inhalts, daß an Stelle der zu Erben berufenen Kinder des Erblassers dessen Witwe zur unumschränkten Verwaltung des Nachlasses, insbesondere auch zur Veräußerung von Grundeigentum befugt sei, war nach bisherigem preuß. Rechte zulässig (EigG. v. 1872 § 11; KGJB. 14 S. 101, 131, 134) und ist durch das neue Recht nicht berührt worden. Sie ermächtigt die Witwe zur Auflassung der Nachlaßgrundstücke ohne Zuziehung der Erben. (KG. JW. 21 S. A 136.)

3. § 13 KO. bestimmt: „Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; wirksam bleibt jedoch eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme." Gesetzliche Veräußerungsverbote, die im öffentlichen Interesse erlassen sind, bleiben auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam. Gesetzliche Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, sowie Veräußerungsverbote, die von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sind, haben den Konkursgläubigern gegenüber keine Wirksamkeit. § 13 KO. Halbs. 1 enthält also eine Abweichung von § 772 ZPO., die in dem Grundsatze der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger ihre Rechtfertigung findet (Mot. z. BGB. 1 S. 215). Verfügungen, die der Konkursverwalter im Widerspruche mit solchen Veräußerungsverboten vornimmt, sind gültig und erzeugen auch keinen Schadenersatzanspruch. Der Erwerber ist gesichert, wenn auch das Verbot eingetragen oder ihm sonst bekannt war. Anderen Personen, auch dem Gemeinschuldner gegenüber bleiben die Veräußerungsverbote wirksam. Wird also der Konkurs aufgehoben und der Verwalter hat über den unter das Verbot fallenden Gegenstand nicht verfügt, so sind Verfügungen des ehemaligen Gemeinschuldners, die gegen das Verbot verstoßen, den Personen gegenüber unwirksam, deren Schutz das Verbot bezweckt.

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen bildet die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme (KO. § 13 Halbs. 2). Sie ist auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam. Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf die Zwangsversteigerungs- als auch auf die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme. Sie setzt aber voraus, daß der Beschlagnahmebeschluß dem Schuldner zugestellt oder das Ersuchen um Eintragung des Subhastationsvermerks bei dem Grundbuchamt eingegangen und die Eintragung bewirkt ist, bevor der Konkurs eröffnet ist (§§ 22, 23, 151 ZVG., § 108 KO.). Ist dies der Fall, dann hat der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger für seinen persönlichen Anspruch ein Vorzugsrecht vor den Konkursgläubigern. Andernfalls muß die Zwangs-Versteigerung oder -Verwaltung eingestellt werden. Der § 13 Halbs. 2 KO. hat aber nur Bedeutung für die auf Betreiben eines persönlichen Gläubigers eingeleitete Zwangsvollstreckung. Auf das auf Antrag von Realgläubigern betriebene Vollstreckungsverfahren ist die Konkurseröffnung einflußlos (Jaeckel ZVG. § 23 Anm. 8).

IV. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Erwerber die durch den Inhalt des Grundbuchs verdeckte wahre Sachlage oder das Bestehen einer aus dem Buche nicht ersichtlichen Verfügungsbeschränkung gekannt hat, was ihm nachgewiesen werden muß.

1. Der Inhalt des Grundbuchs ist unrichtig, wenn er in Ansehung eines Rechtes am Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht; wenn also nicht der vom Grundbuch aufgewiesene, sondern der außerhalb desselben bestehende rechtliche Zustand dem materiellen Rechte entspricht. Nur durch außerhalb des Grundbuchs bereits bestehende dingliche Rechte, die nicht oder nicht richtig im Grundbuch eingetragen sind, wird das Grundbuch unrichtig, nicht durch bloß persönliche Ansprüche auf Eintragung eines Rechtes oder auf Abänderung oder Aufhebung eines eingetragenen Rechtes. (Vgl. BGB. § 894 u. Anm. II 1 dazu.) Dem Erwerber eines Rechtes am Grundstücke schadet

die Kenntnis nicht, daß seinem Rechtsvorgänger eine persönliche Verpflichtung oblag, deren Erfüllung sich mit seinem erworbenen Rechte nicht verträgt. Nur die Kenntnis von einem bestehenden dinglichen Rechte hindert oder beeinflußt den Erwerb eines damit in Widerspruch tretenden Rechtes (wie bisher RG. E. 19 S. 298, Gruch. 35 S. 1101, Bd 41 S. 1030). Die Kenntnis von einem obligatorischen Anspruch eines Dritten auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke steht dem Eigentumserwerbe eines anderen an dem Grundstücke nicht entgegen; ebensowenig wie die Kenntnis von dem obligatorischen Anspruch auf Bestellung eines der Eintragung bedürfenden Rechtes den Erwerb des Eigentums an dem unbelasteten Grundstücke verhindert (RG. E. 52 S. 273). Die Kenntnis des Gläubigers von einem älteren Rechtsgeschäfte, das für einen anderen den Anspruch auf Auflassung des verpfändeten Grundstücks begründet, steht dem Erwerbe des Hypotheken- oder Grundschuldrechts durch Eintragung nicht entgegen (wie bisher, RG. E. 18 S. 294, JMBE. 1892 S. 354). Die Kenntnis von dem älteren Anspruch eines anderen auf Eintragung eines dinglichen Rechtes hindert nicht den Erwerb der Hypothek oder Grundschuld an der durch ihre Eintragung gegebenen Stelle. Die Kenntnis von der einem anderen erteilten Bewilligung der Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld, die Kenntnis von der Abtretung oder Verpfändung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld, die wegen unterbliebener Aushändigung des Briefes die Abtretung oder das Pfandrecht nicht bewirkt hat (BGB. §§ 1154, 1155, 1274), die Kenntnis von dem Anspruch auf Vorrechtseinräumung oder von der Bewilligung der Eintragung einer solchen ist dem Erwerbe des Hypothekenrechts bezw. dem Erwerb eines Rechtes an einer Hypothek unschädlich (früher ebenso, OTrib. E. 9 S. 25, Bd 15 S. 513, Bd 16 S. 194, RG. E. 3 S. 261, Bd 19 S. 298, JW. 1887 S. 483 Nr. 34; anders nur bei der Vorrechtseinräumung, vgl. Anm. II 6 S. 174 f.). Die Kenntnis endlich des versehentlich voreingetragenen Berechtigten von einem dem Grundbuchamte früher vorgelegten Eintragungsantrage steht dem Erwerbe des Rechtes mit dem durch seine Eintragung gegebenen Range nicht entgegen (vgl. Anm. I 3 S. 163, IV 8 S. 269. Anm. II 5 zu § 894).

2. Den Gegenstand der Kenntnis bildeten nach Abs. 2 des § 837 Entw. 1 „die Tatsachen, aus denen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage oder das Veräußerungsverbot ergibt". In den Mot. (III S. 221) heißt es: „Die Kenntnis dieser Tatsachen ist stets erforderlich, aber auch ausreichend. Erforderlich ist sie in dem Sinne, daß der Schutz, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs bezweckt, bei objektiver Unkenntnis desjenigen, was nicht im Buche steht, dem Erwerber nicht versagt werden kann; zu Nachforschungen über den Inhalt des Grundbuchs hinaus ist niemand verpflichtet, weil das Buch dazu bestimmt ist, über alle Rechte an einem Grundstücke vollständige Auskunft zu geben. Ausreichend ist die Kenntnis der gedachten Tatsachen für den Ausschluß der für die Richtigkeit des Grundbuchs aufgestellten Vermutung, ohne Rücksicht darauf, in welchem sittlichen Lichte die Handlung des Erwerbers erscheint. Mala fides im juristischen Sinne wird nicht vorausgesetzt. Wer jene Tatsachen kennt und gleichwohl von der Erwerbung nicht absieht, handelt auf eigene Gefahr. Täuscht er sich, so liegt der Grund hiervon nicht in dem Inhalte des Buches, sondern darin, daß er aus den Tatsachen nicht die richtige Schlußfolgerung gezogen hat. Die Grundbucheinrichtung hat nicht die Aufgabe, den Erwerber gegen die Folgen von Rechtsirrtum zu sichern."

Bei der 2. Lesung wurde beantragt, als Gegenstand der Kenntnis des Erwerbers die Unrichtigkeit des Inhalts des Grundbuchs oder eine Tatsache, aus der sie sich ergibt, zu bezeichnen. Hierdurch sollte der Rechtserwerb auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Erwerber, ohne gerade die Tatsachen zu kennen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, doch die Unrichtigkeit des Grundbuchs als solche kannte. Dem Rechtserwerbe solle, so wurde ausgeführt, es auch hinderlich sein, wenn durch Schlußfolgerungen aus den dem Erwerber bekannten Tatsachen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergebe; ob das Gleiche auch gelte, wenn dem Erwerber ohne nähere Angabe der Tatsachen, auf denen die Mitteilung beruhe, die Unrichtigkeit des Grundbuchs von einem Dritten angezeigt worden sei, müsse der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben. Gehe die Mitteilung von einer durchaus glaubwürdigen Person aus, so werde die Kenntnis des Erwerbers anzunehmen sein. Das würde nach dem Entw. 1 nicht geschehen können, weil danach die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers nur durch die Kenntnis der konkreten Tatsachen begründet werde, auf denen die Unrichtigkeit des Grundbuchs unmittelbar beruhe. Die

Digitized by Google

Mehrheit der Komm. fand in dem gestellten Antrage keine sachliche Abweichung vom Entw. I. Seinem Sinne nach sei der Entw. I dahin zu verstehen, daß die zugunsten des gutgläubigen Erwerbers getroffene Vorschrift nicht Platz greifen solle wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs beim Erwerbe gekannt habe. Das „Kennen" bedeute so viel wie „für wahr halten". In der Regel werde die Überzeugung von der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die Kenntnis gewisser Tatsachen begründet werden. Anderseits sei die Kenntnis von Tatsachen, auf denen die Unrichtigkeit des Grundbuchs beruhe, kein unbedingtes Erfordernis; es könne unter Umständen auch die bloße Mitteilung der Unrichtigkeit des Grundbuchs genügen, wenn sie mit Rücksicht auf ihre besondere Art oder die Person ihres Urhebers geeignet gewesen sei, bei dem Erwerber die Überzeugung von der Richtigkeit der Mitteilung zu erwecken. (Prot. III S. 79, 85.) Die Redaktionskommission, der die Würdigung überlassen wurde, ob eine Fassungsänderung in der vom Antragsteller angedeuteten Richtung vorzunehmen sei, hat den Schluß des § 810 Abs. 1 Satz 1 Entw. II im Sinne des obigen Antrags so gefaßt: „es sei denn, daß — — oder daß die Unrichtigkeit oder eine Tatsache aus der sie sich ergibt, dem Erwerber bekannt ist." Später wurden jedoch die Worte „oder eine Tatsache, aus der sie sich ergibt" wieder gestrichen. Es wurde erwogen: „Das Grundbuch solle über die Rechte an Grundstücken, nicht über die Tatsachen Aufschluß geben, aus denen sich die Rechte ergeben. Die Eintragung erfolge auf Grund einer amtlichen Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen, von denen der Rechtserwerb abhänge, sie enthalte das Ergebnis der Prüfung, die amtliche Feststellung, daß die Voraussetzungen vorlägen, daß das Recht erworben sei. Diese Feststellung habe öffentlichen Glauben. Auf sie müsse sich der Verkehr verlassen dürfen, man dürfe dem einzelnen nicht zumuten, daß er die Schlußfolgerungen nachprüfe, auf Grund deren die amtliche Feststellung erfolgt sei, daß er zweifelhafte Rechtsfragen richtiger entscheide als das Grundbuchamt. Die Gleichstellung der Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergebe, mit der Kenntnis der Unrichtigkeit enthalte eine den Wert der Grundbucheinrichtung beeinträchtigende, die Sicherheit des Verkehrs gefährdende Abschwächung des öffentlichen Glaubens. Sie verfolge den Zweck, einer frivolen Berufung auf einen in Wirklichkeit nicht vorhanden gewesenen Rechtsirrtum entgegenzutreten. Dazu genüge aber die freie Beweiswürdigung; es sei nicht notwendig, den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs teilweise aufzugeben. Die Frage sei die nämliche bei dem Erbscheine (vgl. § 2353); bei diesem trete die Unrichtigkeit des Gedankens, daß der einzelne die amtliche Feststellung nachprüfen und bessere Rechtskenntnisse haben solle, als der Richter, der die Feststellung getroffen habe, noch augenfälliger hervor." (Prot VI S. 222 XII).

In der Denkschrift des Bundesrats (S. 184) wird das Ergebnis der Beratungen dahin zusammengefaßt: „Eine Kenntnis der Unrichtigkeit des Buchinhalts kann unter Umständen vorliegen, auch ohne daß der Erwerber die Tatsache kennt, aus der die Unrichtigkeit des Buchinhalts sich ergibt. Umgekehrt entzieht die bloße Kenntnis einer solchen Tatsache dem Erwerber den Schutz nicht, wenn er infolge Rechtsirrtums aus der Tatsache nicht die Unrichtigkeit des Buches entnommen hat; denn es kann dem Erwerber nicht zugemutet werden, seinerseits nachzuprüfen, ob die in einer Eintragung oder Löschung enthaltene amtliche Feststellung, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für den Erwerb oder die Aufhebung eines Rechtes erfüllt seien, etwa auf rechtsirrtümlichen Schlußfolgerungen der Buchbehörde beruhe. Ebensowenig ist der Erwerber zu Nachforschungen über die Richtigkeit des Grundbuchinhalts verpflichtet; deshalb schließt nur die wirkliche Kenntnis der Unrichtigkeit, nicht auch die verschuldete Unkenntnis den Schutz aus."

Es ist somit nicht ausgeschlossen, daß dem, welcher vom eingetragenen Berechtigten das Eigentum oder ein Recht an einem Grundstück erworben hat, obwohl er glaubwürdig Kenntnis davon erhalten hatte, daß der Berechtigte nicht veräußern darf, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs versagt wird, auch wenn er nicht wußte, auf welcher Tatsache das Veräußerungsverbot beruht, ob auf Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2211), auf Anordnung einer Nacherbschaft (§ 2113), auf Fideikommißeigenschaft ꝛc. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Grundbuchrichter dem Beteiligten amtlich versichert, eine Eintragung im Grundbuche sei falsch, und es mit Rücksicht auf das ungenügende Fassungsvermögen des Beteiligten oder auf besondere rechtswissenschaftliche Schwierigkeiten unterläßt, die Gründe der Unrichtigkeit des Grundbuchs darzulegen.

3. Im § 9 Abs. 2 PEigG. v. 1872 ist mit dem Satze „die im redlichen Glauben an

die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte bleiben in Kraft" positiv gesagt, was im § 892 BGB. negativ ausgedrückt ist: der Inhalt des Grundbuchs gilt nicht zugunsten dessen für richtig, der die Unrichtigkeit kennt. Wer weiß, daß das, was das Grundbuch bekundet, tatsächlich unrichtig ist, kann sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Läßt er sich gleichwohl eine Eintragung erteilen, deren Berechtigung von der Richtigkeit des ihm als unrichtig bekannten Buchinhalts abhängt, so wird die Eintragung nicht aufrecht erhalten. Die nähere Feststellung und Begrenzung des Begriffs des Bekanntseins der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist im Gesetze nicht enthalten. Dem richterlichen Ermessen ist somit ein großer Spielraum in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, aus denen allein auf den inneren Zustand geschlossen werden kann, gestattet. Darin weicht das BGB. von der preuß. Praxis, die mit Rücksicht auf § 15 I 7 ALR. die Unkenntnis aus Fahrlässigkeit der wirklichen Kenntnis gleichstellte (vgl. z. B. RG. in Gruch. 33 S. 1183, Bd 39 S. 923, JW. 1883 S. 204 Nr. 77, Bolze 16 Nr. 40), ab, daß nur die wirkliche Kenntnis der Unrichtigkeit, nicht aber das Kennenmüssen (das Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit; vgl. BGB. § 122 Abs. 2) den Schutz des § 892 BGB. ausschließt (vgl. Anm. 2 Abs. 3 a. E.) Das Grundbuch wird als eine mit solchem Grade öffentlichen Vertrauens ausgerüstete Erkenntnisquelle angesehen, daß jeder sich darauf ausschließlich und schlechthin verlassen darf und daß ein privates Nachforschen daneben nicht geboten erscheint (vgl. Ramdohr in Gruch. 44 S. 139). Der gute Glaube im Sinne des § 892 ist regelmäßig ein negativer Begriff, er besteht in dem Fehlen des bösen Glaubens. Nicht die Überzeugung des Erwerbers von der Vollwirksamkeit seiner Verfügung, sondern die Unkenntnis von dem seinen Erwerb ausschließenden oder beschränkenden rechtlichen Hindernissen ist die Voraussetzung des Schutzes des öffentlichen Glaubens. (v. Reibnitz S. 46 ff.; Regelsberger bayer. Hypk. S. 152.) Dadurch sind viele, vielleicht die meisten Fälle, in denen bisher ein Erwerb der Anfechtung unterlag, unanfechtbar geworden. Die bloße Möglichkeit, daß eine Eintragung unrichtig sei, bewirkte früher nicht und bewirkt jetzt nicht den Ausschluß der Berufung auf den Inhalt des Grundbuchs. Nicht jede Äußerung des Verkäufers, die auf eine gewisse Unklarheit des Rechtsverhältnisses hindeutet, z. B. nicht die bloße Mitteilung des Verkäufers, daß Eigentumsprätendenten vorhanden seien, verbunden mit der Übernahme der Verpflichtung, für den Fall der Eviktion sich eine bestimmte Preisminderung gefallen zu lassen, nicht die einseitige Mitteilung eines Dritten, daß er ein Recht beanspruche, bei dessen Existenz dem Veräußerer das Eigentum nicht oder nicht unbeschränkt zusteht, hat diesen Erfolg. Wenn dies früher angenommen wurde in dem Falle, wo die Mitteilung des Verkäufers so beschaffen war, daß dadurch dem Käufer die Unsicherheit seines Rechtserwerbs zum Bewußtsein gebracht wurde, oder wo der Erwerber mit der Mitteilung des Dritten gleichzeitig in die Lage versetzt wurde, sich von der Richtigkeit des erhobenen Anspruchs zu überzeugen, und er dennoch jede Nachforschung unterlassen hat, wiewohl ihm die Mittel dazu zu Gebote standen: so wird jetzt daran nicht mehr festzuhalten sein. Wohl aber steht nichts entgegen, daß in solchen Fällen, wo der Erwerber absichtlich seine Augen vor der Kenntnis der wahren Sach- und Rechtslage verschließt, der Richter zur Überzeugung von der bereits vorhandenen Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts auf seiten des Erwerbers gelangt. Wußte z. B. der Erwerber, daß vom Veräußerer das streitige Grundstück niemals benutzt und als Eigentum beansprucht worden ist, und hat er die Prüfung der von dem Prätendenten zum Beweise seines Eigentums beigebrachten Urkunden abgelehnt, so wird die Feststellung unbedenklich sein, daß dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs, welches das Grundstück als Eigentum des Veräußerers aufweist, bekannt gewesen ist.

4. Bei der 2. Lesung wurde die Frage aufgeworfen, ob es für die Bestimmung der mala fides des Erwerbers auf dessen Kenntnis auch bezüglich solcher Tatsachen ankomme, die dem Rechtserwerbe des Vormanns des gegenwärtigen Erwerbers entgegengestanden haben würden, wenn der Vormann sie bei seinem Erwerbe gekannt habe. Die Antwort

wurde unter Zustimmung der Mehrheit der Komm. dahin gegeben, daß der gutgläubige Erwerb des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes an einem Grundstücke den Verlust aller zur Zeit des Erwerbs aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen, dem Rechtserwerb entgegenstehenden Rechte bezw. die Unwirksamkeit aller aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen Veräußerungsverbote zur Folge habe, daß also der Erwerber eine solche Verschiedenheit zwischen dem Grundbuch und der wirklichen Rechtslage, die bereits vor oder zur Zeit des Erwerbs des bisher Berechtigten entstanden sei, nicht gegen sich gelten lassen müsse, wenn er seinerseits auch bei seinem Erwerbe die Umstände, aus denen diese Verschiedenheit sich ergebe, gekannt habe. Hiernach überträgt der gutgläubige Erwerber seinen Erwerb, wie er sich auf Grund seines guten Glaubens gestaltet hat, auf jeden Rechtsnachfolger. Dem Antrag, in dieser Beziehung eine Verdeutlichung des Gesetzes eintreten zu lassen, wurde nicht entsprochen, weil auch ohne solche Verdeutlichung bei richtiger Gesetzesauslegung zu der vom Antragsteller vertretenen Auffassung zu gelangen sei. (Prot. III S. 84.) — „Wer gutgläubig die Auflassung eines Grundstücks vom Bucheigentümer, der aber nicht wahrer Eigentümer war, erlangt hat, hat dadurch unanfechtbares Eigentum erworben und überträgt es als solches durch Auflassung an einen Dritten, dem bekannt ist, daß der Auflassende sein Recht vom Nichteigentümer hergeleitet hat" (KG. Rsp. 2 S. 266). Wer also weiß, daß der eingetragene Berechtigte, von dem er seinen Erwerb herleitet, nicht der wirkliche Berechtigte ist, glaubt nicht an die Richtigkeit des Grundbuchs und kann sich auf dessen Inhalt nicht berufen, einerlei ob auch dem eingetragenen Berechtigten die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist oder nicht. Wer dagegen nicht weiß, daß der eingetragene nicht der wirkliche Berechtigte ist, also den Inhalt des Grundbuchs, wie er zurzeit ist, für richtig hält, dessen Berufung auf diesen Inhalt steht nicht seine Kenntnis des Umstandes entgegen, daß dem unmittelbaren oder einem weiteren Rechtsvorgänger des eingetragenen Berechtigten seiner Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht zur Seite stand. Auf Grund dieser dem geltenden Rechte entsprechenden Auffassung hat das KG. (Seuff. A. Bd 56 S. 130) richtig entschieden, daß die Übertragung einer Hypothek seitens eines gutgläubigen Erwerbers auch dann unter dem Schutze des guten Glaubens steht, wenn der neue Erwerber bei seinem Erwerbe wußte, daß das Grundbuch zur Zeit des Erwerbs seines Autors unrichtig war. Die früher vom RG. (Bolze 4 Nr. 126, E. 32 S. 226) im Gegensatze zum OTrib. (Arch. 44 S. 179) vertretene, von Dernburg (HypR. 2 S. 240) und Förster-Eccius (3 § 199 b Anm. 16) lebhaft bekämpfte Ansicht ist nicht mehr haltbar (vgl. auch Planck 3 Anm. III 1 zu § 892). Erwirbt der Bösgläubige von dem Gutgläubigen zurück, so wirkt sein früherer böser Glaube.

5. Erfolgt der Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte durch einen gesetzlichen oder durch Rechtsgeschäft bestellten Vertreter, so entscheidet — wie bisher; Turnau I S. 662, 765 — die Kenntnis des Vertreters. Daneben ist die Kenntnis des Vertretenen nur dann von Bedeutung, wenn der Vertreter auf Grund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht (Vollmacht) nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, weil in solchem Falle der Vertretene die Willensentscheidung beeinflußt und teil daran hat (BGB. § 166). Im übrigen kommt es auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Vertretenen (abweichend vom bisherigen Rechte, PrPR. I 7 § 21; RG. Bolze 9 Nr. 67) nicht an. Bei Kollektivvertretung genügt die Kenntnis auch nur eines der Vertreter, z. B. die Kenntnis eines Vorstandsmitglieds einer eingetragenen Genossenschaft (RG. V 250. 96) oder einer Aktiengesellschaft (RG. Gruch. 29 S. 703, Bolze 1 Nr. 1186, Bd 3 Nr. 439, Bd 4 Nr. 807, Bd 7 Nr. 351, JW. 1893 S. 429 Nr. 19) oder bei einer offenen Handelsgesellschaft die Kenntnis eines Gesellschafters (RG. E. 9 S. 143). Kommt es auf die Kenntnis einer juristischen Person, z. B. des Fiskus an, so ist entscheidend, ob diejenige Person, die die juristische Person beim Erwerbe zu vertreten hatte, die Kenntnis besaß (RG. E. 59 S. 400).

6. Der § 837 Abs. 2 Satz 2 Entw. I enthielt die Bestimmung: „Die Kenntnis der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts steht, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntnis der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich." Dieser Satz ist als entbehrlich gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 142 gestrichen. Über seine Bedeutung und Tragweite vgl. die Anm. II 5 und 7 c S. 99, 115.

7. Als Zeitpunkt für die Kenntnis des Erwerbers sollte nach § 837 Abs. 1 Entw. I die Zeit des sich vollziehenden Erwerbs des Rechtes, also die Zeit der Eintragung des Rechtes in das Grundbuch, maßgebend sein. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs sollte nicht stattfinden, wenn die durch dasselbe verdeckte Sachlage vor der Eintragung dem Erwerber bekannt geworden ist. Hiermit schloß sich der Entw. an das preuß. Recht an (vgl. RG. E. 14 S. 288, Bd 38 S. 263). Der Standpunkt, daß dem Erwerber die nach Anbringung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt erlangte Kenntnis nicht schade, wurde von der 1. Komm. abgelehnt (Mot. III S. 221).

Bei der 2. Lesung ging man davon aus, daß der Schutz des guten Glaubens kein absolutes Prinzip sei und daß er immer auf Kosten des materiellen Rechtes gehe, daß man aber, wenn einmal im Interesse des Verkehrs der gute Glaube geschützt werden solle, dann auch so weit gehen müsse, als es das Bedürfnis des Verkehrs erfordere. Es wurde anerkannt, daß der Standpunkt des Entwurfs den Vorzug der Folgerichtigkeit für sich habe. Denn wenn der Erwerb von Rechten an Grundstücken auf die Eintragung im Grundbuche basiert werde, seien auch die einzelnen Rechtsbeziehungen an den Moment der Eintragung zu knüpfen. Auch hielt man es für billig, den Zeitpunkt, wo dem wirklich Berechtigten sein Recht entzogen werde, soweit wie möglich hinauszuschieben. Indessen könne der in einem großen Teile von Deutschland, insbesondere in Norddeutschland, gebräuchliche Geschäftsverkehr, wonach die Auszahlung der Valuta alsbald nach Abschluß des Vertrags und Einreichung des Antrags auf Eintragung vorgenommen werde, nicht unberücksichtigt gelassen werden, zumal dieser Geschäftsgang sich zum Teile im Widerspruche mit der bestehenden Gesetzgebung ausgebildet habe und hieraus hervorgehe, daß er einem wirklichen Bedürfnis entspreche. Wennschon man keinenfalls so weit gehen könne, den Abschluß des Vertrags oder den Auftrag an den amtierenden Notar, für die Eintragung Sorge zu tragen, als maßgebenden Zeitpunkt hinzustellen, so könne man doch zugunsten des Erwerbers wenigstens den Umstand, daß die Geschäftslage des Gerichts eine dem Einflusse der Parteien gänzlich entzogene Verzögerung herbeiführen könne, nicht außer Betracht lassen. Da von Fällen berichtet sei, in denen die mit dem Entw. übereinstimmenden Vorschriften der bisherigen Gesetze zu schwerer Schädigung geführt haben, da sich auch nicht annehmen lasse, daß sich die bestehende Verkehrssitte im Sinne der Vorschrift des Entw. umgestalten werde, zumal für jene Sitte sehr gewichtige wirtschaftliche Gründe angeführt seien: so müsse die Gesetzgebung insoweit mit der herrschenden Sitte in Einklang gebracht werden. Aus diesen Zweckmäßigkeitsgründen wurde die Vorschrift des Entw. I durch den Abs. 2 des § 892 BGB. ersetzt. Der vorgeschlagene Mittelweg, daß prinzipiell der Zeitpunkt der Eintragung entscheide, daß es aber dann, wenn nach Einreichung des Antrags beim Grundbuchamte die dem Erwerber obliegende Leistung (z. B. die Zahlung der Darlehnsvaluta) gemacht sei, auf diesen Zeitpunkt der Leistung ankomme, wurde nicht für gangbar erachtet, weil er die Bestimmungen zu verwickelt gestalte und deshalb praktisch weniger brauchbar sei. (Prot. III S. 79 ff.)

Der § 892 Abs. 2 unterscheidet hinsichtlich der Frage, welcher Zeitpunkt für die Kenntnis des Erwerbers maßgebend ist, zwischen den Fällen, wo zum Erwerbe des Rechtes Eintragung erforderlich ist, und den Ausnahmefällen, wo dieses Erfordernis nicht gilt. In den letzten entscheidet der Zeitpunkt des Erwerbs. In den ersten wird dem Erwerber nur dann der Schutz des öffentlichen Glaubens versagt, wenn er die den Schutz ausschließende Kenntnis schon zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung gehabt hat. Der Antrag ist erst gestellt, wenn er beim Grundbuchamt eingegangen ist. Wird eine Auflassung gemäß Art. 143 EG. z. BGB. vor einem Notar erklärt, so schadet dem Erwerber die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, die er bis zum Zeitpunkte des Eingangs der Auflassungsverhandlung beim Grundbuchamt erhält. (RG. E. 53 S. 88). Kommt ausnahmsweise die zum Erwerb erforderliche Einigung der Beteiligten erst nach der Eintragung zustande, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Einigung maßgebend. (Denkschr. S. 184.) Bei dem Erwerb einer Forderung mit Briefhypothek durch Abtretung ist hiernach für die Kenntnis des Erwerbers der Zeitpunkt entscheidend, in welchem dem Erwerber die schriftliche Abtretungserklärung erteilt und der Hypothekenbrief übergeben

wird oder, beim Ersatze der schriftlichen Abtretungserklärung durch Eintragung, der Zeitpunkt, in welchem die Eintragung der Abtretung im Grundbuch und die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Erwerber erfolgt. Fallen die zur Vollziehung der Abtretung erforderlichen beiden Akte (Übergabe des Hypothekenbriefs und Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung oder Eintragung im Grundbuche) zeitlich auseinander, so ist der Zeitpunkt des zuletzt erfolgenden Aktes maßgebend, da vorher der Erwerb nicht vollendet war. Bei dem Erwerb einer Forderung mit Buchhypothek entscheidet dagegen der Zeitpunkt, in welchem der Eintragungsantrag beim Grundbuchamte gestellt wird, oder wenn die Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner über die Eintragung noch nicht getroffen war (vgl. Anm. 4 S. 110), der spätere Zeitpunkt, in welchem die Einigung zustande kommt, mag auch dieser spätere Zeitpunkt erst nach der Eintragung der Hypothek eintreten. (Vgl. § 1154.) Im Falle des § 1117 muß der Gläubiger noch in dem Zeitpunkte gutgläubig sein, in welchem ihm vom Eigentümer der Hypothekenbrief übergeben wird. Folgen mehrere Erwerbsakte aufeinander, so ist der Zeitpunkt des früheren Erwerbs maßgebend. Wird z. B. dem Erwerber die Hypothek zunächst verpfändet, später aber zur Realisierung des Pfandrechts abgetreten, so kommt für die Gutgläubigkeit nur der Zeitpunkt der Verpfändung in Betracht. Die Einrede der nicht gezahlten Valuta steht ihm nicht entgegen, wenn sie ihm erst bei der Abtretung bekannt geworden ist, während er beim Erwerbe des Pfandrechts noch keine Kenntnis davon hatte. (RG. V 107. 05.)

8. Über den Widerspruch vgl. § 899 mit Anm. — Wird ein Widerspruch nach dem im § 892 Abs. 2 (Anm. 7) angegebenen Zeitpunkt eingetragen, so geht er dem Rechte, dessen Eintragung beantragt war, wie jede früher bewirkte Eintragung, vor. Gegenüber schon beantragten Eintragungen versagt der öffentliche Glaube des Grundbuchs und selbst gegen die Eintragung, die auf Grund eines späteren Antrags erfolgt, ist der Steller des früheren Eintragungsantrags nicht geschützt. Das sind Konsequenzen aus dem § 879 BGB. und aus den §§ 17, 46 GBO., die durch die §§ 892, 893 BGB. nicht berührt werden. Ist ein Recht (z. B. eine Hypothek) ohne die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung eingetragen, wird demnächst ein Widerspruch (z. B. gegen das Eigentum des Bestellers der Hypothek) eingetragen und kommt dann erst die Einigung zustande, so muß das Recht (Hypothek) dem Widerspruche weichen, da zur Zeit des Erwerbs des Rechtes der Widerspruch bereits eingetragen und die Eintragung (also auch der Antrag) bis dahin wirkungslos war, vorausgesetzt daß das durch den Widerspruch geschützte Recht gegen den Erwerber festgestellt wird. R. Förster (Das Recht 1903 S. 351) gibt zwar der hier vertretenen Ansicht den Vorzug, glaubt aber, die Kontroverse werde beseitigt, wenn man den in anderen Vorschriften (BGB. § 878, KO. § 15) hervortretenden Gedanken zur Auslegung des § 892 Abs. 2 BGB. heranziehe, daß die Zwischenzeit zwischen dem Eingange eines Antrags und der Eintragung selbst als nicht existierend, die beiden Vorgänge als zeitlich zusammenfallend anzusehen seien, daß also jede Eintragung als bereits in dem Augenblick als ausgeführt gelte, in welchem sie beim Grundbuchamte beantragt werde; dann seien alle früher beantragten Eintragungen bereits vor ihrer Ausführung als Inhalt des Grundbuchs anzusehen. Dies würde darauf hinauslaufen, daß für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch das Präsentationsregister maßgebend sei, was doch ausdrücklich abgelehnt ist. (Dagegen RG. E. 57 S. 281; KG. JW. 28 S. A. 92.) Der Grundbuchrichter kann aber die Eintragung ablehnen, wenn Bedenken gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nach Stellung des Eintragungsantrags zu seiner Kenntnis kommen. Dem Erwerber hilft dann seine Berufung auf den guten Glauben nichts (KG. JW. 28 S. A 92). Bei der Anfechtung eines eingetragenen Rechtes nach §§ 29 ff. KO. ist für die Kenntnis des Erwerbers von der Zahlungseinstellung, vom Antrag auf Eröffnung des Konkurses ꝛc. die Zeit der Eintragung oder der späteren Einigung maßgebend (Jaeger KO. Nr. 14 zu § 31). Hat der Erwerber das Recht weiter veräußert, so schützt ihn der öffentliche Glaube des Grundbuchs gegen die Anfechtung aus § 40 KO. (Jaeger Nr. 5 zu § 40). — Der

innerhalb eines Monats nach der Eintragung einer Buchhypothek eingetragene Widerspruch wegen nicht gezahlter Darlehnsvaluta hat dieselbe Wirkung, als wenn er zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre (BGB. § 1139). — Selbstverständlich kommt nur ein Widerspruch in Betracht, der gerade das Recht betrifft, das den Gegenstand des Erwerbs bildet; es sei denn, daß der Widerspruch allgemein gegen Verfügungen des als Berechtigten Eingetragenen gerichtet und dementsprechend nicht zu dem Rechte, das erworben werden soll, sondern in der II. Abt. des Grundbuchs eingetragen ist.

Dasselbe muß von der Verfügungsbeschränkung gelten, wenn die Kenntnis davon nur durch ihre Eintragung im Grundbuche vermittelt wird.

9. Ist in einem Prozesse der Klage des Verkäufers auf Zahlung der Kaufgelderhypothek die Einrede entgegengestellt, der Kaufvertrag sei wegen Betrugs unwirksam, und hat der beklagte Käufer Widerklage erhoben auf Rückgewähr des Geleisteten und auf Bewilligung der Löschung der Kaufgelderhypothek: so kann in einem anderen Prozesse, in welchem der Zessionar des Verkäufers die dingliche Klage auf Zahlung der Kaufgelderforderung aus dem Grundstücke mit der Begründung erhoben hat, daß er die Kaufgelderhypothek in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworben habe, nicht der Einwand der Rechtshängigkeit erhoben werden, weil dieser Klage der Einwand der Rechtskraft auch dann nicht entgegenstehen würde, wenn im Vorprozesse nach den Anträgen der Widerklage erkannt worden wäre. (RG. E. 52 S. 260.)

10. Ist eine Grundschuld (oder Hypothek) für mehrere Gläubiger zu gleichen Rechten und Anteilen eingetragen, so kommt der öffentliche Glaube des Grundbuchs zwar auch demjenigen zustatten, der ein Recht an dem Anteil eines der Gläubiger erworben hat, aber er geht nicht so weit, daß er für den einen Mitgläubiger und aus dessen Rechte für den Erwerber einen Anspruch auf Herausgabe des Grundschuldbriefs gegen die übrigen daran mitberechtigten Gläubiger begründen könnte, wenn ein solcher Anspruch nach dem ihr Rechtsverhältnis zueinander bestimmenden Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen ist (RG. V 444. 03 nach bisherigem PRechte).

V. Der Schutz des wirklich Berechtigten.

Mit dem Schutze dessen, der dem Glauben des Grundbuchs gefolgt ist, ist notwendig ein Rechtsverlust für den nicht eingetragenen wirklichen Berechtigten verbunden. Die Frage, ob und welche Ansprüche für den letzteren durch den Verlust begründet werden, war im Entw. I durch die besondere Vorschrift des § 839 dahin beantwortet: „Wer in Gemäßheit der §§ 837, 838 (BGB. §§ 892, 893) den Verlust eines Rechtes erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern." In den Motiven (III S. 224) heißt es: „Der Nichtberechtigte, welcher den Verlust des Berechtigten veranlaßt hat, kann diesem hierdurch sowohl aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung als aus dem Grunde der Bereicherung verpflichtet sein. a) Die Verpflichtung zum Schadenersatze aus unerlaubter Handlung bestimmt sich nach den bezüglichen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse (BGB. §§ 823 ff.); sie braucht an dieser Stelle nicht hervorgehoben zu werden. b) Die Verpflichtung des Nichtberechtigten, die Bereicherung, welche er durch die Veräußerung oder die Belastung des Rechtes oder durch eine auf Grund desselben an ihn erfolgte Leistung erlangt hat, an den Berechtigten herauszugeben, ist in der Billigkeit begründet; sie entspricht im allgemeinen dem geltenden Rechte (vgl. PALR. I 15 § 28)." Der Dritte, der unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs von dem Nichtberechtigten gültig erworben hat, sollte auch im Falle der unentgeltlichen Erwerbung dem Berechtigten nicht haften, weil die Rechtssicherheit im Realverkehre nur dann verbürgt sei, wenn der Erwerber durch den § 892 BGB. gegen jeden Anspruch des Berechtigten geschützt sei.

Bei der 2. Lesung wurde dem § 839 Entw. I folgende Vorschrift hinzugefügt: „Ist die unberechtigte Verfügung unentgeltlich erfolgt, so ist der Erwerber zur Herausgabe der durch sie erlangten Bereicherung verpflichtet." Man meinte, die Ausschließung des öffentlichen Glaubens bei unentgeltlichem Erwerbe sei zwar bedenklich (vgl. Anm. I 1 S. 245), es gehe aber nicht an, den wahren Berechtigten im Falle des unentgeltlichen Erwerbs (wozu auch die Schaffung einer Eigentümergrundschuld nach § 1196 gehöre) ohne Schutz zu lassen. (Prot. III S. 82—84, 87 III.) Die mitgeteilte Bestimmung des § 839 Entw. I wurde mit dem beschlossenen Zusatze zunächst als besondere Vorschrift für den Grundbuchverkehr im § 812 Entw. II beibehalten. Später wurde jedoch, da der ihr zugrunde liegende Gedanke allgemein gilt, insbesondere auch für Verfügungen, die der bisherige Gläubiger oder ein vermeintlicher Zessionar nach den §§ 407, 408 BGB. mit Wirksamkeit gegenüber dem

Digitized by Google

nunmehrigen Gläubiger vorgenommen hat, sowie für die Leistung an den Besitzer, durch die der Schuldner nach § 851 BGB. von der Verbindlichkeit gegenüber dem Eigentümer freigeworden ist, und da es richtiger sei, anstatt mehrerer gleichartigen, unter den verschiedenen Materien zerstreuten Bestimmungen — für den Grundbuchverkehr zu den §§ 892, 893, für den Verkehr mit beweglichen Sachen zu den §§ 933, 934, für den Verkehr mit Nachlaßgegenständen auf Grund eines Erbscheins zu den §§ 2365—2367 BGB. — eine allgemeine Vorschrift aufzunehmen: beschlossen, eine solche da einzustellen, wo die ungerechtfertigte Bereicherung im Zusammenhange behandelt wird. (Prot. VI S. 199 VII.)

Die als § 816 in das BGB. eingefügte Vorschrift lautet:

Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.

Nach dieser und den sich in den §§ 817—822 anschließenden Bestimmungen stellen sich die Ansprüche des wirklichen Berechtigten, der durch die Verfügung des Nichtberechtigten einen Rechtsverlust erlitten hat, am einfachsten Beispiele, wie folgt, dar. Hat der als Eigentümer eingetragene Nichtberechtigte sein Grundstück auf Grund Kaufes oder Tausches an einen gutgläubigen Erwerber aufgelassen, so kann der nicht eingetragene wirkliche Eigentümer von dem Nichtberechtigten die Herausgabe des Kaufgelds bezw. des ertauschten Grundstücks fordern; gegen den Erwerber hat er einen Anspruch nicht (§ 816 Abs. 1 Satz 1). Hat der Nichtberechtigte dagegen das Grundstück schenkweise abgetreten, so hat er nichts erlangt, was er herausgeben könnte. In diesem Falle ist der Beschenkte verpflichtet, dem wirklichen Berechtigten das Grundstück herauszugeben und aufzulassen (§ 816 Abs. 1 Satz 2). Hat der Beschenkte das Grundstück weiter verschenkt, so ist er nicht mehr bereichert und der wirkliche Berechtigte hat keinen Anspruch gegen ihn (§ 818 Abs. 3); der wirkliche Berechtigte kann aber von dem Dritten die Herausgabe des Grundstücks verlangen, wie wenn dieser von ihm das Grundstück ohne rechtlichen Grund erhalten hätte (§ 822). Hat der erste Beschenkte das Grundstück auf Grund Kaufes weiter veräußert, so hat er dem wirklichen Berechtigten den Wert des Grundstücks zu ersetzen, jedoch nicht über den Betrag des Kaufgeldes hinaus, da er weiter nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 2, 3). Hat er aber das Grundstück animo donandi unter seinem Werte verkauft, so haftet der Käufer dem wirklichen Berechtigten in Höhe des Betrags, um den der Wert des Grundstücks den Kaufpreis übersteigt, da insoweit ein unentgeltlicher Erwerb vorliegt (vgl. Mot. II S. 287).

Daß der wirkliche Berechtigte außerdem von dem Nichtberechtigten unter Umständen nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.) Schadensersatz verlangen kann, ist in der Denkschrift des Bundesrats (S. 185) ausdrücklich hervorgehoben.

VI. Ausschluß und Ausdehnung des Schutzes der §§ 892, 893 BGB.

1. Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerke darauf hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerke darauf hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich. (§ 1140.)

Über die Nichtanwendbarkeit des § 892 auf Einreden des Eigentümers gegen die Forderung von Zinsen oder anderen Nebenleistungen einer abgetretenen Hypothekenforderung und auf den Anspruch auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen einer abgetretenen Hypothekenforderung sowie auf Erstattung von Kosten vgl. die §§ 1158 und 1159 (vgl. auch hinsichtlich der einzelnen Leistungen bei den Reallasten und Rentenschulden die §§ 1107 u. 1200).

Die Anwendung der §§ 892, 893 auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke durch Eintragung einer Sicherungshypothek ist nicht ausgeschlossen.

Nur der Anspruch bezw. die Forderung und die dagegen dem Eigentümer zustehenden Einreden stehen nicht unter dem Schutze der §§ 892, 893 (§§ 1184, 1185 Abs. 2, 1190).

Die Vorschriften des § 892 finden keine Anwendung auf eine nach § 1028 erloschene, im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit. Sie finden nur beschränkte Anwendung auf die Eintragung des Zinssatzes, der Zahlungszeit und des Zahlungsorts (§ 1119) und auf die Eintragung einer Buchhypothek (§ 1139).

2. Dem Erwerber einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld mit Brief, dem die Hypothek ꝛc. von dem nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragenen Besitzer des Briefes unter Aushändigung des Briefes abgetreten ist, steht die Berufung auf den § 892 in gleicher Weise zu, wie wenn der Besitzer des Briefes im Grundbuch eingetragen wäre, vorausgesetzt, daß sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Briefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt (§§ 1155, 1192, 1199; GBO. § 40 Abs. 2).

Die Vorschriften der §§ 891—899, gelten für die Hypothek im engeren Sinne auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§ 1138).

Die Vorschriften der §§ 892, 894—8991, 1140, gelten auch für die Einreden des Eigentümers gegen den neuen Gläubiger, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen (§ 1157).

Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bezüglich der eingetragenen Hypotheken ist im § 1128 Abs. 2 Halbs. 2 auch gegenüber dem Versicherten zur Anwendung gebracht (vgl. Anm. I 4 a S. 53).

3. Die Regelung der Benutzung und Verwaltung eines Grundstücks, die Ausschließung der Teilung und die in den §§ 755, 756 bestimmten Ausgleichungsansprüche sind gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers *nur* dann wirksam, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind; die Kenntnis davon genügt nicht (§ 1010).

VII. Der § 892 findet Anwendung nur auf einen nach dem Inkrafttreten des BGB. vollzogenen Erwerb; für frühere Erwerbungen bleiben die Vorschriften des bisherigen Rechtes maßgebend (RG. E. 47 S. 229 u. V 16. 1901). Dies ist von großer Bedeutung in Ansehung der in Anm. 1 S. 245, Anm. 2 S. 246, Anm. 2 Abs. 3 und Anm. 3 S. 265 f. erwähnten Abweichungen des BGB. vom bisherigen preußischen Rechte.

VIII. *Rechte und Lasten, die der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfen.*

Das Grundbuch gibt kein vollständiges Bild von dem rechtlichen Zustande des Grundstücks. Neben den öffentlichen Lasten und Abgaben, die von der privatrechtlichen Gesetzgebung, namentlich also auch von den Bestimmungen des BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, überhaupt nicht betroffen werden und der Landesgesetzgebung verbleiben (vg. Art. 55 EG. z. BGB.), gibt es das Grundstück belastende, dem Privatrecht angehörende Rechte, über die das Grundbuch keine Auskunft geben kann, weil es ihnen verschlossen ist. Ferner gibt es Rechte, die, obwohl sie eingetragen werden können, von den Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht berührt werden, die dem Erwerber eines Rechtes am Grundstücke gegenüber Wirksamkeit haben ohne Rücksicht darauf, ob sie im Grundbuch eingetragen, ob sie dem Erwerber bekannt sind oder nicht. Diese Rechte werden bezeichnet als solche, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen (vgl. z. B. EG. z. BGB. Art. 114, 187). Bei einem dieser Rechte muß Besitz hinzutreten, damit es diese Wirksamkeit erlangt (vgl. Nr. 3 S. 286). Auf den Gebieten, die ihr durch allgemeine Vorbehalte des EG. z. BGB. überlassen sind, ist die Landesgesetzgebung berechtigt, Ausnahmen von dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu machen, soweit der Grundsatz nicht für einzelne vorbehaltene Gebiete reichsgesetzlich für maßgebend erklärt ist (vgl. EG. z. BGB. Art. 61, 118). *Auf alle diese Rechte findet § 892 keine Anwendung.* Endlich kommen im BGB. vereinzelt Rechte vor, die zwar zu ihrer Entstehung der Eintragung nicht bedürfen, die

aber, weil ſie der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durch das Geſetz nicht entzogen ſind, den Beſtimmungen des § 892 BGB. unterliegen, die alſo, ſolange ſie nicht eingetragen ſind, dem Dritterwerber gegenüber nur dann Geltung haben, wenn ſie ihm bekannt waren. Sie beſtehen außerhalb des Grundbuchs; das Grundbuch iſt unrichtig, ſolange ſich ihr Beſtehen daraus nicht erſehen läßt. Wer alſo das Recht kennt, dem iſt die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt; er kann ſich nicht unter dem Vorwande der Vollſtändigkeit des Grundbuchs darauf berufen, daß das Recht ihm gegenüber nicht beſtehe. Soweit gewährleiſtet das Grundbuch die Vollſtändigkeit ſeines Inhalts nicht, daß Rechte, die zu ihrer Entſtehung der Eintragung nicht bedürfen, zugunſten deſſen, der ſich lediglich auf das Grundbuch verläßt, obwohl er Kenntnis vom Beſtehen des Rechtes hat, als nicht beſtehend gelten, falls ſie nicht eingetragen ſind (vgl. Anm. 2 Abſ. 2 S. 254). Vgl. v. Reibnitz S. 65.

Für Preußen ergibt ſich nach den Reichs- und Landesgeſetzen folgender Rechtszuſtand.

1. Die Rente für den Überbau und für den Notweg geht allen Rechten an dem belaſteten Grundſtücke vor. Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Nur dann, wenn auf das Recht verzichtet oder durch Vertrag die Höhe der Rente feſtgeſtellt wird, iſt die Eintragung erforderlich. Das Recht auf die Rente erliſcht mit der Beſeitigung des Überbaues bezw. des Notwegs. (BGB. §§ 912—917.) Das Recht entſteht und erliſcht außerhalb des Grundbuchs. Die Rentenpflicht in ihrer geſetzlichen Höhe geht auf den Erwerber des belaſteten Grundſtücks über, auch wenn ſie dieſem nicht bekannt geweſen iſt. Das Rentenrecht bleibt bei der Zwangsverſteigerung beſtehen, auch wenn es bei der Feſtſtellung des geringſten Gebots nicht berückſichtigt iſt (ZVG. § 52 Abſ. 2).

2. Nach § 12 PEigG. bedurften von dinglichen Rechten, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, zur Wirkſamkeit gegen Dritte nicht der Eintragung die geſetzlichen Vorkaufsrechte, die Grundgerechtigkeiten, die Miete und Pacht und diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, die nach §§ 8, 142 ABergG. v. 24. Juni 1865 im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können. „Inwieweit die den Rentenbankrenten überwieſenen und die Domänen-Amortiſationsrenten der Eintragung bedürfen, wird durch das G. v. 2. März 1850 über die Rentenbanken für deſſen Geltungsbereich beſtimmt.“ Dieſe Beſtimmungen ſind aufgehoben (Art. 89 Nr. 28 AG. z. BGB.) und, ſoweit erforderlich, durch den Art. 22 AG. z. BGB. erſetzt, welcher lautet:

Zur Erhaltung der Wirkſamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedürfen der Eintragung nicht:

1. das in den Fällen der Enteignung oder der Grundabtretung zu Zwecken des Bergbaubetriebs beſtehende geſetzliche Vorkaufsrecht;

2. die Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach den §§ 8, 142 des ABergG. vom 24. Juni 1865 (GeſS. S. 705) im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können;

3. die den Rentenbanken überwieſenen Renten und die Domänen-Amortiſationsrenten;

die für die Provinz Hannover bisher geltenden entgegenſtehenden Vorſchriften werden aufgehoben.

Die Landesgeſetzgebung iſt zu dieſen Vorſchriften ermächtigt zu 1 und 2 durch Art. 67 und 109, zu 3 durch Art. 114 EG. z. BGB.

Statt der geſetzlichen Vorkaufsrechte im allgemeinen (vgl. Abſ. 1) ſind unter Nr. 1 nur die durch § 57 EnteignungsG. v. 11. Juni 1874 und durch § 141 ABergG. beſtimmten genannt, weil von den ſonſtigen geſetzlichen Vorkaufsrechten des bisherigen Rechtes das der Miteigentümer wegfällt und das auf den ſtatutariſchen Beſtimmungen der Ritterſchaft des Herzogtums Bremen beruhende Vorkaufs- und Retraktrecht der Agnaten an ritterſchaftlichen Erbſtammgütern, das im G. v. 24. Dezember 1872 (GS. 1873 S. 2) aufrecht erhalten iſt, durch Art. 61 EG. z. BGB. den Vorſchriften des § 892 BGB. unterſtellt iſt und daher eingetragen werden muß.

Nach dem G. v. 2. März 1850 (GS. S. 112) bedürfen die an die Rentenbanken abgetretenen Renten und die Domänen-Amortisationsrenten nicht der Eintragung in das Grundbuch (§ 18 Abs. 1, § 64). Wenn das Gesetz im § 18 Abs. 2 die Eintragung der Rentenpflichtigkeit für den Fall vorschreibt, daß die Rente an die Stelle einer eingetragenen Reallast tritt, so ist damit nur eine Anweisung für den Grundbuchrichter gegeben, nicht ein Erfordernis für die Wirksamkeit der Rentenpflichtigkeit gegenüber Dritten aufgestellt (RG. E. 6 S. 292).[1] Die hier allein in Betracht kommenden materiellen Vorschriften des Ges. v. 2. März 1850 würden zwar auf Grund des Art. 114 EG. z. BGB. ohne weiteres in Kraft bleiben. Da jedoch der § 12 Abs. 3 PEigG. jene Vorschriften ausdrücklich bestätigt hat (vgl. oben Abs. 1), so ist zum Ersatze des § 12 Abs. 3 an dieser Stelle die Befreiung der fraglichen Renten vom Eintragungszwange gleichfalls ausgeschlossen. In der Prov. Hannover bedurften bisher, abweichend von dem in allen übrigen Landesteilen geltenden Rechte, Domänen-Amortisations- und Rentenbankrenten der Eintragung in das Grundbuch (V. v. 28. Septbr 1867 § 10, GS. S. 1670; Ges. v. 3. April 1869 § 6, GS. S. 544; Ges. v. 28. Mai 1873 § 17, GS. S. 253). Durch die Aufhebung der bisher geltenden entgegenstehenden Vorschriften sind auch in der Prov. Hannover die Vorschriften des Rentenbankgesetzes eingeführt. — In Kraft bleiben nach den Art. 113, 114 EG. z. BGB. und Art. 33 Nr. 6 AG. z. GBO. auch der § 45 G. für Cassel v. 29. Mai 1873 (GS. S. 273), wonach die zur Ablösung von Grundlasten ꝛc. aus der Landeskreditkasse erborgten Darlehne ohne Eintragung in die Grundbücher ihre bisherigen Pfand- und Vorzugsrechte an den ehemals pflichtigen Grundstücken behalten, sowie der § 1 G. v. 29. Mai 1874 über die gerichtliche Eintragung von Grundlasten in den vormals bayerischen Landesteilen ꝛc. (GS. S. 185), demzufolge die für ablösbar erklärten Grundlasten sowie die an deren Stelle getretenen Geldansprüche der Eintragung in die Grundbücher nicht bedürfen.

Da in Preußen von der Befugnis des Art. 187 Abs. 2 EG. z. BGB., die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten dem Eintragungszwange zu unterwerfen, kein Gebrauch gemacht ist, bedurfte es keiner besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen. Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten an gebuchten oder ungebuchten buchungspflichtigen oder buchungsfreien Grundstücken ist, wenn sie nach der Zeit erfolgt, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach der Regel des § 873 BGB. Einigung der Beteiligten und Eintragung erforderlich; und zu ihrer Aufhebung bedarf es, abgesehen von dem Falle des § 1028 BGB., nach der Regel des § 875 der Aufhebungserklärung des Berechtigten und der Löschung im Grundbuche. Der Art. 128 EG. z. BGB. kommt in Preußen nicht zur Anwendung, da die auf die Begründung von Grunddienstbarkeiten bezüglichen Bestimmungen des PALR. I 22 § 13 ff. durch Art. 89 Nr. 1 AG. z. BBG. aufgehoben sind. Grunddienstbarkeiten, die zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bedürfen nach Art. 187 Abs. 1 EG. z. BGB. zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung; jedoch hat die Eintragung auf Antrag zu erfolgen.

Die im Art. 22 AG. z. BGB. bezeichneten Rechte sowie die Grunddienstbarkeiten, die zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks auch dann bestehen, wenn sie bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt sind, jedoch bleibt für die Grunddienstbarkeiten die Vorschrift des § 9 Abs. 2 EG. z. ZVG. maßgebend, (PAG. z. ZVG. Art. 6 § 2 Abs. 1 und EG. z. ZVG. § 9; ZVG. § 52).

Für die nicht eingetragenen Miet- und Pachtrechte, die unter der Herrschaft des PALR. begründet sind und zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, als Rechte an einem Grundstücke bestehen, ist auf Grund des Art. 188 Abs. 2 EG. z.

[1] Die Rentenpflicht hört kraft Gesetzes mit der Zahlung des Ablösungskapitals, nicht erst mit der Löschung auf (RG. Rsp. 7 S. 374).

BGB. durch V. v. 16. November 1899 Art. 9 bestimmt, daß sie zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Vorausgesetzt wird aber, daß das Miet- und Pachtrecht als Recht an einem Grundstücke besteht, daß es also, wie bisher, durch Besitzübertragung des Grundstücks an den Mieter und Pächter dinglich geworden ist. Seit Inkrafttreten des BGB. können Miet- und Pachtrechte überhaupt nicht mehr eingetragen werden.

3. Nach § 68 Nr. 3 PEigG. erlangten Hilfsbaue, die unter die Vorschriften der §§ 60 ff. ABergG. v. 24. Juni 1865 fallen, auch ohne Eintragung in das Grundbuch durch Übergang des Besitzes die Eigenschaft dinglicher Rechte und erloschen nicht durch Erteilung des Zuschlags infolge gerichtlicher Zwangsversteigerung. Diese Bestimmungen sind aufgehoben (AG. z. BGB. Art. 89 Nr. 28), aber ersetzt in dem durch Art. 37 Nr. III AG. z. BGB. dem § 60 Abs. 3 ABergG. v. 24. Juni 1865 hinzugefügten Satz 2: „Er — der Hilfsbau — bedarf, wenn der Hilfsbauberechtigte den Besitz erlangt hat, zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung in das Grundbuch" — und bezüglich des Nichterlöschens bei der Zwangsversteigerung durch die vorstehend im vorletzten Abs. der Nr. 2 bezeichneten Bestimmungen.

4. Solcher Rechte, die kraft Gesetzes an einem fremden Grundstück ohne Eintragung entstehen, aber erst durch Eintragung volle Wirksamkeit erlangen, gibt es nur drei.

a. Besteht die dem Nießbrauch unterliegende Forderung in dem Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so entsteht der Nießbrauch an dem Grundstück ohne weiteres dadurch, daß die Auflassung dem Nießbraucher vom Schuldner nach § 1074 BGB. erteilt und der Gläubiger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird (§ 1075).

b. Besteht ein Pfandrecht an einer Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist, so gilt der Pfandgläubiger nach dem Eintritte der Fälligkeit der Forderung als ermächtigt, das Eigentum am Grundstücke für den Pfandschuldner zu erwerben und an Stelle des letzteren die für den Erwerb erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamt abzugeben; mit dem Übergange des Eigentums auf den Schuldner erwirbt der Pfandgläubiger ohne weiteres eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke (BGB. §§ 1282, 1287).

c. Bei Pfändung eines auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichteten Anspruchs hat die Auflassung an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen; mit dem Übergange des Eigentums auf den Schuldner erlangt der Eigentümer ohne weiteres eine Sicherungshypothek (ZPO. § 848 Abs. 2).

In diesen Fällen hat der Gläubiger, der Schuldner, der Sequester die Eintragung des Nießbrauchs bezw. der Sicherungshypothek nach § 894 BGB. zur Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen. Bezüglich des Sequesters ist dies im § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO. besonders bestimmt. Im § 1029 Abs. 2 und § 1219 Abs. 2 Entw. I war für die Fälle zu a und b die gleiche Verpflichtung des Gläubigers bezw. des Schuldners ausdrücklich festgesetzt; die Bestimmungen sind aber als selbstverständlich gestrichen (Prot. III S. 418 IX, S. 532 K.) Nicht bloß ein Recht auf Eintragung des Nießbrauchs und der Sicherungshypothek ist dem Nießbraucher, dem Pfand- und dem Pfändungsgläubiger gegeben, sondern der Nießbrauch und die Sicherungshypothek entstehen als dingliche Rechte am Grundstück ohne weiteres (vgl. Anm. 1 zu § 1075). Daß damit das Prinzip des Grundbuchrechts, wonach dingliche Rechte an Grundstücken regelmäßig nur durch Eintragung entstehen, durchbrochen wird, dessen war man sich bei der 2. Lesung bewußt (vgl. Prot. a. a. O.). Wird die Erteilung der Eintragungsbewilligung verzögert oder verweigert, so kann der Berechtigte sein Recht durch Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB. sichern. So lange die Eintragung nicht erfolgt ist, hat der Nießbrauch und die Sicherungshypothek

nach § 892 BGB. gegenüber dem Tritterwerber nur dann Wirksamkeit, wenn sein Erwerb nicht durch Rechtsgeschäft, also z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung des Arrestes, erfolgt oder wenn ihm das Bestehen des Nießbrauchs oder der Sicherungshypothek bekannt ist. Schilde (Unrichtigkeit d. Grundb. S. 6 Nr. 2) will den Nießbrauch und die Sicherungshypothek, solange sie nicht eingetragen sind, nicht als bestehend gelten lassen (vgl. dagegen Prot. III S. 77). Der Nießbrauch und die Sicherungshypothek erlöschen, wenn der Anspruch auf Eintragung gegen den Eigentümer verjährt ist (BGB. § 901). Im Zwangsversteigerungsverfahren sind diese Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebots nur dann zu berücksichtigen, wenn sie rechtzeitig angemeldet sind (ZVG. §§ 45, 37 Nr. 4). Werden sie nicht angemeldet, so erlöschen sie (§ 52 das.); werden sie zu spät angemeldet, so stehen sie bei der Verteilung des Versteigerungserlöses den übrigen Rechten nach (§ 110 das.).

5. Die öffentlichen Lasten und Abgaben. Die Kenntnis von ihrem Vorhandensein ist beim Erwerber des Grundstücks in der Regel vorauszusetzen: eventuell ist es seine Sache, sich nach ihrem Vorhandensein zu erkundigen (Mot. II S. 215). Sie bedürfen weder zu ihrer Entstehung noch zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung; die gemeinen Lasten sind sogar von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen (PAG. z. GBO. Art. 11). Der Verkäufer haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind (BGB. § 436). Bei der Zwangsversteigerung werden sie nur in den laufenden und den aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträgen aus dem Grundstücke befriedigt. (ZVG. § 10 Nr. 3); im übrigen hat sie als Lasten von dem Zuschlag an der Ersteher zu tragen (das. § 56 Satz 2), wie sie der Käufer von der Übergabe bezw. von seiner früheren Eintragung als Eigentümer an zu tragen hat (BGB. § 446). Welche Leistungen zu den öffentlichen Lasten des Grundstücks gehören, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (Mot. z. BGB. II S. 215, Begr. der Art. 1—3 Entw. e. AG. z. ZVG.; vgl. auch EG. z. ZVG. § 4). Das preuß. Landesgesetz ist in den Art. 1—3 AG. z. ZVG. enthalten. Dort ist bestimmt:

Art. 1. Öffentliche Lasten eines Grundstücks im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 3 und des § 156 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. März 1897 sind:

1. die zur Erfüllung der Deichpflicht erforderlichen Beiträge und Leistungen, ohne Unterschied, ob sie von der zuständigen Staatsbehörde ausgeschrieben sind oder aus der auf einem Deichverbande beruhenden Deichpflicht entspringen;

2. die auf einem nicht privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen, die auf dem Grundstücke nach Gesetz und Verfassung haften (gemeine Lasten).

Die im Abs. 1 unter Nr. 1 bezeichneten Lasten gehen den unter Nr. 2 bezeichneten im Range vor.

Art. 2. Zu den gemeinen Lasten gehören namentlich:

1. Abgaben und Leistungen, die aus dem Kommunal-, Kirchen-, Pfarr- oder Schulverband entspringen oder an Kirchen, Pfarren, Schulen, Kirchen- oder Schulbediente zu entrichten sind;

2. Beiträge, die aus der Verpflichtung zu öffentlichen Wege-, Wasser- oder Uferbauten entstehen;

3. Beiträge, die an öffentliche Meliorationsgenossenschaften oder andere einen gemeinnützigen Zweck verfolgende Körperschaften des öffentlichen Rechtes, insbesondere an Verbände, welche die Versicherung ihrer Mitglieder gegen den durch Brand, Hagelschlag oder Viehsterben entstehenden Schaden bezwecken, zu entrichten sind;

4. diejenigen Beiträge zur Entschädigung oder zu den Kosten der Schutzanlagen, welche nach Maßgabe des Gesetzes, betr. Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften, v. 6. Juli 1875 (GesS. S. 416) den Eigentümern gefährdeter oder gefahrbringender Grundstücke auferlegt sind.

Digitized by Google

Art. 3. In Ansehung des Rechtes auf Befriedigung aus dem Grundstücke stehen den öffentlichen Lasten gleich:

1. die an die Rentenbanken oder die Tilgungskassen abgetretenen Renten sowie die an die Staatskasse zu entrichtenden Ablösungsrenten;

2. wenn das Grundstück bei einer Auseinandersetzung beteiligt ist, die im § 7 Nr. 6 des Gesetzes über das Kostenwesen in Auseinandersetzungssachen v. 24. Juni 1875 (GesS. S. 397) bezeichneten Kosten und Terminalvorschüsse auch außerhalb des ursprünglichen Geltungsbereichs des genannten Gesetzes.

Die Renten, Kosten und Vorschüsse haben den Rang zwischen den im Art. 1 Abs. 1 unter Nr. 1 und den daselbst unter Nr. 2 bezeichneten Lasten.

Die Art. 1 und 2 entsprechen den §§ 25, 28 PfBG. v. 1883. Den zur Erfüllung der Deichpflicht (vgl. Ges. v. 28 Januar 1848 §§ 9, 18, 19, GS. S. 54; V. v. 30. Juli 1853 § 1 Nr. 6, GS. S. 909; G. v. 2. März 1850 § 6, GS. S. 77; OTrib. E. 57 S. 25; Turnau II § 45 Nr. 2 S. 281) erforderlichen Beiträgen und Leistungen ist ihr bisheriges Vorrecht vor den sonstigen gemeinen Lasten des Grundstücks gewahrt; dagegen treten sie, abweichend vom bisherigen Rechte, hinter die im § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. bezeichneten Liedlohnansprüche im Range zurück.

Der Begriff der gemeinen Lasten und seine hauptsächlichen Anwendungen sind im Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 und im Art 2 wesentlich im Einklange mit dem § 28 PfBG. v. 1883 und mit der Rechtsprechung der obersten Gerichte bestimmt. Namentlich ist die bisherige Streitfrage, ob unter den im § 28 PfBG. erwähnten Vereinen auch private Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu verstehen sind, im Anschluß an die Ansicht des Reichsgerichts (E. 23 S. 236, Bd 25 S. 238) verneinend entschieden. Unter den Begriff der gemeinen Lasten fallen, sofern die übrigen Erfordernisse erfüllt sind, auch Leistungen, die nicht in einem Tun, sondern in einem Unterlassen bestehen (vgl. BGB. § 241 Satz 2), insbesondere Beschränkungen bezüglich der Bebauung oder Benutzung, die infolge Ortsstatuts auf dem Grundstücke haften, wie solche z. B. in Frankfurt a. M. bezüglich der ehemaligen Wallgrundstücke durch die Bauord. v. 27. März 1896 § 10 Nr. 7 bestimmt sind. (Begr. der Art. 1—3 Abs. 3.) Vgl. RG. Gruch. 47 S. 833. — Als öffentliche gemeine Last werden im Gesetze bezeichnet oder einer solchen werden gleichgeachtet: die Beitragspflicht zu den Lasten der öffentlichen Wassergenossenschaften (G. v. 1. April 1879 § 52, GS. S. 297) — bei den freien, lediglich auf privatrechtlicher Grundlage beruhenden Genossenschaften kann die dingliche Qualität der Beitragspflicht nur durch die Eintragung in das Grundbuch erlangt werden (Turnau II § 45 Nr. 1 1 S. 277, S. 281 Anm. 7) —; die den Genossenschaftsmitgliedern als solchen gegenüber einer Realgemeinde in der Prov. Hannover, deren Verfassung durch ein nach Maßgabe des G. v. 5. Juni 1888 (GS. S. 233) errichtetes Statut geregelt ist, obliegenden Lasten (G. v. 5. Juni 1888 § 8 Nr. 3); die Beitragspflicht für die Landwirtschaftskammer (G. v. 30. Juni 1894 § 18, GS. S. 126); in Frankfurt a. M. die Zuschüsse, Vergütungen und Umlegungsbeiträge (G. v. 28. Juli 1902 § 48, GS. S. 273; vgl. §§ 15, 18 Abs. 3, 29, 30, 45, 46 Abs. 2 das.), sie sind aber auf Ersuchen der Umlegungskommission einzutragen (§ 43 Abs. 1 das.); die Beitragspflicht zu den Waldgenossenschaftslasten und die im Art. 2 unter Nr. 4 erwähnte Beitragspflicht (G. v. 6. Juli 1875 §§ 29, 17, 39, GS. S. 416). Bei den zuletzt erwähnten Beitragspflichten sind die besonderen Vorschriften aufrecht erhalten, wonach sie, obwohl sie zu den öffentlichen gemeinen Lasten gehören, auf Antrag des Vorsitzenden des Waldschutzgerichts in das Grundbuch einzutragen sind (PAG. z. GBO. Art. 11 Abs. 2).

Der Art. 3 gibt die Vorschriften des § 27 Abs. 2 u. 3 PfBG. v. 1883 wieder. Die Bestimmung des § 27 Nr. 1 über das Vorrecht der auf dem Grundstücke lastenden direkten Abgaben, die zur Staatskasse fließen, ist durch § 1 G. wegen Aufhebung direkter Staatssteuern v. 14. Juli 1893 (GS. S. 119), der die Grund- und Gebäudesteuer der Staatskasse gegenüber außer Hebung gesetzt hat, gegenstandslos geworden (Begr. der Art.

1—3 Abs. 4). — Im Art. 3 werden unter Nr. 1 die Rentenbankrenten nicht allgemein, sondern nur in Ansehung des Rechtes auf Befriedigung aus dem Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren den öffentlichen Lasten eines Grundstücks gleichgestellt. Sie sind durch den sie begründenden privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Rentenpflichtigen und der Rentenbank eine privatrechtliche Last geworden, auch wenn die durch sie abgelöste Reallast öffentlichrechtlicher Natur war (RG. E. 44 S. 243). Sie sind nicht als öffentliche Lasten des Grundstücks von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen, sondern können nach Maßgabe des § 18 RentenbankG. v. 2. März 1850 in das Grundbuch eingetragen werden (PAG. z. GBO. Art. 11, 12), wenn sie auch zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen (PAG. z. BGB. Art. 22 Nr. 3). Auf sie findet daher nicht der § 436 BGB. Anwendung, sondern sie unterliegen den Bestimmungen der §§ 434, 439 BGB., der Verkäufer hat sie zu vertreten, wenn der Käufer sie beim Kaufabschlusse nicht gekannt hat (RG. Gruch. 47 S. 396; vgl. auch oben Anm. 2 und Bd II Anm. II zu Art. 12 PAG. z. GBO.). — Zu Art. 3 Nr. 2 vgl. RG. JW. 1891 S. 127 Nr. 26.

Die Anm. zu 1—5 werden ergänzt und vervollständigt in den Vorbemerkungen zu Buch III Abschnitt 4—7 (BGB. §§ 1012 ff.).

§ 893.

Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

I. Zu § 838 Entw. I, womit der § 893 BGB. sachlich übereinstimmt, bemerken die Motive (III S. 223): „Die Landesgesetze, welche dem Grundbuch öffentlichen Glauben beilegen, schützen nach ihrem Wortlaute meist nur die Erwerbung von Rechten an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte — vgl. Einleitung Abs. 3 S. 244, so daß, wenn Rechtsgeschäfte in Frage kommen, bei welchen zwar nicht dieser Zweck verfolgt, aber doch der Inhalt des Buches als richtig vorausgesetzt wird, es nicht selten zweifelhaft sein muß, ob auch in solchen Fällen der öffentliche Glaube des Buches sich betätigen soll. Die Gründe, auf welchen der § 837 (BGB. § 892) beruht, machen sich auch dann geltend, wenn ein gegenüber, oder von bezw. mit dem Berechtigten vorzunehmendes Rechtsgeschäft gegenüber demjenigen, welcher als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen ist, bezw. von oder mit demselben vorgenommen wird, insbesondere auch, wenn eine auf Grund des eingetragenen Rechtes dem Berechtigten gebührende Leistung an denjenigen erfolgt, welchen das Buch als den Berechtigten bezeichnet. Es gehören hierher namentlich die Fälle, in welchen eine Grunddienstbarkeit ausgeübt, eine Reallast abgelöst, eine Hypothek oder eine Grundschuld gekündigt, Zinsen ꝛc. entrichtet werden. Die Rücksicht auf die Sicherheit im Rechtsverkehre verlangt auch hier, daß das Rechtsgeschäft zugunsten des bei seiner Vornahme aktiv oder passiv beteiligten Dritten, welcher die durch das Grundbuch verdeckte Sachlage nicht kannte, als gültig behandelt wird. Es rechtfertigt sich deshalb in den vorausgesetzten Fällen, für deren gleiche Behandlung bereits im § 304 Abs. 1 (BGB. § 407 Abs. 1) ein Vorgang gegeben ist, die Vorschriften des § 837 (BGB. § 892) zur entsprechenden Anwendung zu bringen. — Der Fall des rechtskräftigen Urteils, welchen der § 304 Abs. 2 (BGB. § 407 Abs. 2) den Fällen des Rechtsgeschäfts an die Seite stellt, scheidet hier aus. Das Urteil, welches ein Dritter gegen denjenigen erstritten hat, der als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen ist, ohne daß ihm das Recht zusteht, entbehrt der Wirksamkeit gegen den Berechtigten, weil dieser, selbst wenn er jenen aus dem Grundbuche verdrängt, doch nicht als dessen Rechtsnachfolger zu betrachten, zu einer Abweichung von dem Satze aber, daß das Urteil nur für und wider die Parteien und deren Rechtsnachfolger wirkt, hier ein stichhaltiger Grund nicht vorhanden ist. Nun könnte es sich freilich fragen, ob nicht die Prozeßführung, durch welche das Urteil erlangt wird, zugunsten des Dritten unter den Schutz zu stellen ist, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuchs den Rechtsgeschäften gewährt. Allein die Prozeßführung ist kein Rechtsgeschäft, und ein praktisches Bedürfnis, jenen Schutz auf sie zu übertragen, ist nicht anzuerkennen."

Bei der 2. Lesung wurde insbesondere hervorgehoben, daß der § 837 (BGB. § 892) sich auf Kapitalzahlungen bei Briefhypotheken und Briefgrundschulden nicht beziehe, weil der eingetragene Gläubiger als solcher nicht zur Einziehung der Forderung legitimiert sei, vielmehr die Vorlegung des Hypotheken- bezw. Grundschuldbriefs hinzukommen müsse (vgl. BGB. §§ 1144, 1145, 1160).

Der Antrag, dem § 838 Entw. I folgenden Zusatz zu geben: „Eine vor oder gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung, durch welche ein Recht an dem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte aufgegeben wird, steht einer gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks oder gegenüber demjenigen, welchem das belastete Recht zusteht, abgegebenen Erklärung gleich" wurde mit folgenden Erwägungen abgelehnt. „Der § 838 Entw. I (BGB. § 893) schütze denjenigen, zu dessen Gunsten der eingetragene Berechtigte auf sein Recht verzichtet habe, vor der Gefahr, von dem wirklichen, aber nicht eingetragenen Berechtigten in Anspruch genommen zu werden; dem Verpflichteten solle in diesem Falle der Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs zur Seite stehen. Der Grund für diese Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens liege darin, daß derjenige, zu dessen Gunsten der Verzicht erklärt sei, in seinem nach Lage des Grundbuchs begründeten Vertrauen auf die Wirksamkeit des Verzichts nicht getäuscht werden solle. In seinem Vertrauen getäuscht sei nun aber der Empfänger der Verzichterklärung stets nur dann, wenn der Verzicht *ihm gegenüber* erklärt worden sei: für den Fall, daß der Verzicht vor oder gegenüber dem Grundbuchamt erklärt worden sei, müsse allerdings das Gleiche gelten, wenn man das Grundbuchamt gewissermaßen als *empfangsberechtigten Vertreter* des Begünstigten auffasse. Diese Auffassung sei jedoch nicht schlechthin zulässig; vielmehr werde die Rechtsprechung *im einzelnen Falle* zu untersuchen haben, ob diese Auffassung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt erscheine." (Prot. III S. 86 II.)

II. 1. Wer an den im Grundbuch als Berechtigten Eingetragenen eine Leistung bewirkt, die auf Grund des für diesen eingetragenen Rechtes verlangt werden kann, wird dadurch von seiner Verbindlichkeit auch gegenüber dem wahren Berechtigten befreit, wenn er bei der Leistung nicht weiß, daß der eingetragene nicht der wahre Berechtigte ist. Ob der Leistende der Eigentümer oder ein sonstiger Verpflichteter oder ein Dritter ist, ist gleichgültig. Ein Dritter kann sich darauf verlassen, daß die mit der Leistung verbundene Wirkung des Übergangs des Rechtes (§§ 1143, 1150) eintritt (Ramdohr in Gruch. 44 S. 359). Und wer mit dem als berechtigt Eingetragenen in Ansehung des für diesen eingetragenen Rechtes ein Rechtsgeschäft vornimmt, das, weil dadurch nicht ein Erwerb bezweckt wird, nicht unter den § 892 fällt, kann darauf bauen, daß die über das Recht getroffene Verfügung auch dem wahren Berechtigten gegenüber wirksam ist, wenn er beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts oder, wenn zur Wirksamkeit die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags, oder, wenn das Rechtsgeschäft erst nach der Eintragung zustande kommt, zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht weiß, daß der eingetragene nicht der wahre Berechtigte ist. Diese durch § 893 gewährleisteten Erfolge setzen aber in erster Linie voraus, daß Leistung und Rechtsgeschäft ein *eingetragenes Recht* betreffen. Rechte, welche nicht eintragungsfähig sind, wie Miete und Pacht, gehören nicht hierher. Der Schutz des § 893 ist auch ausgeschlossen, wenn nicht das Recht selbst durch die Eintragung erhalten bezw. begründet, sondern der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs bezw. auf Eintragung durch einen Widerspruch oder eine Vormerkung nur vorläufig gesichert ist (vgl. Anm. 4 e S. 198 und Anm. 9 zu § 899). Ebensowenig kommt der Schutz Rechtsgeschäften zugute, die ein mit dem eingetragenen Rechte im Zusammenhange stehendes Schuldverhältnis betreffen (a. M. Ramdohr a. a. O. S. 355). Außerdem kommt in Betracht:

a. für die *Leistung*, daß der als Berechtigter Eingetragene als solcher zur Empfangnahme der Leistung legitimiert ist. Dies trifft zu bei Entrichtung der einzelnen Leistungen aus einer Reallast und bei Zinszahlungen ohne Unterschied, ob eine Buch- oder eine Briefhypothek in Frage steht (§§ 1158, 1159, 1160 Abs. 3), ferner bei Zahlung der Ablösungssumme für eine Reallast oder bei Kapitalzahlungen auf eine Buchhypothek, nicht auch bei Kapitalzahlungen auf Briefhypotheken (vgl. Anm. 1 Abs. 2). Die Annahme von Fuchs (Anm. 1 b zu § 893), daß sich § 893 auch auf Pacht- und Mietzinszahlungen beziehe, beruht auf der unrichtigen Voraussetzung der Dinglichkeit von Pacht und Miete;

b. für das Rechtsgeschäft, daß einem solchen nicht ein gegen den eingetragenen Nichtberechtigten ergangenes Urteil gleichsteht (vgl. Anm. I Abs. 1 a. E.). Das Rechtsgeschäft ferner muß eine Verfügung über das eingetragene Recht enthalten; es ist damit nicht ein Rechtsgeschäft gemeint, wodurch die vorbereitende obligatorische Verpflichtung zur Verfügung begründet wird, sondern ein solches, wodurch unmittelbar die Verfügung selbst (die Übertragung, Belastung, Änderung, Aufhebung des Rechtes) getroffen wird (vgl. RG. E. 49 S. 415; Planck 2 S. 148 Nr. 4). Hierher gehören auch die Fälle der §§ 1023, 1119 Abs. 2, 1180, 1186, 1198, 1203 BGB. Für die Kündigung von Hypotheken ꝛc. gilt die weitergehende Vorschrift des § 1141 Abs. 1 Satz 2, für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer die besondere Vorschrift des § 1058. Ob die Rangänderung (§ 880) als eine Änderung des Rangverhältnisses dem § 893 oder als eine Rangabtretung dem § 892 unterworfen wird, ist im Ergebnisse von keiner Bedeutung. Der Verzicht auf ein eingetragenes Recht, der nach § 875 wirksam nicht nur gegenüber dem Begünstigten, sondern auch gegenüber dem Grundbuchamt erklärt werden kann, muß, damit der Begünstigte nach § 893 vor der Gefahr geschützt wird, von dem wirklichen aber nicht eingetragenen Berechtigten in Anspruch genommen zu werden, gegenüber dem Begünstigten erklärt werden; eine Verzichterklärung gegenüber dem Grundbuchamte genügt nicht (a. M. nur Planck Nr. 1 b β zu § 893), es sei denn, daß nach den besonderen Umständen des Falles das Grundbuchamt als der empfangsberechtigte Vertreter des Begünstigten anzusehen ist (vgl. Anm. I Abs. 3). Hat z. B. der eingetragene aber nicht wirklich Berechtigte den Ablösungsvertrag über eine Reallast mit dem gutgläubigen Eigentümer abgeschlossen und dann die Löschung beim Grundbuchamte betrieben, so kann der wirklich Berechtigte vom Eigentümer die Zustimmung zur Wiedereintragung der Reallast nicht verlangen. Liegt dagegen nichts weiter vor, als daß der eingetragene Berechtigte, ohne sich mit dem Eigentümer vorher ins Einvernehmen gesetzt zu haben, die Löschung der Reallast, die vielleicht von einem Dritten abgelöst ist, beim Grundbuch einseitig beantragt, so darf der Eigentümer die Zustimmung zur Wiedereintragung des wirklich Berechtigten nicht ablehnen.

Mittels (Zwei Fragen aus dem bürgerl. Recht, Leipzig 1905, S. 20 ff.) sucht nachzuweisen, daß die Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks mit Besitzüberlassung eine Verfügung im Sinne des § 893 BGB. darstelle. Er geht davon aus, daß eine solche Vermietung ꝛc. nach § 883 eine Verfügung sei, was er jedoch zu beweisen unterläßt. Der Versuch kann daher nicht als geglückt angesehen werden (vgl. auch Gierke SR. S. XLVI).

2. Über Ausschluß und Ausdehnung des Schutzes der §§ 892, 893 vgl. Anm. VI S. 271.

3. Die Vorschriften des § 8 KO. gelten nicht für den Grundbuchverkehr (KO. § 7).

§ 894.

Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstücks, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

Literatur. Dr. Kurt Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht Leipzig. 1899. — Goldmann, der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB. München 1904.

Das Eigentum verlangt einen seinem Inhalt entsprechenden tatsächlichen Zustand. Damit ist ein gegen andere Personen sich richtendes Recht des Eigentümers auf Herstellung dieses Zustandes gegeben, sofern das Verhalten dieser anderen Personen der Herstellung

des rechtmäßigen Zustandes im Wege steht. Ob der dem Inhalte des Rechtes widerstreitende Zustand durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung einer anderen Person herbeigeführt ist, oder ob eine nur objektive Rechtsverletzung vorliegt, bleibt gleichgültig. Welcher tatsächliche Zustand durch das Eigentum erfordert wird, ergibt sich aus dem Inhalte des Eigentums. „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen" (§ 903). Aus diesem Inhalte des Eigentums ergeben sich als Ansprüche die Vindikation, mit welcher der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann (§ 985), und die negatorische Klage, mit welcher der Eigentümer, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird, von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann (§ 1004). Diese Ansprüche auf Schutz sind in entsprechender Weise auch den übrigen Rechten an Sachen, welche Besitz- und Gebrauchsbefugnisse gewähren, durch das Gesetz zugesprochen, durch § 1017 Abs. 2 dem Erbbaurechte, durch § 1027 der Grunddienstbarkeit, durch § 1065 dem Nießbrauchrechte, durch § 1090 Abs. 2 in Verbindung mit § 1027 den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, durch § 1227 dem Pfandrecht an beweglichen Sachen. Ein besonderer Fall der Negatorienklage wird durch die Grundbucheinrichtung herbeigeführt, die ermöglicht, daß der mit dem Inhalte des Eigentums im Widerspruche stehende Zustand nicht am Grundstücke, sondern im Grundbuche besteht. Dieser Fall ist durch die allgemeinen, auf alle eingetragenen Rechte sich beziehenden Vorschriften des § 894 in einer dem Prinzipe nach übereinstimmenden Weise geregelt. (Mot. III S. 392, S. 424.)

I. 1. In dem preuß. Rechte gab es keine dem § 894 BGB. entsprechende allgemeine Bestimmung. Die Grundbuchgesetze v. 1872 gewährten jedoch für einzelne Fälle dem durch eine Eintragung Verletzten gegen den Eingetragenen einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs. § 9 EigG. ließ die Anfechtung der Eintragung des Eigentumsübergangs und deren Folgen durch den materiell Berechtigten zu dem Zwecke zu, das wahre Eigentum mit dem Bucheigentum in Einklang zu bringen; § 60 EigG. gab dem Eigentümer in dem Falle, daß der Gläubiger die Löschung einer nicht bestehenden Hypothek oder Grundschuld weigerte, die Befugnis, mit der auf Eigentumsfreiheit gerichteten negatorischen Klage die Eintragung eines Widerspruchs gegen weitere Verfügungen des Gläubigers in Antrag zu bringen; § 63 EigG. verpflichtete den Gläubiger, dem Eigentümer, der eine Hypothek oder Grundschuld getilgt hatte, Quittung oder Löschungsbewilligung oder Zession zu erteilen, und setzte diesen dadurch in den Stand, durch Löschung oder Eintragung eines neuen Gläubigers das Grundbuch zu berichtigen. Nach § 118 GBO. war eine aus Versehen des Grundbuchamts gelöschte oder bei Ab- und Umschreibungen nicht übertragene Post auf Verlangen des Gläubigers oder von Amts wegen mit ihrem früheren Vorrechte wiedereinzutragen. (Vgl. Förster-Eccius 3 § 181.)

2. In den Mot. (III S. 234) ist der mit dem § 894 BGB. inhaltlich übereinstimmende § 843 Abs. 1 entw. 1 durch folgende Bemerkungen erläutert. Das Grundbuch hat die Bestimmung, die Rechte am Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen. Das Gesetz muß daher Vorsorge treffen, daß Widersprüche, die zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage entstehen, gehoben werden können. Ob und inwiefern das Grundbuchamt zu diesem Zwecke von Amts wegen bezw. auf das einseitige Anrufen eines Beteiligten Eintragungen vornehmen darf, ist eine Verfahrensfrage, deren Lösung der Grundbuchordnung vorbehalten bleiben muß (vgl. GBO. §§ 14, 22, 27 Abs. 2 Satz 2, 54). Dagegen hat das BGB. darüber Aufschluß zu geben, welche Ansprüche für den dinglich Berechtigten gegen einen anderen dadurch begründet werden, daß das Grundbuch zugunsten des letzteren etwas Unrichtiges bekundet. Dem Sachenrecht indessen gehört nur der dingliche Anspruch an. Der obligatorische Anspruch, der neben dem dinglichen möglich ist, richtet sich nach den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse. Nach den Gesetzen, die den Eintragungen in das Grundbuch formale Rechtskraft beilegen, ist der Anspruch des durch eine Eintragung Verletzten gegen den Eingetragenen immer nur obligatorischer Natur (vgl. S. 90 Nr. 2). Die übrigen Gesetze gewähren dagegen in diesem Falle einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Buches. Auch nach den Gesetzen, die für den Rechtserwerb einen Titel fordern, folgt aus der rechtlichen Bedeutung der Eintragung, daß eine zu Unrecht erfolgte oder ein nicht mehr bestehendes Recht als noch bestehend darstellende Eintragung mit einem dinglichen Anspruche zu beseitigen sein muß.

Für den Entwurf kann es sich deshalb nur fragen, wie die Voraussetzung und der Inhalt desselben bestimmt werden soll.

I. Vorausgesetzt wird

1. ein Widerspruch zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage.

a) Ein solcher Widerspruch kann dadurch entstehen, daß ein Recht oder die Belastung, die Übertragung oder die Aufhebung eines Rechtes zur Eintragung gelangt, obschon die wesentlichen Erfordernisse, wovon das Gesetz die Rechtsänderung abhängig macht, nicht erfüllt sind, der dingliche Vertrag — die Einigung § 873 BGB. — oder das einseitige Rechtsgeschäft nichtig, der Erbschein gefälscht, das Urteil nicht gegen den passiv Beteiligten ergangen oder wieder aufgehoben ist. In solchen und ähnlichen Fällen ist das Grundbuch von vornherein unrichtig, weil die Rechtsänderung, die den Gegenstand der Eintragung bildete, überhaupt nicht stattgefunden hat.

b) Ein Recht kann völlig unanfechtbar eingetragen, aber demnächst weggefallen sein. In diesem Falle wird das Grundbuch mit dem Wegfalle des Rechtes unrichtig.

Die unter a und b bezeichneten Fälle stehen rechtlich einander gleich, da ihnen die Wirkungslosigkeit der vorhandenen Eintragung gemeinsam, der Grund aber, aus welchem sie sich ergibt, für das dingliche Rechtsverhältnis bedeutungslos ist.

c. Mit Rücksicht darauf, daß außer den Rechten an Grundstücken auch Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über das ihm zustehende Recht in das Grundbuch gehören, kann der Grundbuchinhalt auch dadurch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch treten, daß eine Verfügungsbeschränkung widerrechtlich eingetragen oder eine rechtmäßig eingetragene Beschränkung aufgehoben oder zu Unrecht gelöscht wird.

2. Das Recht dessen, der die Berichtigung des Grundbuchs verlangt, muß durch die wirkungslose oder unrichtige Eintragung beeinträchtigt werden. Die Beeinträchtigung liegt vornehmlich darin, daß derjenige, zu dessen Gunsten diese Eintragung besteht, über das ihm zugeschriebene Recht durch Veräußerung oder durch Belastung verfügen, hierdurch aber das Recht des anderen vernichten oder entwerten kann (vgl. BGB. §§ 873, 892). Eine mehr oder minder erhebliche Entwertung des Rechtes wird sich überdies nicht selten schon daraus ergeben, daß die unrichtige Eintragung den Berechtigten an der Verfügung über das Recht tatsächlich hindert, da dritte Personen, zu deren Gunsten er verfügen könnte, kaum je in der Lage sein werden, sich von der wirklichen Rechtslage zu überzeugen.

II. Der Inhalt des Anspruchs bestimmt sich in der Hauptsache durch die Beschaffenheit des beeinträchtigten Rechtes. Das dingliche Recht erzeugt vermöge seiner absoluten Natur für den Berechtigten gegen jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befindet, den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt und der dem Rechte entsprechende Zustand hergestellt werde; es verpflichtet den Störer nicht bloß dies zu dulden, sondern positiv dazu mitzuwirken, sofern oder soweit der Anspruch ohne diese Mitwirkung nicht befriedigt werden kann. Wenn daher die Störung (Beeinträchtigung) dadurch herbeigeführt wird, daß der Inhalt des Grundbuchs dem Rechte widerspricht, so muß der, zu dessen Gunsten die den Widerspruch ergebende Eintragung besteht, nicht allein die Berichtigung geschehen lassen, sondern auch die dazu seinerseits erforderliche Erklärung abgeben, d. h. mit Rücksicht darauf, daß die Berichtigung dem formellen Konsensprinzip unterliegt, die der wirklichen Rechtslage entsprechende Eintragung in der nach der GBO. § 29 erforderlichen Form bewilligen. Indem der Abs. 1 Satz 1 des § 843 (BGB. § 894) dies vorschreibt, stellt er die negatorische Natur des Anspruchs auf Berichtigung des Buches außer Zweifel. Daß dieser Anspruch, wenn über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet wird, als Aussonderungsanspruch gegen die Konkursmasse geht, ergibt sich aus § 35 (jetzt § 43) KO. und braucht hier nicht besonders bestimmt zu werden. Dagegen zieht der § 843 (Entw. I.), um die richtige Auffassung des Berichtigungsanspruchs sicherzustellen, unter Satz 2 für die Fälle, wo die Löschung eines Rechtes von nachstehenden Berechtigten verlangt werden kann, aber nur auf den Antrag des Eigentümers geschehen darf, aus Satz 1 die Folgerung, daß der Eigentümer zur Stellung des Antrags verpflichtet ist.

Das geltende Recht enthält Bestimmungen, die den hier behandelten Anspruch gegen den ausschließen, der in Unkenntnis der Sachlage zur Eintragung und hierdurch zum Rechtserwerbe gelangt ist (PEigG. § 9 Abs. 2; PGBO. § 118). Vom Standpunkte des Entwurfs bedarf es in dieser Hinsicht keiner besonderen Vorschrift, weil der § 843 nach seiner Fassung eine unrichtig erfolgte oder wirkungslos gewordene Eintragung voraussetzt, der § 837 (BGB. § 892) aber ergibt, daß die unter seinem Schutze gemachte Erwerbung als rechtsbeständig anzusehen, die zu ihrer Vollendung vorgenommene Eintragung des Erwerbers daher als richtig und wirksam jedem Angriffe des durch sie Verletzten entzogen ist.

Digitized by Google

3. Die 2. Komm. stimmte dem § 843 Abs. 1 Entw. I zu. Sie hielt auch für zweckmäßig, den Satz 2 des Abs. 1 — dessen Streichung beantragt war, weil er in die GBO. gehöre, — vorläufig an dieser Stelle zu belassen, bis bei der Beratung des Hypothekenrechts darüber beschlossen sein werde, ob zur Löschung einer Hypothek statt des Antrags des Eigentümers nur seine Bewilligung gefordert werden solle. Dagegen wurde der Antrag auf Beifügung des Satzes: „Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Verpflichteten ist die Bewilligung von dem Konkursverwalter zu erteilen", der die dingliche Natur des Anspruchs kenntlich machen sollte, abgelehnt, weil der dingliche Charakter des Berichtigungsanspruchs auch ohne eine besondere Bestimmung nicht verkannt werden würde und der beantragte Rechtssatz, der eine materielle konkursrechtliche Bestimmung gebe, nicht in das BGB. aufgenommen werden könne. (Prot. III S. 102 III.)

Bei der Ablehnung des zweiten Antrags ist es verblieben. Daß im Falle des Konkurses über das Vermögen des Verpflichteten der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu erteilen hat, ergibt sich ohne besondere Bestimmung aus § 43 KO., wonach die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen bestimmen. Nach diesen Gesetzen, wozu auch die §§ 894 ff. BGB. gehören (EG. z. BGB. Art. 4), bestimmt sich nicht nur, welche materiellen Ansprüche auf Aussonderung begründet sind, sondern auch, wie sie formell geltend zu machen sind.

Der zunächst beibehaltene Satz 2 im Abs. 1 des § 843 Entw. I findet sich als Satz 2 im Abs. 1 des § 813 Entw. II in folgender Fassung: „Ist zu einer Löschung die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, so hat dieser auf Verlangen die Zustimmung zu erteilen", nachdem im § 1183 BGB. zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft die Zustimmung — nicht der Antrag — des Eigentümers für erforderlich erklärt ist. Obwohl nach § 27 Abs. 1 GBO. eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ohne Ausnahme, also auch dann, wenn es sich um die Berichtigung des Grundbuchs handelt, nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks gelöscht werden darf, ist im § 894 BGB. eine entsprechende Bestimmung nicht enthalten. Es erklärt sich dies aus der veränderten Fassung des § 894, wonach die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von dem verlangt werden kann, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, in Verbindung mit dem Umstande, daß das Recht des Eigentümers nach den Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek stets von der Löschung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld betroffen wird.

II. 1. Eine Berichtigung des Grundbuchs ist geboten, wenn sein Inhalt unrichtig ist, weil nicht der vom Grundbuch aufgewiesene, sondern der außerhalb bestehende dingliche Zustand des Grundstücks der sich aus dem materiellen Rechte ergebenden wirklichen Rechtslage entspricht. Der Anspruch auf Berichtigung ist deshalb nur da gegeben, wo ein bereits bestehendes dingliches Recht, das nicht oder nicht richtig im Grundbuch eingetragen ist, dadurch *erhalten* werden soll, daß es im Grundbuch eingetragen oder daß der Inhalt des Grundbuchs seinem Wesen und seiner Bedeutung entsprechend geändert wird, damit es einerseits die ihm zukommende Wirksamkeit in vollem Umfang äußern kann und anderseits dagegen gesichert ist, durch Verfügungen, die unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs getroffen werden, vernichtet oder beeinträchtigt zu werden. Soll dagegen durch eine Eintragung einem persönlichen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechtes zur Durchführung verholfen werden, so wird durch die Eintragung das Grundbuch nicht berichtigt, da es durch außer ihm bestehende obligatorische Rechte und Pflichten nicht unrichtig wird, sondern der Inhalt des Grundbuchs vermehrt, geändert oder vermindert, je nachdem auf Grund des persönlichen Anspruchs ein neues dingliches Recht durch Eintragung geschaffen oder ein bestehendes dingliches Recht geändert oder durch Löschung vernichtet wird. Der Weg, einem dinglichen Rechte volle Anerkennung zu verschaffen, ist die Berichtigung des Grundbuchs, der Weg, einem persönlichen Anspruch auf Begründung, Änderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes Erfüllung zu verschaffen, ist die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung (§§ 873, 877) oder die Aufhebungserklärung (§ 875) oder ihr Ersatz durch rechtskräftiges Urteil (ZPO. § 894) in Verbindung mit der Eintragung oder Löschung. Auf dem ersten Wege wird Rechtserhaltung, auf dem anderen Rechtsänderung erreicht. Wie die Wege, so

sind auch die Sicherungsmittel verschieden: die Berichtigung des Grundbuchs wird durch die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (BGB. § 899), der Anspruch auf Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstücke durch Eintragung einer Vormerkung (§§ 883—888) gesichert.

2. Der § 894 schreibt allgemein den äußerlichen Weg vor, auf dem die Beseitigung unrichtiger Einträge herbeigeführt werden kann, die inneren Gründe für ein solches Verlangen können verschiedenartige und mehrfache sein (RG. V. 44. 03). Die Unrichtigkeit des Grundbuchs kann darin bestehen, daß der Gegenstand des Grundbuchblatts (Grundstück, Erbbaurecht, selbständige Gerechtigkeit) unrichtig oder unvollständig angegeben, daß z. B. bei der Eintragung von Miteigentümern nicht deren Anteile in Bruchteilen angegeben sind (vgl. RG. E. 54 S. 85 in Bd II. Anm. 11 Abs. 2 zu § 48 GBO.), daß ein anderer als der wirklich Berechtigte als Eigentümer (z. B. auf Grund einer Scheinauflassung, RG. JW. 1902 Beil. S. 202), dinglich Berechtigter oder Gläubiger eingetragen, daß ein bestehendes Recht nicht eingetragen oder gelöscht oder bei der Übertragung eines Grundstücks oder Grundstückteils auf ein anderes Blatt nicht mitübertragen (GBO. § 47 Abs. 2), daß ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht (z. B. eine Hypothek nach Eintritt der auflösenden Bedingung, RG. das. S. 222) eingetragen, daß eine bestehende Verfügungsbeschränkung nicht oder unrichtig eingetragen oder eine nicht bestehende oder weggefallene Verfügungsbeschränkung eingetragen, daß eine dem Eigentümer zustehende Einrede gegen die Hypothek nicht eingetragen oder gelöscht oder eine ihm nicht oder nicht mehr zustehende Einrede eingetragen ist, oder daß eine Unrichtigkeit in Ansehung der Forderung, für die eine Hypothek besteht, oder des Rangverhältnisses oder des Inhalts eines eingetragenen Rechtes vorliegt, oder daß nicht die Post, die zu löschen war, sondern eine andere gelöscht ist usw. Auf Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB. wird der § 894 kaum zur nur analog möglichen Anwendung kommen, wenn es sich um Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines solchen Verbots handelt, da sich das Verbot ohne weiteres aus dem Gesetze oder dem Erlasse des Gerichts oder der anderen zuständigen Behörde ergeben wird, die Zustimmung des von dem Verbote Betroffenen sich also erübrigt; dagegen ist der § 894 direkt anwendbar, wenn die Löschung des Verbots in Frage kommt, weil es zu Unrecht eingetragen oder aufgehoben oder die damit verbundene Beschränkung weggefallen ist; aber auch in diesen Fällen wird die Löschung meist ohne Zustimmung des durch das Verbot Begünstigten bewirkt werden können (vgl. z. B. KO. §§ 114, 115, ZVG. §§ 34, 130 Abs. 1). Ist das allgemeine Veräußerungsverbot oder der Konkursvermerk auf Antrag des Verwalters eingetragen, so hat dieser in den Fällen des § 114 KO. die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung jener Vermerke zu erteilen. Über die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung eines durch Wegfall des geschützten Rechtes hinfällig gewordenen Widerspruchs (vgl. Anm. II 9 zu § 899) und über die Löschung der Vormerkung (vgl. Anm. IV 1. zu § 883). Der Streit darüber, ob durch eine nicht oder nicht mehr zu Recht bestehende Vormerkung das Grundbuch unrichtig wird, ist unerheblich, da die Löschungsbewilligung jedenfalls nach allgemeinen Grundsätzen über die Eigentumsfreiheitsklage oder über die negative Feststellungsklage verlangt werden kann. Wegen bloßer Unklarheit eines Eintragungsvermerks kann nicht Berichtigung durch Löschung gefordert werden, wenn in dem Vermerk auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird und aus dieser sich das Bestehen des Rechtes und sein Inhalt ergibt (RG. E. 53 S. 412). Der § 894 bezieht sich ebenso wie § 899 nur auf die Angaben des Grundbuchs über Rechte und Verfügungsbeschränkungen, nicht auf bloß tatsächliche Angaben, wie sie in Preußen im Verzeichnisse der Grundstücke enthalten sind; da ist die Berichtigung nach den Vorschriften der Landesgesetze zu bewirken (vgl. Bd II Anm. B 4 zu § 2 und Anm. II 2 zu § 22 GBO.). Über den Fall der Doppelbuchung vgl. Anm. 4 zu §§ 985 ff. u. Anm. B I 1 a zu § 1120 BGB.

Von den außerhalb des Grundbuchs eintretenden Rechtsänderungen, durch die das Grundbuch unrichtig wird, kommen namentlich in Betracht: die Übertragung der Brief-

hypothek ꝛc. durch schriftliche Abtretungserklärung unter Übergabe des Briefes (BGB. §§ 1153, 1154) sowie deren Pfändung und Überweisung (ZPO. §§ 830, 837); die Übertragung, Pfändung und Überweisung einer für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem anderen indossablen Papiere bestellten Sicherungshypothek (BGB. § 1187, ZPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2); die Übertragung, Pfändung und Überweisung der Rückstände von Zinsen, anderen Nebenforderungen und Kosten einer Hypothekenforderung (BGB. § 1159, ZPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2); die Übertragung, Pfändung und Überweisung einer Forderung, für die eine Kautionshypothek besteht, unter Ausschluß der Hypothek (BGB. § 1190 Abs. 4, ZPO. § 837 Abs. 3); die Übertragung und Aufhebung der durch ein Pfandrecht an einem eingetragenen Rechte gesicherten Forderung (vgl. Anm. zu § 26 GBO.); der Erwerb des Nießbrauchs und einer Sicherungshypothek in den Fällen der §§ 1075, 1287 BGB. und des § 848 Abs. 2 ZPO. (vgl. Anm. 4 S. 275 f.); das Erlöschen der Wirkung einer Vormerkung (BGB. § 887 Satz 2), eines Vorkaufsrechts (§ 1104 Abs. 1 Satz 2), einer Reallast (§ 1112), der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer (§ 1170 Abs. 2), die Fiktion der Befriedigung des Gläubigers (§ 1171 Abs. 2), das Erlöschen des Pfandrechts an einem eingetragenen Rechte (§§ 1273, 1269) mit der Erlassung des Ausschlußurteils (nicht der Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke durch den, der nach § 927 das Ausschlußurteil erwirkt hat; dazu ist nach Abs. 2 das. die Eintragung erforderlich); der Eintritt der Wirkung der Beschlagnahme im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren gegen einen Dritten, der davon Kenntnis hat (ZVG. §§ 22, 146); der Erwerb des Grundstücks durch Zuschlag und das Erlöschen der nicht bestehen bleibenden Rechte (ZVG. § 91); das Erlöschen der Hypothek ꝛc. durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke (BGB. § 1181); die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld kraft Gesetzes nach § 1177 Abs. 1 BGB.; das Gemeinschaftlichwerden des Vermögens der Ehegatten durch die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft, die Fahrnisgemeinschaft (BGB. §§ 1438, 1519, 1549); der Erwerb des Nachlasses seitens des Erben mit dem Anfalle der Erbschaft (BGB. § 1942) und des Nacherben mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (§ 2139); das Erlöschen eines zeitlich begrenzten oder auflösend bedingten Rechtes mit dem Zeitablauf oder dem Eintritte der Bedingung (BGB. § 158 Abs. 2, § 163); das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit durch Verjährung nach § 1028 BGB.; das Erlöschen der Hypothek und der Grundschuld für Zinsen, andere Nebenleistungen und die zu erstattenden Kosten, das Erlöschen der Haftung des Grundstücks für die rückständigen Leistungen einer Reallast oder einer Rentenschuld durch die Vereinigung des Eigentums des belasteten Grundstücks mit dem belastenden Rechte in einer Person nach §§ 1178, 1107, 1200 BGB.; das Erlöschen des Nießbrauchs und des Pfandrechts durch ihre Vereinigung mit dem dadurch belasteten Rechte am Grundstück in einer Person nach §§ 1063, 1068, 1072, 1256, 1273 BGB.; der Erwerb der Hypothek ꝛc. kraft Gesetzes durch den Eigentümer oder den ersatzberechtigten anderen, aus dessen Vermögen der Gläubiger befriedigt ist, in den Fällen der §§ 1143, 1163, 1164, 1173 Abs. 2, 1174, 1182, 268, 426, 774 BGB.; das Erlöschen der Hypothek auf mitverhafteten Grundstücken in den Fällen der §§ 1173 Abs. 1, 1174 Abs. 1, 1181 Abs. 2 BGB. Vgl. insbesondere für Preußen auch Anm. E S. 122.

Hierher gehören ferner die Fälle, in denen die auf vorschriftsmäßiger Eintragungsbewilligung (GBO. § 19) beruhende Eintragung die Rechtsänderung nicht bewirkt hat, weil die ihr zugrunde liegenden Willenserklärungen der Beteiligten von Anfang an nichtig (BGB. §§ 105, 116, 117, 118, 134, 138) oder unwirksam (BGB. §§ 106 ff., 135, 136, 1395 ff., 1444 ff., 2077) oder anfechtbar (BGB. §§ 119, 120, 123, 1954 ff., 2078, 2079, 2281, 2289, 2308, 2340 ff.; nicht die Fälle des RAnfG. v. 21. Juli 1879 und der KO. §§ 29 ff., da diese nur obligatorisch wirken; RG. E. 47 S. 220, Bd 48 S. 149, Bd 50 S. 154, Bd 52 S. 334) und durch Anfechtung nichtig geworden sind (BGB. § 142); ferner die Fälle, in denen die richterliche Entscheidung, welche die Grundlage der Eintragung bildet, hinterher aufgehoben wird (z. B. das Ausschlußurteil nach §§ 957 ff. ZPO.), in denen die Unterlagen der Eintragung (z. B. die Quittung) gefälscht oder, wenn echt, einen unrichtigen Inhalt haben (z. B. im Erbscheine der A anstatt des C als Erbe aufgeführt ist), in denen der Grundbuchrichter vorsätzlich oder fahrlässig eine unrichtige Eintragung vorgenommen (z. B. den Berechtigten auf dem unrichtigen Grundbuchblatt oder einen Nichtberechtigten statt des Berechtigten oder eine Forderung mit einem höheren als dem bewilligten Betrag eingetragen) hat.

Vgl. die Ausführungen bei Schilde S. 6–36.)

3. Vermöge seines öffentlichen Glaubens gilt das Grundbuch — abgesehen von den Fällen, für die diese Wirkung durch das BGB. ausgeschlossen ist, oder in denen es sich um Rechte und Lasten handelt, die der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfen; vgl. Anm. VI

Nr. 1 und Anm. VIII S. 271 ff. —, auch wenn sein Inhalt unrichtig ist, für richtig zugunsten dessen, der ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft oder Urteil (vgl. §§ 894, 897, 898 ZPO. in Anm. IV 1, 7, 8 S. 124 ff., 138) erwirbt oder mit dem eingetragenen Berechtigten ein anderes Rechtsgeschäft, das eine Verfügung über das eingetragene Recht enthält, vornimmt oder diesem auf Grund seines Rechtes eine Leistung macht, es sei denn, daß ihm die Unrichtigkeit bekannt ist oder durch einen im Grundbuch eingetragenen oder aus dem Hypothekenbriefe hervorgehenden Widerspruch angezeigt wird (BGB. §§ 892, 893, 1140). Eingetragene Rechte gelten so, wie sie das Grundbuch kundgibt, als bestehend, nicht eingetragene oder gelöschte Rechte, Verfügungsbeschränkungen (auch gelöschte Vormerkungen) und Einreden gegen Hypotheken als nicht bestehend. Andere Wirkungen der Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben sich aus den Bestimmungen der §§ 900—902 BGB., des § 40 GBO. und der §§ 37 Nr. 4, 45, 110, 114 ZVG.

4. *Berechtigt*, die Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen, ist nicht ein jeder, der ein Interesse daran hat, sondern nur der Realberechtigte, dessen Recht am Grundstück oder dessen Recht an einem solchen Rechte nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist (vgl. die Motive oben unter I 2 S. 284). Nur in solchem Falle kann gesagt werden, daß — wie der § 894 sich ausdrückt — der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der wirklichen Rechtslage im Einklange stehe; die wirkliche *Rechtslage* kann gegenüber der Bestimmung des Grundbuchs, die Rechte am Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen (Mot. III S. 234), nur dann vom Inhalte des Grundbuchs abweichen, wenn die Rechte *am Grund und Boden* andere sind als die oder wie das Grundbuch sie angibt. Die Motive machen daher auch ausdrücklich für den Berichtigungsanspruch zur Voraussetzung, „daß durch den Inhalt des Grundbuchs ein *dinglicher* Anspruch verletzt werde". Auf Grund eines bloß *persönlichen* Anspruchs kann nicht Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden. (RG. E. 53 S. 375, V 211. 04.) Der Verkäufer eines Grundstücks, dem nach der Veräußerung durch Eintragung des Käufers als Eigentümers ein Recht am Grundstück überhaupt nicht mehr gebührt, wird nicht dadurch zur Geltendmachung eines Berichtigungsanspruchs berechtigt, daß der berichtigungsberechtigte Käufer sich damit einverstanden erklärt, daß er die Berichtigungsklage durchführe; denn dadurch wird er nicht ein solcher, dessen außerhalb des Grundbuchs bestehendes Recht durch die unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird. Wohl aber kann er selbst den Berichtigungsanspruch verfolgen, wenn er dazu von dem Eigentümer des Grundstücks ermächtigt ist, da er dann nicht Rechte, die ihm nicht zustehen, als *eigene* geltend macht, sondern lediglich als *Vertreter* des Eigentümers dessen Rechte wahrnimmt. Es tritt namentlich die Frage häufig hervor, ob der Veräußerer eines Grundstücks legitimiert sei zur Klage auf Löschungsbewilligung gegen den von ihm befriedigten Hypothekengläubiger. Das RGer. hat ausgesprochen, daß eine Ermächtigung des Verkäufers schon dann anzunehmen sei, wenn der Käufer im Kaufvertrage den Verkäufer verpflichtet habe, die nicht in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommenen Belastungen löschen zu lassen, oder wenn die Verpflichtung des Verkäufers, die vom Käufer nicht übernommenen Belastungen zu beseitigen, sich daraus ergebe, daß die Bezahlung des Kaufpreises von dieser Beseitigung abhängig gemacht sei. (RG. Gruch. 35 S. 1011, Entsch. 53 S. 408, JW. 1905 S. 71 Nr. 2.) „Durch die Zession des Berichtigungsanspruchs wird nicht ein Recht *in der Person des Zessionars* begründet. Eine Bestimmung, wie sie für das Fahrnisrecht im § 931 BGB. rücksichtlich der Abtretung des Herausgabeanspruchs (der Vindikation) erlassen ist, fehlt im Liegenschaftsrecht. Hier vollzieht sich der rechtsgeschäftliche Erwerb dinglicher Rechte durch Einigung und Eintragung (BGB. §§ 873, 925). Daran können Parteivereinbarungen nichts ändern. Insbesondere ist nirgends dem Abkommen der Beteiligten, daß der Erwerber des dinglichen Rechtes den Berichtigungsanspruch des Veräußerers geltend machen solle, eine die Eintragung ersetzende

Bedeutung beigemessen. Wenn der Berechtigte (Eigentümer, Servitutberechtigte, Hypothekengläubiger) den ihm auf Grund seines dinglichen Rechtes zustehenden Anspruch auf Herstellung des der wahren Rechtslage entsprechenden Buchstandes auf einen Dritten überträgt, so erwirbt dieser dadurch nicht das dingliche Recht; der Zedent bleibt Eigentümer ꝛc. und der Zessionar kann nicht verlangen, daß er als Berechtigter eingetragen werde, weil dies den Übergang des Rechtes selbst voraussetzen würde, und das Grundbuch in Beziehung auf den Zessionar nicht unrichtig ist." (RG. E. 59 S. 289.) Der rein dingliche, in Gestalt eines Grundbuchberichtigungsverlangens nach § 894 BGB. geltend zu machende Anspruch aus § 1004 das. wegen Eigentumsstörung steht in der Regel nur dem Grundstückseigentümer zu, und nur ganz besondere Umstände, z. B. vertragsmäßige Abrede oder ein vom Grundeigentümer erteilter Auftrag, können einen Dritten berechtigen, ihn zu erheben (RG. Gruch. 48 S. 934). Der Eigentümer, dem der wahre Gläubiger die Löschung einer Hypothek versprochen hat, hat keinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gegen den Buchgläubiger. Der wahre Gläubiger hat zwar einen Anspruch auf Berichtigung gegen den Buchgläubiger; diesen kann aber der Eigentümer nur geltend machen, wenn er ihm abgetreten ist. (RG. E. 60 S. 259). Von mehreren Mitberechtigten kann jeder den Berichtigungsanspruch geltend machen. — Verpflichtet, die Berichtigung zu dulden und, soweit es dessen bedarf, dazu mitzuwirken, ist der, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, dessen Recht aus dem Grundbuch ausscheiden oder auf das richtige Maß eingeschränkt werden soll. Der Verpflichtete hat die nach der GBO. erforderlichen Erklärungen in der durch § 29 GBO. vorgeschriebenen Form abzugeben und, wo erforderlich, die in den §§ 895, 896 BGB. bezeichneten Leistungen zu bewirken, und zwar auch dann, wenn der Berechtigte sich den Nachweis der Unrichtigkeit (vgl. BGB. § 22 Abs. 1) verschaffen könnte. (Vgl. Schilde §§ 6—8 S. 42—60.)

Hat z. B. A vor dem Geltungsanfange der preuß. Grundbuchgesetze v. 1872 durch Kauf und Übergabe oder durch Ersitzung das Eigentum des Grundstücks von dessen eingetragenem Besitzer B erworben, ohne daß für ihn der Besitztitel berichtigt ist, und hat B danach dem C dasselbe Grundstück verkauft, ohne es ihm zu übergeben, und ist der Besitztitel für C berichtigt, so steht dem wirklichen Eigentümer A gegen den als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer C der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs dahin zu, daß C die Eintragung des A als Eigentümers bewillige. Hat B nach dem Inkrafttreten der Grundbuchgesetze von 1872 das Grundstück dem C aufgelassen und ist C als Eigentümer eingetragen, ist aber die Auflassung nichtig oder mit Erfolg angefochten oder hat C bei der Auflassung das Eigentum des A, also die Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt, so steht dem A derselbe Anspruch gegen C zu. Hat C als eingetragener Eigentümer dem D und E Rechte an dem Grundstücke bestellt und war dem D und E bei deren Erwerbe bekannt, daß C nicht Eigentümer des Grundstücks war, so ist der Berichtigungsanspruch dem A zugleich gegen den D und E auf Bewilligung der Löschung ihrer Rechte gegeben.

5. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs versagt gegenüber dem, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs das Eigentum oder ein anderes Recht an dem Grundstück erworben hat, bevor ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war (§ 892). Ist in dem Beispiele Anm. 4 Abs. 2 die Auflassung an den mit der wahren Rechtslage unbekannten C oder die Eintragung der Rechte für die gutgläubigen D und E erfolgt, so haben C das Eigentum und D und E die Rechte unanfechtbar erworben und ist dem A der Berichtigungsanspruch gegen sie nicht entstanden. Vgl. auch Anm. 8 und Schilde § 90 S. 60—64.

Der Berichtigungsanspruch fällt weg, wenn der eingetragene Berechtigte das Eigentum oder andere Rechte durch Tabularersitzung nach § 900 erworben hat oder wenn das mit Unrecht gelöschte oder das kraft Gesetzes entstandene nicht eingetragene Recht durch Verjährung des Anspruchs des Berechtigten gegen den Eigentümer nach § 901 erloschen und damit der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gebracht

Digitized by Google

ist (vgl. Anm. zu § 898, 900, 901). Über die Konvaleszenz der unrichtigen Eintragung und über den Verzicht auf den Berichtigungsanspruch vgl. Schilde § 9 S. 64—70.

6. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ist dinglicher Natur. Er wird im Streitfalle gegen den Verpflichteten, wenn der Eigentümer des Grundstücks eine Löschung begehrt, mit der negatorischen (RG. E. 18 S. 266, Bd 38 S. 250, Bd 44 S. 3), wenn die Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten oder die Eintragung eines nicht eingetragenen Rechtes in Frage steht, mit der konfessorischen und, wenn die Eintragung des nicht im Besitze befindlichen wahren Eigentümers verlangt wird, mit der vindikatorischen Klage geltend gemacht. Gegen die Berichtigungsklage kann mit Erfolg geltend gemacht werden, daß der Kläger nicht der wahre Berechtigte sei, sofern nur die Vermutung aus § 891 widerlegt wird. Der innere Grund für den Berichtigungsanspruch braucht nicht in einem gesonderten Verfahren zuvor festgestellt zu sein, sondern kann gleichzeitig mit dem Begehren der richterlichen Feststellung der Beseitigung des unrichtigen Eintrags geltend gemacht werden. (RG. V 44. 03). Besteht neben dem Berichtigungsanspruch ein obligatorischer, so kann mit der dinglichen Klage die persönliche verbunden werden. Ist z. B. (wie es vorzukommen pflegt, wenn das Grundstück dem Zugriffe der Gläubiger des Eigentümers entzogen werden soll) die Auflassung nur zum Scheine erteilt und hat sich der Erwerber zugleich verpflichtet, dem Veräußerer das Grundstück auf Verlangen zurückzulassen, so steht dem Veräußerer der dingliche Anspruch auf Berichtigung und der persönliche auf Rückauflassung zu. In solchen Fällen empfiehlt sich, durch die Fassung des Tenors erkennbar zu machen, welchem der beiden Ansprüche stattgegeben wird, und dadurch kundzutun, ob eine Auflassung erforderlich ist oder nicht. Wird der Berichtigungsanspruch zuerkannt, so erledigt sich dadurch der persönliche Anspruch auf Rückauflassung, da mit beiden Ansprüchen dasselbe, die Eintragung des Berechtigten, erreicht wird. Wird dagegen der Berichtigungsanspruch für unbegründet, der Anspruch auf Auflassung aber für durchgreifend erachtet, so ist unter Abweisung des Berichtigungsanspruchs der Verpflichtete zur Erteilung der Auflassung zu verurteilen. Der Unterschied zwischen Berichtigung und Eintragung auf Grund einer Auflassung tritt namentlich in den Sicherungsmitteln, im Verfahren und in der Stempelpflicht hervor. Zur Sicherung des Berichtigungsanspruchs dient der Widerspruch (§ 899), zur Sicherung der Auflassung die Vormerkung (§ 883). Das Urteil auf Berichtigung kann der Berechtigte mit privatschriftlichem Antrage dem Grundbuchamte vorlegen (GBO. § 30): die Berichtigung unterliegt keiner Stempelpflicht. Das Urteil auf Auflassung ersetzt nur die Erklärung des Verpflichteten, der Berechtigte muß seine Erklärung vor dem Grundbuchamt abgeben (BGB. § 925; GBO. § 20), beide Erklärungen zusammen stellen eine stempelpflichtige Auflassung dar. Übrigens genügt in beiden Fällen ein Urteil dahin, daß der Verpflichtete die Eintragung des Berechtigten als Eigentümers zu bewilligen hat, da diese Bewilligung auch die zur Auflassung erforderliche Erklärung des Veräußerers enthält Dann ist aber aus den Urteilsgründen festzustellen, ob die Verurteilung die Erfüllung der Berichtigungspflicht oder die Erfüllung der Auflassungspflicht aussprechen soll. Ist dagegen der eingetragene Eigentümer nur verurteilt, seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin zu erteilen, daß ein anderer als Eigentümer bestimmter Parzellen in das Grundbuch eingetragen werde, so kann auf den Antrag des anderen dessen Eintragung als Eigentümer auf Grund des Urteils nur dann erfolgen, wenn feststeht, daß er ohne Auflassung und Eintragung außerhalb des Grundbuchs Eigentum an den Parzellen erworben hat, daß also das Grundbuch in Beziehung auf den Eigentumsnachweis der Parzellen unrichtig ist. Fehlt es an solcher Feststellung, so ist zur Eintragung des anderen Auflassung erforderlich, die durch jenes Urteil nicht ersetzt wird. (RG. RJA. 2 S. 48.) — Zur Befriedigung des Berichtigungsanspruchs genügt die Erhebung der Leistungsklage mit dem Antrage, daß Beklagter verurteilt werde, die erforderlichen Erklärungen abzugeben — die Eintragung des Klägers als Eigentümers, die Löschung der für ihn eingetragenen Rechte zu bewilligen —. Es kann mit der Leistungsklage auch die Feststellungsklage (ZPO.

§ 256) verbunden werden; es ist dann dem Antrag auf Leistung der Antrag voranzustellen, zu erkennen, daß nicht der Beklagte sondern der Kläger der Eigentümer oder der Berechtigte sei. Soll mit dem Berichtigungsanspruche die Löschung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld erzielt werden, so ist die Klage auch gegen den Eigentümer zu richten, da ohne dessen Zustimmung die Löschung nicht erfolgen darf (GBO. § 27).

Haben z. B. die in der allgem. Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ihr Grundstück, das im Grundbuch als zu ihrem Gesamtgute gehörig eingetragen ist, zum Scheine veräußert und aufgelassen, um es dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, so ist der Ehemann allein nach § 1443 Abs. 1 Satz 2 BGB. zur Klage gegen den Erwerber berechtigt. Er kann aber nicht dessen Verurteilung zur Rückauflassung an ihn allein verlangen, sondern, da ihm infolge der Nichtigkeit der Auflassung nur ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zusteht, muß er den Antrag dahin richten, daß der Erwerber verurteilt wird, seine Zustimmung zur Wiedereintragung der früheren Eigentümer, also des Klägers und seiner Ehefrau, zu erteilen. (RG. JW. 1902 Beil. S. 202.)

7. Hat der Grundbuchrichter die ihm nach § 46 GBO. vorgeschriebene Reihenfolge der Eintragungen außeracht gelassen und ein Recht mit einem schlechteren als dem ihm gebührenden Range eingetragen, so steht dem aus Versehen Zurückgestellten ein Anspruch auf Berichtigung des Rangverhältnisses gegen den ihm Vorangestellten auch dann nicht zu, wenn diesem der frühere Eingang des Antrags jenes bekannt gewesen ist; denn der Erwerb des Vorangestellten steht mit der wirklichen Rechtslage im Widerspruche, da die Anmeldung eines Rechtes beim Grundbuchamte der nachfolgenden Eintragung ein dem Präsentatum entsprechendes Realrecht nicht verleiht (vgl. Anm. 3 S 162 f, Planck Anm. 4 b u. Biermann Anm. 2 zu § § 879). Ebensowenig liegt Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, wenn die Beteiligten das Rangverhältnis bestimmt haben, das Grundbuchamt aber diese Bestimmung nicht beachtet hat; denn dinglich wird die Vorrangseinräumung erst mit der Eintragung; bis dahin steht das Grundbuch mit der wirklichen dinglichen Rechtslage nicht im Widerspruche (Biermann a. a. O.; a. M. Planck a. a. O.). Ist das vereinbarte Rangverhältnis aber falsch *eingetragen*, so ist das Grundbuch unrichtig.

8. Unter die Berichtigung des Grundbuchs fällt auch die Anfechtung des Eigentumsübergangs (und deren Folgen) des früheren Rechtes (PEigG. § 9), welche gleichfalls auf einem Widerspruche des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage beruht, nämlich darauf, daß der Erwerber trotz seiner Eintragung nicht Eigentümer geworden ist. Es wird nicht Eigentümer, wer seine Auflassung von einem Nichteigentümer erhalten hat, wer dem Grundbuchamte fälschlich als der eingetragene und deshalb zur Veräußerung berechtigte Eigentümer vorgestellt worden ist, oder wer als Erbe auf Grund eines gefälschten Erbscheins oder eines widerrufenen oder eines durch die Errichtung eines späteren Testaments aufgehobenen früheren Testaments (§§ 2253, 2258), oder wer in Fällen der freiwilligen Veräußerung (des rechtsgeschäftlichen Erwerbs) ohne Auflassung oder auf Grund einer nichtigen oder angefochtenen Auflassung eingetragen ist. In allen diesen Fällen kann der außerhalb der Eintragung stehende wirkliche Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs hindert aber, daß die Rechte derer, welche sie von dem zur Zeit als Eigentümer Eingetragenen erhalten haben, in ihrer Wirksamkeit berührt werden, wenn sich später herausstellt, daß der Eingetragene nicht der wahre Eigentümer war. Nur wer beim Erwerbe des Eigentums oder eines anderen Rechtes an dem Grundstücke Kenntnis davon hatte, daß der Eingetragene Eigentümer, von dem er sein Recht ableitet, nicht der wirkliche Eigentümer war, weil die Auflassung nichtig, der Erbschein gefälscht, das Testament wieder aufgehoben war, kann sich nicht auf die Richtigkeit des Grundbuchs berufen, weil ihm dessen Unrichtigkeit bekannt war. Ebensowenig wer aus der Eintragung eines Widerspruchs ersehen konnte, daß die Richtigkeit des Grundbuchs bereits angegriffen war. (§ 892) Vgl. Sefler Vorm. S. 295.

9. Nach früherem preuß. Rechte war streitig, ob der Eigentumserwerb dessen, der die Auflassung von einem vor dem 1. Oktober 1872 oder von einem nach diesem Zeitpunkt

auf Grund eines früheren Erwerbsakts nach § 49 PGBO. eingetragenen Eigentümer erhalten hatte, in gleicher Weise nach § 9 EigG. unanfechtbar sei, wie der Eigentumserwerb dessen, der die Auflassung von einem unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze v. 1872 nach §§ 1 und 5 EigG. eingetragenen Eigentümer erhalten hatte; ob also auf den Ersteren, wenn er das Grundstück entgeltlich und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworben hatte, Eigentum übergegangen sei, auch wenn der Auflassende nach dem materiellen Rechte nicht Eigentümer war, ob demnach der besitzende Eigentümer sein Eigentum gegen den neuen Bucheigentümer, der gegen Entgelt und im redlichen Glauben an das Grundbuch erworben hatte, geltend machen könne oder ob dieser infolge des Eigentumserwerbs durch Auflassung und Eintragung, auch wenn die Auflassung von einem Nichteigentümer erteilt war, den Anspruch aus seinem wahren Eigentume verloren habe. Obwohl das Obertribunal stets die erste Alternative bejaht hatte, ist die Frage vom Reichsgerichte von Anfang an dahin entschieden, daß der durch Auflassung und Eintragung bewirkte Eigentumsübergang in gleicher Weise unanfechtbar sei, wenn der Auflassende nach den Bestimmungen des älteren Rechtes oder nach den Bestimmungen der Grundbuchgesetze v. 1872 eingetragen worden sei. (Vgl. RG. ZfPR. 2 S. 528, E. 2 S. 323, Bd 16 S. 225, Bd 20 S. 225, Bd 22 S. 304.) Die Frage kann auch jetzt noch zur Entscheidung kommen, da der Erwerb des Eigentums nach dem zur Zeit des Erwerbs geltenden Rechte zu beurteilen ist. Das Reichsgericht wird voraussichtlich an seiner konstanten Praxis festhalten. Wer vor dem 1. Oktober 1872 das Eigentum durch Titel und Übergabe erworben hat, kann deshalb die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von dem, welcher während Geltung des Grundbuchgesetzes v. 1872 die Auflassung von einem eingetragenen Nichteigentümer erhalten hat, nur dann verlangen, wenn dieser entweder sein Eigentumsrecht unentgeltlich (vgl. Turnau I S. 663) oder nicht in redlichem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erlangt hat. Wer nach dem 1. Januar 1900 die Auflassung von einem Nichteigentümer erhalten hat, ist nicht mehr aus dem Grunde dem Berichtigungsanspruch ausgesetzt, daß er das Eigentum ohne Entgelt erworben habe (vgl. Anm. 1 1 Abs. 4 S. 245).

10. Der — einerlei, wann — eingetragene Eigentümer konnte und kann nur das mit Rechtswirksamkeit auflassen, was als sein Eigentum eingetragen ist. Was dies sei, kann nur nach den die Eigentumseintragung selbst beherrschenden Gesetzen, also, wenn der Besitztitel für den Auflassenden vor dem 1. Oktober 1872 oder nach § 49 PGBO. später eingetragen ist, nach den älteren Gesetzen beurteilt werden. (Turnau I S. 654.) Aus jenem Satze hat das Reichsgericht gefolgert, daß die von einem als Miterben Eingetragenen erklärte Auflassung seines Miteigentumsanteils an einem zur ungeteilten Erbschaft gehörigen und für die Erben insgesamt (pro indiviso) eingetragenen Grundstück auch mit der sich anschließenden Eintragung des Erwerbers kein grundbuchmäßiges Miteigentum überträgt; daß daher solche innerhalb des Grundbuchs unwirksam vollzogene Eigentumsübertragung einem außerhalb des Grundbuchs an demselben Grundstück erfolgten Eigentumserwerbe nicht vorgeht; und daß der Konflikt zwischen beiden Eigentumsübertragungen nach dem Satze des § 101 Einl. z. PrALR., der selbstverständlich auch jetzt noch gilt, zu lösen ist: „Niemand kann dem anderen mehrere Rechte übertragen, als er selbst besitzt." (RG. E. 36 S. 316, Bd 37 S. 363; vgl. auch Turnau II S. 172.) Nach BGB. ist es nicht anders (§§ 2033, 2040; vgl. auch ZPO. § 859 Abs. 2). Wer z. B. von einem Miterben dessen Anteil an dem Nachlasse durch Vertrag erworben hat, kann in dem vorausgesetzten Falle den mit Unrecht als Miteigentümer des Nachlaßgrundstücks auf Grund einer Auflassung Eingetragenen im Wege der Berichtigung aus dem Grundbuche verdrängen und seine Eintragung als Anteilsberechtigter am Nachlaß an dessen Stelle bewirken. Sind dagegen die Miterben bei ungeteilter Erbschaft ohne jede weitere Angabe als Miteigentümer des Nachlaßgrundstücks eingetragen, so müssen sie als solche angesehen und beurteilt werden. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ist dann an die Voraussetzung gebunden, daß der, welcher

Digitized by Google

von einem so Eingetragenen dessen Anteil am Grundstücke durch Auflassung und Eintragung erworben hat, bei seinem Erwerbe gewußt hat, daß das Grundstück zu einer ungeteilten Erbgemeinschaft gehört, daß also das Grundbuch unrichtig ist (vgl. RG. E. 37 S. 363).

11. Zum rechtsgeschäftlichen Erwerbe des Eigentums eines Grundstücks ist Auflassung und Eintragung erforderlich (BGB. §§ 873, 925). Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist das Eigentum auf den Erwerber nicht übergegangen. Hierin besteht kein Unterschied zwischen dem jetzt geltenden und dem früheren Rechte (RG. E. 28 S. 307). Insbesondere wird durch Eintragung allein kein Eigentum erworben. Ist der Eintragung keine Auflassung vorausgegangen oder beruht die Eintragung auf einer nichtigen oder angefochtenen Auflassung, so hat sie keine Rechtsänderung bewirkt: der Veräußerer hat das Eigentum nicht verloren, der Erwerber es nicht erworben; der Veräußerer ist berechtigt, die ihm in der Verfügung über das Grundstück hinderliche Eintragung des Erwerbers zu beseitigen und dadurch seine eigene Eintragung wiederherzustellen. Da durch solche Berichtigung eine Rechtsänderung im Sinne des § 873 nicht bewirkt wird, bedarf es einer Auflassung nicht. Daß der falsche Eigentümer, beim Einverständnisse beider Teile, seiner Verpflichtung auch durch Auflassung des Grundstücks an den wahren Eigentümer genügen kann, ist nicht zu bezweifeln; die Auflassung kann jedoch nicht erzwungen werden. Der Klagantrag ist deshalb korrekt dahin zu richten, entweder, daß der Beklagte schuldig sei, die Nichtigkeit seiner Eintragung anzuerkennen und der Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung seiner Eintragung als Eigentümer zuzustimmen, oder, daß die Eintragung des Beklagten als Eigentümers dem Kläger gegenüber für nichtig zu erklären. Auf Grund eines entsprechenden Urteils ist der Kläger als Eigentümer wieder einzutragen. Der Eintragungsvermerk kann so gefaßt werden: „Die Eintragung des B als Eigentümers ist durch rechtskräftiges Urteil vom 3. Juli 1901 für nichtig erklärt und daher die Eintragung des A als Eigentümers wiederhergestellt am . . .“ Der Beklagte kann den Berichtigungsanspruch mit der Einrede zurückweisen, daß er das Grundstück weiter veräußert und aufgelassen habe. Vom neuen Erwerber kann die Berichtigung nur dann verlangt werden, wenn diesem nicht der § 892 zur Seite steht.

Die bisherige Rechtsprechung hatte sich vorwiegend mit Fällen zu beschäftigen, in denen die Auflassung zum Scheine erklärt war oder wo es an einer Auflassung überhaupt fehlte. War eine Auflassung mit der vereinbarten Absicht der Kontrahenten abgegeben, daß sie nicht zum Eigentumserwerbe führen sollte, dann wurde angenommen, daß durch den Hinzutritt der Eintragung kein Eigentumserwerb begründet, daß die sich äußerlich als solche darstellende Rechtsänderung nicht eingetreten, mithin der Veräußerer Eigentümer geblieben sei und von dem Erwerber die Bewilligung seiner Wiedereintragung im Grundbuch, auch, falls er das Grundstück übergeben, dessen Rückgabe verlangen könne (OTrib. E. 75 S. 22). Nach §§ 117, 894, 985 BGB. ist ebenso zu entscheiden. Eine Scheinveräußerung wurde nicht für vorliegend erachtet bei einer sog. fiduziarischen Eigentumsübertragung, d. h. bei der Übertragung des Eigentums an den Gläubiger zu dessen Sicherung wegen einer Forderung mit der Verpflichtung, nach erfolgter Befriedigung das Eigentum zurückzuübertragen, weil ein solcher Zweck der Eigentumsübertragung mit dem Wesen des Eigentums nicht im Widerspruche stehe und daher den Eigentumsübergang nicht hindere (RG. E. 2 S. 168, Bd 13 S. 200, Bd 24 S 161, Bd 45 S. 80, JW. 1893 S. 208 Nr. 53, S. 210 Nr. 64; Dreyer und Wienstein in Gruch. 40 S. 233, 449, Bd 46 S. 241; Wilutzky in JW. 1901 S. 710). Das BGB. schließt die fiduziarische Eigentumsübertragung nicht aus (BGB. § 223 Abs. 2; Crome, System 1 S. 333, Biermann WR. S. 78; Prot. II S. 361). Es steht dem Veräußerer-Schuldner aber kein Berichtigungsanspruch gegen den Erwerber-Gläubiger zu, er kann nur Rückauflassung verlangen und diese durch eine Vormerkung nach §§ 883 ff. sichern. Bisher wurde die Befugnis zur Anfechtung der Eintragung auch einem Dritten, der bei der Auflassung nicht als Kontrahent beteiligt war, zugesprochen, wenn er ein eigenes rechtliches Interesse daran hatte, daß eine Veräußerung nicht stattgefunden habe und das Eigentum

dem Veräußerer verblieben sei, insbesondere einem Dritten, der gegen den Veräußerer einen persönlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums oder auf Bestellung eines dinglichen Rechtes am Grundstücke hatte (RG. E. 4 S. 248, Gruch. 24 S. 545, 1019, Bd 27 S. 467, Bd 35 S. 900, V 328. 01). Nach dem BGB. kann zwar auch ein jeder, der ein Interesse daran hat, den Scheinerwerb als nichtig anfechten (vgl. Anm. c. S. 115), ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs steht ihm nach § 894 aber nur dann zu, wenn durch die falsche Eintragung ein ihm außerhalb des Grundbuchs zustehendes dingliches Recht beeinträchtigt wird. Steht ihm, wie in den erwähnten Fällen, nur ein persönliches Recht gegen den Veräußerer zu, so kann er das in dem Eingetragensein des Erwerbers seiner Eintragung nach § 40 GBO. entgegenstehende Hindernis auf dem Wege beseitigen, daß er nach § 256 ZPO. die Feststellungsklage gegen den Erwerber dahin erhebt, daß nicht dieser, sondern der Veräußerer der Eigentümer sei, und dann mit Hilfe des seinen Anspruch auf Eintragung gegen den Veräußerer feststellenden Urteils nach § 14 GBO. die Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung des Veräußerers erwirkt. Außerdem kann er sich auf Grund des gegen den Veräußerer erstrittenen Urteils auf Bewilligung seiner Eintragung dessen Berichtigungsanspruch gegen den Erwerber überweisen lassen und an dessen Stelle den Erwerber aus dem Grundbuche verdrängen und die Wiedereintragung des Veräußerers nach § 894 BGB. erwirken indem er dann das Eigentumsrecht des Veräußerers geltend macht (vgl. Bd II Anm. zu § 40 GBO.). Nach der Berichtigung des Grundbuchs ist der Weg zur Durchführung seines persönlichen Anspruchs auf Eintragung frei.

Liegt die Sache nicht so, daß es, wie bei der Scheinauflassung, an dem Willen, zu veräußern und zu erwerben, überhaupt gefehlt hat, sondern hat der Veräußerungs- und Erwerbswille bestanden, sich aber auf einen *anderen Gegenstand* bezogen, als den bei der Auflassung bezeichneten, so gingen früher die Ansichten über die rechtliche Auffassung auseinander. Das Obertribunal hat einmal die Auflassung wegen Irrtums für anfechtbar, ein anderes Mal als nicht ernstlich gemeint für nichtig erklärt (E. 76 S. 253, Bd 78 S. 86; Dernburg-Hinrichs I S. 286). Das Reichsgericht hat in feststehender Praxis die Eintragung wegen fehlender oder unwirksamer Auflassung für nichtig erklärt. War z. B. der Erwerber auf Grund einer ihm vom Veräußerer indezug auf das ganze Grundstück erteilten Auflassung als Eigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen, obwohl nach der übereinstimmenden Willensmeinung des Veräußerers und des Erwerbers nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein bestimmter Teil aufgelassen werden sollte, so wurde angenommen, es fehle bezüglich des von der Veräußerung nicht betroffenen Teiles überhaupt an einer Auflassung, da die erklärte Auflassung insoweit dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten nicht entspreche, und das Eigentum des nicht veräußerten Teiles sei durch die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers auf diesen nicht übergegangen; die Angaben des Grundbuchs unterlägen der Berichtigung, soweit sie mit der von den Beteiligten gewollten Rechtsänderung nicht übereinstimmen; im übrigen bestehe die Auflassung und die ihr entsprechende Eintragung des Erwerbers zu Recht, da diese Akte in ihrem wirksam bleibenden Umfange nicht allein dem Willen des Kontrahenten auf Eigentumsübertragung bezw. Eigentumserwerb entsprächen, sondern ihn auch erschöpften. (RG. E. 20 S. 225, Bd 28 S. 307, Gruch. 34 S. 707, Bd 37 S. 1096, Bd 44 S. 993.) Nach dem BGB. — dessen Entw. I in den §§ 98, 99 Nichtigkeit der Willenserklärung annahm; vgl. Mot. I S. 196 — wird man in dem vorausgesetzten Falle den § 119 für anwendbar und die Auflassung wegen Irrtums für anfechtbar halten müssen, da beide Erfordernisse des § 119 zutreffen: beide Teile waren bei Abgabe der Auflassungserklärung über deren Inhalt im Irrtum und würden bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Auflassung nicht abgegeben haben (vgl. Prot. I S. 102—113). Der praktische Unterschied besteht im wesentlichen darin, daß die Anfechtung der Auflassung nur von den Auflassungskontrahenten, nicht auch von einem Dritten ausgehen kann (§ 143). Ist die Auflassung angefochten, so wird sie als von Anfang an nichtig angesehen (§ 142): sie ist für

Digitized by Google

und gegen niemand vorhanden. Dies gilt auch gegenüber dem Dritten, der von dem auf Grund der anfechtbaren Auflassung als Eigentümer Eingetragenen ein Recht an dem Grundstück erworben hat, obwohl zur Zeit seines Erwerbs dessen Eigentumsrecht noch bestand. Dem Anfechtungsberechtigten braucht er aber nur zu weichen, wenn er im Zeitpunkte seines Erwerbs die Anfechtbarkeit der Auflassung gekannt hat oder kennen mußte (§ 142 Abs. 2). Nach Anfechtung der Auflassung kann der Anfechtungsberechtigte nicht nur vom eingetragenen Eigentümer als seinem Anfechtungsgegner die Zustimmung zu seiner Wiedereintragung als Eigentümer, sondern unter der angegebenen Voraussetzung auch von dem Dritten die Zustimmung zur Löschung der für ihn eingetragenen Rechte verlangen. Anderseits steht nach erfolgter Anfechtung der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nicht nur dem Anfechtungsberechtigten, sondern einem jeden zu, dessen bestehendes dingliches Recht durch die Eintragungen auf Grund der angefochtenen Auflassung beeinträchtigt wird, insbesondere also dem, welcher vor dem 1. Oktober 1872 das Eigentum des Grundstücks durch Titel und Übergabe oder durch Ersitzung erworben hat. — Die Befugnis zur Anfechtung der Auflassung und Eintragung ist vom Reichsgericht in einem Falle verneint, wo die Kontrahenten das ganze Grundstück, wie es unter seiner Katasternummer im Grundbuche verzeichnet war, nichts davon ausgenommen, auflassen wollten, aber von seinem wirklichen Umfange keine oder keine richtige Vorstellung, z. B. von der Zugehörigkeit einer Fläche zu dem aufgelassenen Grundstücke keine Ahnung hatten, weil der Gegenstand der Auflassung präzisiert sei und der Wille der Kontrahenten das Grundstück, wie es wirklich war, umfaßt habe (Bolze 15 Nr. 26). In einem späteren Urteile ist die Voraussetzung dahin verschärft, daß die Absicht der Kontrahenten, ein Grundstück nach seinem sich aus dem Grundbuch ergebenden Bestande zum Gegenstande der Auflassung zu machen, ohne Rücksicht darauf, aus welchen Bestandteilen sich das Grundstück zusammensetzt und wie sie sich den Bestand des Grundstücks vorstellen: nur dann anzunehmen sei, wenn sie, was nur ausnahmsweise unter besonderen Verhältnissen vorkommen werde, ausdrücklich geäußert sei oder doch aus den Umständen klar erhelle (Gruch. 44 S. 993, JW. 1901 S. 813 Nr. 34). Nach BGB. ist die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen, da es an dem ersten Erfordernisse des § 119 (Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung) fehlt.

Aus der Bestimmung des § 142 BGB., wonach ein angefochtenes Rechtsgeschäft als von Anfang nichtig anzusehen ist, ergibt sich ein Unterschied gegen das frühere Recht in bezug auf die Wirkung der erfolgten Anfechtung. Früher wie jetzt bleibt die anfechtbare Auflassung und die auf ihr beruhende Eintragung des Eigentums wirksam, bis die Anfechtung der Auflassung erfolgt. Der Anspruch des Anfechtungsberechtigten ist nicht dinglicher, sondern persönlicher Natur, findet also nur gegen den Auflassungskontrahenten, nicht gegen Dritte, statt. Während aber bisher auch nach erfolgter Anfechtung der als Eigentümer Eingetragene Eigentümer blieb, bis der Veräußerer das Eigentum durch Auflassung und Eintragung zurückerwarb, bedarf es jetzt des Rückerwerbs nicht mehr. Mit dem Zeitpunkte der Anfechtung wird die Auflassung und damit die auf ihm beruhende Eintragung nichtig; Auflassung und Eintragung haben keine Rechtsänderung bewirkt. Der Veräußerer hat sein Eigentum niemals verloren: er bedarf daher zu seiner Wiedereintragung keiner Rückauflassung. Dementsprechend ist im Anfechtungsprozesse der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Auflassung zu richten, und das Urteil, das dies ausspricht, hat dieselbe Wirkung, wie ein im Nichtigkeitsprozeß ergangenes. Nicht bloß der Veräußerer und Erwerber, zwischen denen das Urteil ergangen ist, sondern auch jeder Dritte, der ein Interesse daran hat, kann das Urteil für sich geltend machen. Hat A dem B, B dem C, C dem D das Grundstück aufgelassen und sind alle drei Auflassungen von den betreffenden Auflassungskontrahenten angefochten und für nichtig erklärt, so steht dem A der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegen B, C und D zu und er kann von B, C und D die Bewilligung seiner Wiedereintragung verlangen. Früher konnte nur A von B, B von C und C von D die Auflassung zum Zwecke seiner Wiedereintragung fordern, einen selb-

ständigen Berichtigungsanspruch hatte A gegen C und D nicht, konnte vielmehr nur auf Grund einer Abtretung oder Überweisung die Ansprüche des B und des C auf Rückauflassung geltend machen.

Da der Berichtigungsanspruch des § 894 ohne ein materielles Recht, in Ansehung dessen das Grundbuch der Berichtigung bedarf, nicht denkbar ist, so kann er auch nur in Verbindung mit dem ihm zugrunde liegenden Rechte abgetreten oder gepfändet (ZPO. § 851) werden. Ist dieses Recht nicht abtretbar oder pfändbar, so ist es auch der Berichtigungsanspruch nicht. Der Berichtigungsanspruch z. B., der in der Nichtigkeit oder Anfechtung der Auflassung begründet ist, eignet sich nicht zur Abtretung oder Überweisung zum Zwecke des Eigentumserwerbs; denn er beruht auf außerhalb des Grundbuchs bestehendem Eigentum an einem Grundstück und dieses kann nur durch Auflassung übertragen werden. Zum Zwecke der Herstellung der Legitimation des zur Berichtigung Berechtigten kann aber der Berichtigungsanspruch abgetreten werden. Wer das Eigentum einer im Grundbuche nicht eingetragenen, einen Bestandteil seines eingetragenen Grundstücks bildenden Parzelle durch Ersitzung und damit das Recht auf Berichtigung des Grundbuchs durch Zuschreibung der Parzelle zu seinem Grundstück erworben hat, setzt durch Abtretung seines Berichtigungsanspruchs den Erwerber des Grundstücks in den Stand, die Einwilligung zur Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen zu verlangen, der das Eigentum der Parzelle für sich beansprucht (RG. V 437. 01). Auch ohne ausdrückliche Erklärung kann die Abtretung der dinglichen Klagerechte und des Berichtigungsanspruchs des Veräußerers in der Auflassung gefunden werden, wenn bei der Auflassung eines Grundstücks die Mitauflassung einer nach Inhalt des Grundbuchs nicht dazu gehörigen Grundfläche gewollt ist. Der Erwerber ist in solchen Fällen legitimiert, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von dem eingetragenen Nichteigentümer jener Grundfläche zu verlangen. (RG. E. 46 S. 225, JW. 1901 S. 527 Nr. 22, Gruch. 45 S. 942; dagegen Schweitzer Eintragungsbewilligung S. 29.) Selbstverständlich kann die Abtretung des Berichtigungsanspruchs nur zur Legitimation dessen, der bereits ein dingliches Recht am Grundstücke hat, dienen; durch sie allein kann ein Recht auf Berichtigung des Grundbuchs in der Person des Zessionars nicht begründet werden (RG. JW. 1905 S. 71 Nr. 2). Vgl. auch Biermann WB. S. 102 und Reichel in der Z. f. d. ZivProz. 33 S. 88.

Ist ein Grundstück mehrmals nacheinander veräußert, so steht dem ersten Veräußerer gegen den letzten Erwerber der Berichtigungsanspruch nur zu, wenn alle inmitten liegenden Auflassungen nichtig oder angefochten sind.

Das Reichsgericht hat in einem Falle, wo die Eintragung des Erwerbers wegen formeller Ungültigkeit der Auflassung — das Auflassungsprotokoll war von einem der Auflassungskontrahenten nicht unterschrieben — unwirksam war, gegen die Klage des Veräußerers auf Rückgabe des Grundstücks und Bewilligung seiner Wiedereintragung die Einrede zugelassen, der Veräußerer sei zur Auflassung verpflichtet und könne deshalb nicht zurückfordern, was er nicht behalten dürfe, obwohl es nicht verkannte, daß das bloße Recht auf Auflassung nicht die fehlerhafte und nichtige Auflassung selbst und die auf Grund derselben erfolgte Eigentumseintragung zu heilen vermöge. Als Grund ist nur angegeben, daß eine gesetzliche Bestimmung der Geltendmachung jener Einrede nicht entgegenstehe. (Gruch. 29 S. 966.) Der Fall kann auch jetzt noch vorkommen, da nach § 177 RGFG. das über die Auflassung aufgenommene Protokoll von den Beteiligten eigenhändig unterschrieben werden muß. Jene Entscheidung ist mit Rücksicht auf die Fassung des § 29 GBO auch jetzt richtig (vgl. Anm. 16 Abs. 1 a. E.).

Ist die Auflassung nur inbezug auf eines der aufgelassenen Grundstücke nichtig oder angefochten, so ist die ganze Auflassung nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß sie auch ohne jenes eine Grundstück vorgenommen sein würde (§§ 139, 142), wie in dem oben im Abs. 3 (S. 292 f.) mitgeteilten Falle.

In folgendem Falle ist Anfechtbarkeit der Auflassung wegen Betrugs angenommen.

Der Verkäufer hatte nach dem Abschlusse des Kaufvertrags erfahren, daß das verkaufte Haus mit einem Fehler behaftet sei, daß er es also dem Käufer nicht in dem einwandfreien Zustande, wie dieser es zu kaufen geglaubt hatte, liefern könne, hatte aber gleichwohl unter Verschweigung der Sachlage das Haus dem Käufer aufgelassen, obwohl er sich sagen mußte, daß es zweifelhaft sei, ob der Käufer unter diesen Umständen die Auflassung entgegennehmen werde (RG. JW. 1896 S. 362 Nr. 40, 41). Auch nach BGB. wird anzunehmen sein, daß der Käufer die Auflassung anfechten könne, weil er zu deren Annahme durch arglistige Täuschung bestimmt worden sei; denn durch § 123 ist nicht ausgeschlossen, daß auch durch Verschweigen gegen die Grundsätze von Treu und Glauben arglistig zum Nachteil eines anderen verstoßen werden kann. (Vgl. Mot. I S. 208.)

12. Die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Einigung können sowohl mit Klage und Widerklage als mit Einrede geltend gemacht werden. Zur Berichtigung des Grundbuchs führen sie aber nur dann, wenn auf die Klage oder Widerklage der Verpflichtete zur Erklärung der nach § 894 erforderlichen Zustimmung verurteilt ist. Im Wege der Einrede kann damit nur die Abweisung des fälschlich als Berechtigten Eingetragenen erreicht werden. In manchen Fällen wird der Beklagte durch die Abweisung der Klage hinreichend geschützt. Klagt z. B. der eingetragene Nichteigentümer gegen den Besitzer des Grundstücks auf Herausgabe, der seinen Besitz als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter ꝛc. vom wahren Eigentümer ableitet, so erhält er sich im Besitze, wenn er die Abweisung der Klage durchsetzt; der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers bedarf es hierzu nicht. Oder klagt der Zessionar eines Altenteilsberechtigten ihm abgetretene Altenteilsprästationen ein, die für die Zeit nach dem bereits eingetretenen Tode des Altenteilsberechtigten zu entrichten sind, so wird der Eigentümer des belasteten Grundstücks durch die Abweisung der Klage von der Leistung der geforderten Prästationen frei; die Löschung des Altenteilsrechts im Grundbuch ist hierzu nicht erforderlich.

13. Zur Berichtigung des Grundbuchs kann auch eine Grenzregulierung Veranlassung geben. Einer Auflassung bedarf es nicht, um die sich daraus ergebende Größenveränderung der Grundstücke in das Grundbuch einzutragen, da eine rechtsgeschäftliche Veräußerung nicht vorliegt, selbst wenn von der streitigen Fläche ein gleich großes Stück jedem der Grundstücke zugeteitt wird (§ 920). Der Klagantrag, mit dem der Berichtigungsanspruch verfolgt wird, ist korrekt dahin zu stellen, daß der Beklagte verurteilt wird, darin zu willigen, daß die streitige Fläche — oder ein Teil davon —, nachdem die genauere Bezeichnung der Größenverhältnisse durch das Katasteramt bewirkt worden, von seinem Grundstück ab- und dem Grundstücke des Klägers pfandfrei zugeschrieben werde. Auf Grund des solchem Antrag entsprechenden Urteils ist die Berichtigung des Grundbuchs vorzunehmen. (Vgl. RG. V. 297. 97.)

14. Es gibt Fälle, in denen ein Recht an einem fremden Grundstück ohne Eintragung entsteht: die Überbau- und Notwegrente (§§ 912—918), der Nießbrauch an einem Grundstücke nach § 1075 und die Sicherungshypothek des Pfandgläubigers nach § 1287. Die Rente kommt hier nicht in Betracht, da ihre Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen ist (§ 914 Abs. 2). Nießbrauch und Sicherungshypothek sind aber nicht nur eintragungsfähig, sondern sie bedürfen auch der Eintragung, damit ihre Wirksamkeit gegen Dritte erhalten wird. Ihre Eintragung kann deshalb auf dem Wege der Berichtigung des Grundbuchs erzwungen werden. (Vgl. Anm. 1 und 4 S. 273, 275.)

Ist ein vor dem 1. Januar 1900 entstandenes dingliches Recht, weil nicht im Grundbuch eingetragen, zwar nicht gegen Dritte wirksam geworden (PEigG. § 12), so ist daraus doch der Anspruch auf Bewilligung der Eintragung in das Grundbuch gegen den Konstituenten erwachsen, und dieser Anspruch kann nach Art 184 EG. z. BGB. auch nach dem 1. Januar 1900 zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs (BGB. § 894) geltend gemacht werden, soweit er nicht durch einen inzwischen eingetretenen Eigentumswechsel ausgeschlossen ist (RG. JW. 1904 S. 282 Nr. 1, VII 53. 04).

15. Ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs wird dadurch begründet, daß ein dingliches Recht an einem Grundstück, obwohl eingetragen, nicht mehr besteht. Ist eine Grunddienstbarkeit nach § 1028 durch Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der beeinträchtigenden Anlage erloschen, so kann die Bewilligung ihrer Löschung von dem zeitigen Besitzer des berechtigten Grundstücks gefordert werden; die Berufung auf den Schutz des § 892 ist ausgeschlossen (§ 1028 Abs. 2). Ist ein auf die Lebensdauer des Berechtigten oder in anderer Weise zeitlich beschränktes Recht mit dem Tode des Berechtigten oder mit dem Eintritte des bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erloschen (wie der Nießbrauch oder eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast, vgl. §§ 1061, 1111), so kann die Löschungsbewilligung von dem Berechtigten bezw. seinem Rechtsnachfolger gefordert werden, wenn es deren nach §§ 23, 24 GBO. zur Löschung noch bedarf. Ist ein Vorkaufsrecht, das sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, der es bestellt hat, oder seiner Erben beschränkt, dadurch erledigt, daß es von dem Vorkaufsberechtigten nach Mitteilung des vom Verpflichteten mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags nicht innerhalb der bestimmten Frist ausgeübt ist (§§ 1098, 510), so ist der Vorkaufsberechtigte zur Bewilligung der Löschung des Vorkaufsrechts verpflichtet.

Die Frage, ob eine Belastung besteht, ist verschieden zu beantworten, je nachdem ihre Eintragung vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt ist. Eine durch wirksame Einigung und Eintragung gemäß § 873 BGB. begründete Belastung besteht ohne Rücksicht darauf, ob sie auf einem Rechtsgrunde beruht (vgl. S. 98 Anm. 5, S. 118 ff. Anm. 7). Der negatorische Anspruch auf Löschung läßt sich also nicht damit begründen, daß es der Last an einer causa (vgl. S. 100) fehle, sondern nur damit, daß sie wegen Mangels einer wirksamen Einigung oder Eintragung nicht entstanden sei. Anders, wenn die Löschung einer unter der Herrschaft des bisherigen preuß. Rechtes eingetragenen Belastung in Frage kommt. Denn nach § 12 EigG. wurde das dingliche Recht durch seine Eintragung nicht begründet, sondern seine Begründung erfolgte außerhalb des Grundbuchs und durch die Eintragung erhielt es nur Wirkung gegen Dritte. Seine Existenz hing davon ab, ob ihm ein privatrechtlicher Titel (in der Regel Vertrag) oder eine auf Gesetz oder Statut beruhende Verpflichtung zugrunde lag. Fehlte es an solcher Grundlage, so entstand und besteht das Recht ungeachtet seiner Eintragung nicht; es liegt eine „nicht bestehende Belastung" im Sinne des § 894 vor und es kann die Bewilligung ihrer Löschung von dem eingetragenen Nichtberechtigten nach § 894 gefordert werden. Der negatorische Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ist bei den Belastungen des bisherigen Rechtes nicht nur aus dem Gesichtspunkte der formalen Erfordernisse der angefochtenen Eintragung zu beurteilen. Er kann nicht bloß auf die Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Eintragungsbewilligung, sondern auch auf das Nichtbestehen der eingetragenen Last oder des eingetragenen Rechtes gegründet werden. Denn ein nach § 894 zu hebender Widerspruch zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage liegt hier auch dann vor, wenn einer auf einer fehlerfreien Eintragungsbewilligung beruhenden Eintragung ein materieller Rechtsgrund (causa) nicht zugrunde liegt und auch nachträglich nicht untergelegt ist. (RG. E. 51 S. 417.)

16. Bei der Hypothek, der Grund- und Rentenschuld kann der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs in verschiedener Weise hervortreten. Ist das Recht der Hypothek ꝛc. nicht zur Entstehung gelangt, weil der Begründungsakt nichtig oder angefochten ist, so kann ein jeder, der ein Interesse an der Beseitigung der Eintragung hat, von dem Gläubiger die Bewilligung der Löschung der Hypothek ꝛc. verlangen, also sowohl wer die Hypothek ꝛc. bestellt hat als sein Nachfolger im Eigentume des Grundstücks und namentlich auch der gleich- oder nacheingetragene Berechtigte (a. M. Predari S. 181). So oft der Berichtigungsanspruch nicht vom Eigentümer geltend gemacht wird, muß er nicht nur gegen den Gläubiger, sondern auch gegen den Eigentümer gerichtet werden (§ 27 GBO.). Die Eintragung ist unwirksam, wenn die Eintragungsbewilligung zum Scheine erteilt oder

Digitized by Google

gefälscht, wenn sie von dem Nichteigentümer oder von einem Geschäftsunfähigen oder von einem durch ein gesetzliches oder behördliches Veräußerungsverbot in seiner Verfügung beschränkten Eigentümer erteilt war. (Vgl. Anm. I 2 b zu § 1137.) Eine Abweichung vom bisherigen preuß. Rechte muß erwähnt werden. Nach diesem unterlag eine Hypothek wegen formeller Ungültigkeit der ihr zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung der Anfechtung, z. B. wenn die Eintragung auf die Bewilligung einer der deutschen Sprache unkundigen Person erfolgt war, die nur der Unterschrift nach beglaubigt, nicht aber nach §§ 179, 172 I 5 PALR. gerichtlich oder notariell aufgenommen war (RG. E. 23 S. 271). Nach dem BGB. ist die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte tauber, blinder, stummer oder sonst am Sprechen verhinderter, schreibensunkundiger, der deutschen Sprache nicht mächtiger Personen nicht von der Beobachtung der schriftlichen oder einer strengeren Form abhängig. Die Vorschriften der §§ 169—183 RGFG. finden zwar Anwendung, wenn Rechtsgeschäfte solcher Personen gerichtlich oder notariell beurkundet oder beglaubigt werden, sie fordern aber keineswegs stets Beachtung, wenn jene Personen Rechtsgeschäfte eingehen. Auch eine von ihnen formlos erklärte Eintragungsbewilligung ist mithin kein nach § 125 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn ihre Wirksamkeit durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder Beglaubigung bedingt wäre. Solche Vorschrift war in den §§ 33, 34 PGBO. vorhanden, ist aber im § 29 RGBO. nicht zu finden. Die Bestimmung im Satz I: „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden" — hat, wie ihre Fassung („soll") ergibt, die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht die Unwirksamkeit der Eintragung zur Folge hat. Ist die Eintragung bewilligt und erfolgt, so ist sie nicht um deswillen unwirksam, weil bei Beurkundung oder Beglaubigung der Eintragungsbewilligung gegen die Vorschriften der §§ 169—183 RGFG. verstoßen ist und weil deshalb eine gültige Beurkundung oder Beglaubigung nicht vorliegt.

Ist die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld zur Entstehung gelangt, so wird sie nicht dadurch aufgehoben, daß der Gläubiger vom Eigentümer befriedigt wird, daß er auf die Hypothek ꝛc. verzichtet, daß er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird, daß er die Brief-Hypothek ꝛc. wegen Nichtaushändigung des Briefes nicht erwirbt, sondern in diesen Fällen erwirbt sie der Eigentümer oder sie verbleibt ihm (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, §§ 1117, 1168, 1171, 1172, 1192, 1199). Hier erfolgt die Berichtigung des Grundbuchs nicht durch Löschung der Post — obwohl auch diese vom Eigentümer herbeigeführt werden kann —, sondern durch Eintragung des Eigentümers an Stelle des Gläubigers auf Grund des Anerkenntnisses des letzteren, daß er befriedigt sei oder auf die Hypothek ꝛc. verzichtet habe oder daß ihm der Hypothekenbrief nicht übergeben sei, oder auf Grund des Ausschlußurteils.

Die Nichtentstehung oder das Erlöschen der Forderung hat auf das Bestehen der Hypothek keinen Einfluß: die Hypothek steht kraft Gesetzes dem Eigentümer zu oder geht auf ihn über (§ 1163 Abs. 1). In einer Reihe von Fällen hat die Befriedigung des Gläubigers nicht das Erlöschen der Forderung zur Folge, sondern es geht kraft Gesetzes die Forderung, und mit ihr die Hypothek (§ 1153), auf denjenigen über, der den Gläubiger befriedigt: auf den Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann (§426 Abs. 2, § 1171), auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt (§ 774), auf den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist und den Gläubiger befriedigt (§ 1143 Abs. 1). Auf den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, geht die Hypothek über (§ 1164). Erlischt infolge der Schuldübernahme das Recht des Gläubigers aus der für die Forderung bestehenden Hypothek, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§§ 418, 1168). In allen diesen Fällen steht demjenigen, auf den die Forderung mit der Hypothek oder die Hypothek

allein übergegangen ist, der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zu; er kann von dem befriedigten Gläubiger die Zustimmung zu seiner Eintragung als Berechtigter verlangen.

Die §§ 1138 und 1157 erstrecken den Berichtigungsanspruch, der im § 894 zu Beseitigung des Widerspruchs zwischen Grundbuch und wirklicher Rechtslage nur in Ansehung des dinglichen Hypothekenrechts gegeben ist, auch auf die Forderung und die dem Eigentümer nach §§ 1137 und 1157 zustehenden Einreden. Der § 1155 gewährt ferner den Berichtigungsanspruch dem Eigentümer zur Erhaltung der Einreden aus Mängeln in den Rechten der nicht eingetragenen Rechtsvorgänger des Besitzers des Hypothekenbriefs.

Ist eine Hypothek vom Gläubiger irrtümlich nicht an den vom Eigentümer bestimmten Zessionar, sondern an eine andere unbeteiligte Person abgetreten und ist diese als neuer Gläubiger in das Grundbuch eingetragen, so braucht der Eigentümer nicht zu dulden, daß diese Person, die in Wirklichkeit nicht sein Gläubiger ist, auf seinem Grundstück als solcher eingetragen steht. Er kann aber von ihr nur verlangen, daß sie anerkenne, nicht der Gläubiger zu sein, und daß sie in die Löschung der Hypothek oder in die Eintragung des wirklichen Gläubigers einwillige. Eine Abtretungserklärung zugunsten des letzteren kann er von ihr nicht fordern; wenn eine solche auch zur Berichtigung des Grundbuchs genügen mag, so bedarf es ihrer dazu doch nicht. Die Zustimmung des als Gläubiger Eingetragenen erübrigt sich dann, wenn der vom Eigentümer zum Gläubiger Bestimmte mit dem als Gläubiger Eingetragenen sich dahin einigt, daß diesem die Hypothek zustehen und daß dieser als Gläubiger eingetragen bleibe, während er von seiner Eintragung absehe und darauf gegen den Eigentümer keinen Anspruch erhebe. Denn dadurch ist das bis dahin unrichtige Grundbuch richtig geworden (BGB. § 185) und für eine Berichtigung fehlt die Voraussetzung. (RG. V 75. 02.)

Ist eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) auf Grund einer gefälschten Bewilligung des Eigentümers in eine endgültige Hypothek mit festgestellter Forderung umgeschrieben, so steht das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang und der Eigentümer oder sein von ihm dazu ermächtigter Rechtsnachfolger kann die Zustimmung zur Berichtigung der Eintragung durch Löschung des Umschreibungsvermerks von dem Gläubiger verlangen, welcher entweder vor der Umschreibung die Hypothek als Höchstbetragshypothek oder nach der Umschreibung in Kenntnis von der wahren Sachlage die endgültige Hypothek erworben hat (RG. E. 53 S. 408).

17. Durch die allgemeine Gütergemeinschaft werden alle zum Gesamtgute gehörenden einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Wird ein Recht gemeinschaftlich, das im Grundbuch eingetragen ist oder in das Grundbuch eingetragen werden kann, so kann jeder Ehegatte von dem andern die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, da infolge der mit dem Eintritte der Gütergemeinschaft kraft Gesetzes verbundenen Rechtsänderung das Grundbuch unrichtig wird und deshalb der § 894 Anwendung findet. (BGB. § 1438.) Hierdurch ist eine besondere Bestimmung, daß jeder der Ehegatten befugt ist, zu verlangen, daß die Gesamtgutseigenschaft der gemeinschaftlichen Rechte in das Grundbuch eingetragen werde, wie sie § 50 PGBO. enthielt, entbehrlich geworden. (Vgl. Mot. IV S. 336.)

18. Der Verpflichtete hat die ihm nach § 894 obliegende Zustimmung so zu erklären, daß sie nach den Vorschriften der GBO. zur Berichtigung des Grundbuchs ausreicht. Die aus dem unrichtigen Buchzustande sich ergebenden Verpflichtungen des von der Berichtigung Betroffenen sind nach dem Inkrafttreten des BGB. auch in Ansehung einer vorher erfolgten Eintragung nicht nach dem früheren Rechte, sondern nach den §§ 894 ff. BGB. zu beurteilen. Der Betroffene hat daher solche Erklärungen abzugeben, welche im Zeitpunkte der Berichtigung hierzu nach dem BGB. und der GBO. erforderlich sind. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er bereits unter der Herrschaft des früheren Rechtes Erklärungen abgegeben habe, zu denen allein er damals verpflichtet gewesen sei, weil sie nach dem früheren Rechte zur Berichtigung des Grundbuchs ausgereicht haben. (RG. E. 48 S. 48.) Die Zustimmungserklärung wird durch ein den Verpflichteten zu deren Abgabe verurteilendes rechtskräftiges Urteil ersetzt; auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gilt nur die Eintragung eines Widerspruchs als bewilligt (ZPO. §§ 894, 895; vgl. S. 124, 137). Ist die Zustimmung

erteilt, so bedarf es außerdem nicht auch des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu dessen Berichtigung. Durch § 22 GBO. wird die Berichtigung wesentlich erleichtert. Es bedarf dazu nämlich nicht der Bewilligung des von der Berichtigung Betroffenen, sondern es genügt der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Es ist dies von besonderer Bedeutung für die Fälle, in denen eine Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld sich dadurch mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, daß der Eigentümer den Gläubiger befriedigt. Mit der Vereinigung wird das Grundbuch unrichtig (BGB. §§ 1143—1145, 1163 Abs. 1 Satz 2) und der Eigentümer bedarf daher, um die Eintragung der Hypothek auf seinen Namen oder die Löschung der Hypothek herbeizuführen, nicht der Bewilligung des Gläubigers, vielmehr genügt es, wenn er an Stelle der Bewilligung die Quittung beibringt. Dasselbe gilt, soweit der persönliche Schuldner oder ein anderer durch Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt (BGB. §§ 1164, 1167, 1150, 268). (Vgl. Denkschr. z. § 22 GBO. S. 40.) Der Gläubiger hat dem ihn Befriedigenden auf Verlangen Quittung in der Form des § 29 GBO. zu erteilen (BGB. § 368), zu einer weiteren Erklärung ist er nicht verpflichtet. Dem befriedigenden Eigentümer genügt die Quittung zur Berichtigung des Grundbuchs. Der persönliche Schuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, bedarf neben der Quittung der Zustimmung des Eigentümers zur Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen, da die Hypothek nur insoweit auf ihn übergeht, als er vom Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann (BGB. §§ 1164, 1167). Befriedigt der Eigentümer eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks den Gläubiger, so kann er die Umschreibung der Hypothek auf den Namen aller Eigentümer der belasteten Grundstücke oder die Umschreibung auf *seinen* Namen bei *seinem* Grundstücke durch Vorlegung der Quittung erwirken: die Umschreibung auf *seinen* Namen bei den *mithaftenden* Grundstücken kann er dagegen nur unter Vorlegung der Zustimmungserklärung der Eigentümer dieser Grundstücke und der Quittung des Gläubigers erreichen, da auf ihn nur in Höhe des ihm gegen diese Eigentümer zustehenden Ersatzanspruchs die Hypothek an deren Grundstücken übergeht (BGB. §§ 1172, 1173). Ähnlich verhält es sich, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger einer Gesamthypothek befriedigt (BGB. § 1174). Wird der Gläubiger nur für einen Teilbetrag seiner Hypothek befriedigt, so gebührt ihm für den Überrest der Vorrang vor dem Teilbetrage (§ 1176). Vgl. im übrigen Anm. 16.

Über die Verpflichtung des Gläubigers, Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder das Pfandgrundstück zu enthaften, sind folgende Entscheidungen aus früherer Zeit noch jetzt von Bedeutung:

Nur der Befriedigende selbst hat einen Anspruch auf Quittungsleistung. Der Eigentümer kann vom Gläubiger nicht Quittung oder Löschungsbewilligung fordern mit dem Vorgeben, sein Vorbesitzer habe den Gläubiger in Erfüllung der beim Verkauf übernommenen Verbindlichkeit zur Tilgung der Post befriedigt. Nur der Vorbesitzer kann Quittung verlangen, der Eigentümer hat sich wegen Enthaftung des Grundstücks an den Vorbesitzer zu halten. (RG. Gruch. 26 S. 112.) Die früher bei der Kautionshypothek gemachte Unterscheidung (RG. E. 38 S. 246) findet nicht mehr statt, da die Bestimmungen über die Eigentümerhypothek und den Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner von der Anwendung auf die Sicherungs- und Kautionshypothek durch die §§ 1185 Abs. 2, 1190 BGB. nicht ausgeschlossen sind. — Hat der Verkäufer einer Parzelle sich dem Käufer gegenüber verpflichtet, die Parzelle von der auf dem parzellierten Pfandgrundstücke haftenden, von dem Käufer nicht übernommenen größeren Hypothek zu befreien, nachdem dem Verkäufer vom Hypothekengläubiger die Zusage gemacht war, daß er gegen Empfangnahme der Kaufgelder für die zu verkaufenden Parzellen diese aus der Pfandverbindlichkeit entlassen werde, so kann der Käufer, nachdem er in Erfüllung dieses Abkommens den Kaufpreis für die Parzelle dem Hypothekengläubiger gezahlt hat, von diesem die Enthaftung der Parzelle von der größeren Hypothek fordern. Dieses Recht steht dem Käufer auch gegen den späteren Erwerber der Hypothek, der beim Erwerbe den Sachverhalt kannte, und auch gegen dessen Zessionar zu, wenn die Zession nur zum Scheine erfolgte, um dem Käufer die ihm gegen den Zedenten zustehenden Einreden abzuschneiden. (BGB. §§ 328, 1137, 1138; RG. V 265. 96.) Ist über das Vermögen des befriedigten

Gläubigers der Konkurs eröffnet, so muß der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners quittieren (OTrib. Arch. 53 S. 91), wie er überhaupt den gegen den Gemeinschuldner begründeten Berichtigungsanspruch erfüllen muß (KO. § 6). Hat der Schuldner auf schriftliche Anweisung des Hypothekengläubigers den Betrag der Hypothekenschuld einem Dritten gezahlt, so kann er vom Gläubiger Quittung verlangen (BGB. §§ 783, 787; RG. JW. 1881 S. 70). Übrigens genügt zur Berichtigung des Grundbuchs auch die vom Anweisungsempfänger erteilte Quittung in Verbindung mit der Anweisung, wenn beide Urkunden in der Form des § 29 GBO. ausgestellt sind. Alle Erben des Gläubigers müssen bis zur Teilung des Nachlasses gemeinschaftlich quittieren, mag der Erblasser oder mögen sie wegen der Hypothekenforderung befriedigt sein (BGB. §§ 2039, 2040, 2058). — Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das eingetragene Kapital anzunehmen und darüber zu quittieren, solange er noch Zinsen und Kosten zu fordern hat (BGB. §§ 367, 368, 1118, 1146; OTrib. E. 8 S. 19). Hat er das Kapital angenommen, so muß er darüber quittieren, darf sich aber in der Quittung den persönlichen und dinglichen Anspruch auf die rückständigen Zinsen und Kosten ausdrücklich vorbehalten (RG. Gruch. 25 S. 999, Bd 34 S. 139). Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt und steht die Hypothek deshalb dem Eigentümer zu (BGB. § 1163 Abs. 1), so kann der Eigentümer, wenn sein Berichtigungsanspruch zur Sicherung einer dem Hypothekengläubiger an ihn zustehenden anderweitigen Forderung mit Arrest belegt ist, die zur Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen erforderliche Erklärung vom Gläubiger nur gegen Bezahlung der anderen Forderung verlangen (RG. Bolze 1 Nr. 236). — Hat der Gläubiger dem Schuldner die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, erlassen oder hat er auf die Hypothek verzichtet, so muß er die zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer erforderliche Erklärung dem Eigentümer auf dessen Kosten erteilen (BGB. §§ 397, 1163 Abs. 1. Satz. 2, 1168, 894, 897; OTrib. Arch. 43 S. 269; RG. Gruch. 27 S. 935). Ist der Hypothekengläubiger mit seiner gegen den Eigentümer auf Zahlung der Hypothekenforderung gerichteten (dinglichen oder persönlichen) Klage, wenn auch nur durch Versäumnisurteil, rechtskräftig abgewiesen, so ist damit das Rechtsverhältnis unter den Parteien definitiv dahin festgestellt, daß die Hypothekenforderung dem Gläubiger nicht zusteht. Letzterer ist deshalb zur Bewilligung der Löschung bezw. der Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer verpflichtet (RG. Gruch. 33 S. 973; vgl. auch RG. E. 29 S. 345). Wer eine Hypothek nach Befriedigung des Gläubigers in Kenntnis davon erwirbt, muß die Befriedigung seines Vorgängers anerkennen und die Umschreibung der Hypothek auf den Befriedigenden bewilligen (OTrib. Arch. 90 S. 190). — Ist der Gläubiger, welcher der Berichtigung des Grundbuchs zustimmen muß, nicht als solcher im Grundbuch eingetragen, was bei Briefhypotheken oft der Fall sein wird, so hat er neben dem Briefe auch die zum Nachweise seines Gläubigerrechts erforderlichen Urkunden (Abtretungserklärungen, Testament, Erbschein) dem Berechtigten auszuhändigen oder dem Grundbuchamte vorzulegen (BGB. §§ 896, 1144, 1145, 1167, 1168, 1155; OTrib. Arch. 53 S. 91).

Wenn die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten zu erfolgen hat, darf nach § 22 Abs. 2 GBO. der Eigentümer oder der Erbbauberechtigte nur mit seiner Zustimmung eingetragen werden. Einer Beobachtung der Auflassungsform bedarf es hier nicht. Die Zustimmung des Eigentümers oder des Erbbauberechtigten ist jedoch in den Fällen nicht erforderlich, wo der, welcher die Berichtigung des Grundbuchs beantragt, auf Grund eines gegen den Eigentümer oder den Erbbauberechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, deren Zulässigkeit von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuchs abhängt (GBO. § 22 Abs. 2 in Verb. mit § 14; vgl. Anm. zu § 14 GBO.); also namentlich nicht in den Fällen, in denen nach den §§ 55, 56 PGBO. der Eigentümer zur Eintragung seines Eigentums angehalten werden konnte.

In den Fällen der §§ 23, 24 RGBO. bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs unter Umständen der Bewilligung des Rechtsnachfolgers des Berechtigten bezw. des Berechtigten.

19. Für die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs ist *das Gericht ausschließlich zuständig*, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, sofern damit das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird (ZPO. § 24). Zweifellos gehören hierher die Klagen des nicht eingetragenen wahren Eigentümers gegen den eingetragenen Nichteigentümer auf Bewilligung seiner Eintragung, die Klage des Berechtigten auf Bewilligung der Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden

Digitized by Google

dinglichen Rechtes, die Klage des Gläubigers auf Bewilligung der Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöſchten Hypothek, Grund- oder Rentenſchuld oder eines anderen dinglichen Rechtes, die Klage deſſen, auf den eine Hypothek, Grund- oder Rentenſchuld kraft Geſetzes übergegangen iſt, auf Bewilligung der Umſchreibung, die Klage auf Bewilligung der Löſchung eines nicht oder nicht mehr beſtehenden dinglichen Rechtes oder auf Bewilligung der Löſchung der nichtigen oder angefochtenen Eintragung einer Hypothek, Grund- oder Rentenſchuld, ohne Unterſchied, ob die Klage vom Eigentümer oder einem nachſtehenden Berechtigten erhoben wird. (Vgl. RG. E. 15 S. 386, Bd 20 S. 403, Bd 23 S. 339, Bd 25 S. 384, Bd 35 S. 365, Gruch. 35 S. 816, Bd 36 S. 1201, Bolze 10 Nr. 707, JMBl. 1891 S. 74, JW. 1892 S. 477 Nr. 2, 1896 S. 410 Nr. 5 u. 6.) Für den ſich lediglich auf Befriedigung des Gläubigers gründenden Anſpruch auf Quittungsleiſtung und Rückgabe des Hypothekenbriefs (BGB. §§ 368, 371, 1144, 1145) gibt es keinen beſonderen Gerichtsſtand; ſolche Klage muß im allgemeinen Gerichtsſtande des Gläubigers erhoben werden (RG. E. 28 S. 434), auch wenn Quittung und Brief zur Berichtigung des Grundbuchs verwendet werden ſollen (vgl. Anm. 18 S. 298). Wird dagegen von dem Befriedigenden zugleich das kraft Geſetzes auf ihn übergegangene Hypothekenrecht geltend gemacht und die Anerkennung dieſes Übergangs verlangt, ſo wird die Klage dem Zwange des ausſchließlichen Gerichtsſtandes der belegenen Sache unterliegen. Die Klage auf Bewilligung der Eintragung oder der Löſchung einer Verfügungsbeſchränkung fällt nicht unter den § 24 ZPO., da hier nicht Beziehungen des Grundſtücks, ſondern nur perſönliche Verhältniſſe des Beſchränkten in Frage kommen, denen durch die Eintragung und Löſchung nur die Wirkung gegen Dritte verliehen bezw. entzogen werden ſoll. Vgl. Biermann WB. S. 104.

20. In der Regel erfolgt die Berichtigung nur auf Antrag des Berechtigten (GBO. § 13) und auf Grund der Bewilligung des Betroffenen (GBO. § 19). Von Amts wegen findet ſie durch Löſchung einer nach ihrem Inhalt unzuläſſigen Eintragung ſtatt (vgl. Bd II GBO. § 54 Abſ. 1 Satz 2 mit Anm.). Iſt eine Behörde befugt, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu erſuchen (GBO. § 39), ſo kann ſie auch eine Berichtigung verlangen. Auf Antrag des Berechtigten, aber ohne Bewilligung des Betroffenen findet die Berichtigung ſtatt, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewieſen wird (GBO. §§ 22, 29, vgl. Anm. 16 S. 296).

§ 895.

Kann die Berichtigung des Grundbuchs erſt erfolgen, nachdem das Recht des nach § 894 Verpflichteten eingetragen worden iſt, ſo hat dieſer auf Verlangen ſein Recht eintragen zu laſſen.

1. Nach § 828 Abſ. 1 Entw. I ſollte der Berechtigte nur dann den dinglichen Vertrag über eine Rechtsänderung ſchließen können, wenn er als ſolcher im Grundbuch eingetragen war. Dieſes Erfordernis iſt im § 873 BGB. nicht beibehalten; der Berechtigte kann, auch wenn er nicht als ſolcher eingetragen iſt, die Einigung wirkſam vornehmen. Im § 40 GBO. iſt jedoch beſtimmt, daß eine Eintragung ohne Unterſchied, ob ſie auf Grund einer Einigung oder außerhalb der Fälle eines rechtsgeſchäftlichen Erwerbes ſtattfindet, in der Regel nur erfolgen ſoll, wenn derjenige, deſſen Recht durch ſie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen iſt. Dies für diejenigen Fälle zu ermöglichen, in denen auf Grund einer nach § 894 BGB. erteilten (oder durch Urteil erſetzten) Zuſtimmung des Verpflichteten die Berichtigung des Grundbuchs nicht erfolgen kann, weil der Verpflichtete bei dem Rechte, das von der Berichtigung betroffen wird, nicht als der Berechtigte eingetragen iſt, dient der § 895 BGB., wonach der Verpflichtete auf Verlangen ſein Recht eintragen zu laſſen hat, wenn dies zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich iſt. Iſt zur Berichtigung des Grundbuchs die vorherige Eintragung des Verpflichteten nicht erforderlich, wie in den Fällen der §§ 40 Abſ. 2, 41 GBO., ſo findet der § 895 BGB. keine Anwendung (vgl. Bd II Anm.

Digitized by Google

zu §§ 40, 41 GBO.). Der Anspruch aus § 895 steht, wie der Berichtigungsanspruch aus § 894, nur demjenigen zu, der bereits ein dinglich Berechtigter ist. Ist zur Verwirklichung eines obligatorischen Anspruchs auf Begründung eines Rechtes am Grundstücke die vorherige Eintragung des Eigentümers erforderlich, so hat der Eigentümer auch die obligatorische Verpflichtung, sich als Eigentümer eintragen zu lassen, damit das Recht an dem Grundstücke begründet werden kann (vgl. Mot. z. GBO. S. 81). Die Beantwortung der Frage, ob in dem rechtskräftigen Urteile, wodurch jemand gegen den Eigentümer eines Grundstücks die Verpflichtung zur Begründung eines dinglichen Rechtes, z. B. einer Grunddienstbarkeit, erstritten hat, implicite auch die Verurteilung des Beklagten liege, sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen zu lassen, weil sonst das Urteil nicht vollstreckbar wäre: ist bei der 2. Lesung der GBO. überlassen (Prot. VI S. 223 XIV), in dieser ist sie aber nicht gegeben. In welcher Weise für diese und andere Fälle die Eintragung des Verpflichteten zu erlangen ist, wird im Bd II zu den §§ 14, 22, 40 GBO. erörtert. Der § 14 GBO. in Verb. mit den §§ 792, 896 ZPO. dient auch zur Erleichterung der Eintragung des Verpflichteten im Falle des § 895 BGB., indem sie den Berichtigungsberechtigten in den Stand setzen, die Eintragung des Verpflichteten zu betreiben, falls diese durch Berichtigung des Grundbuchs erfolgen kann (Bd II Anm. A I 3 d zu § 14).

2. Der Entw. I des BGB. hatte eine allgemeine dem § 895 BGB. entsprechende Bestimmung nicht. Nur zugunsten des Nießbrauchers einer Forderung und des Nacherben waren besondere Vorschriften vorgeschlagen.

a. Der § 1028 Entw. I gab dem Nießbraucher das Recht und die Pflicht, für die Einziehung der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung zu sorgen. Bestehe die Forderung, so wurde erwogen, in einem Rechte auf Übertragung des Eigentums oder auf Begründung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke, so daß zur rechtsgeschäftlichen Begründung des Nießbrauchs am Grundstück oder Rechte Eintragung in das Grundbuch erforderlich sei, so könne der Nießbraucher dem Forderungsberechtigten ohne dessen Mitwirkung das Eigentum oder das Recht am Grundstück und sich selbst den Nießbrauch nicht verschaffen. Um diese Schwierigkeit zu heben, schrieb § 1029 Abs. 2 Entw. I vor, daß der Forderungsberechtigte verpflichtet sei, die zur Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen abzugeben, also sowohl in seine Eintragung als Eigentümer bezw. Berechtigter als auch in die Eintragung des Nießbrauchs zu willigen. (Mot. III S. 546.) Bei der 2. Lesung wurde diese Vorschrift als entbehrlich gestrichen, weil man aus allgemeinen Grundsätzen zu demselben Ergebnisse gelangen werde. Aus der Befugnis des Nießbrauchers zur Einziehung der Forderung folge die Ermächtigung, das Eigentum oder das andere Recht am Grundstücke für den Eigentümer bezw. den Berechtigten zu erwerben und die zum Erwerb erforderlichen Erklärungen im Namen des Eigentümers ꝛc. abzugeben. (Prot. III S. 418 IX.)

Nach § 1075 Abs. 1 BGB. stellt sich, wenn die Forderung in einem Rechte auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke besteht, die Sache so: der Nießbraucher läßt sich für den Forderungsberechtigten die Auflassung erteilen und beantragt dessen Eintragung als Eigentümer; damit wird letzterer nicht nur Eigentümer, sondern es wird auch für den Nießbraucher der Nießbrauch am Grundstück als dingliches Recht ohne Eintragung erworben. Da der Nießbrauch außerhalb des Grundbuchs besteht, ist das Grundbuch unrichtig und der Nießbraucher kann vom Eigentümer nach § 894 die Bewilligung der Eintragung seines Nießbrauchsrechtes verlangen. (Vgl. auch S. 275 Nr. 4 und Anm. 1 zu § 1075.) Die Vorschrift des § 895 kommt hier nicht zur Anwendung.

b. Im § 1826 Entw. I war das Recht des Nacherben auf Eintragung in das Grundbuch in der Weise geregelt, daß sich der Bestimmung im Abs. 1, bei der Eintragung des Vorerben sei zugleich von Amts wegen das Recht des Nacherben einzutragen, die weitere Bestimmung anschloß: „Der Nacherbe kann von dem Vorerben verlangen, daß dieser seine Rechte, soweit dieselben der Nacherbfolge unterliegen, für sich eintragen lasse." (Vgl. Mot. V S. 111.) Bei der 2. Lesung wurde beschlossen, die erste Bestimmung als Verfahrensvorschrift in die GBO. aufzunehmen, die andere in allgemeiner Fassung, soweit sie sich auf die Eintragung bestehender Rechte beziehe, deren Eintragung die Eintragung eines anderen Rechtes voraussetze, als materielle Rechtsnorm in das BGB. zu übernehmen (Prot. V S. 109 f.). Die Vorschrift des § 1826 Abs. 1 bildet jetzt den § 52 GBO., die des § 1826 Abs. 2 ist in der allgemeinen Vorschrift des § 895 BGB. mit enthalten.

Danach stellt sich die Sache so: Mit dem Tode dessen, der einen Nacherben eingesetzt hat, wird das Grundbuch insoweit unrichtig, als darin der Erblasser und nicht der Erbe als Eigentümer der Nachlaßgrundstücke und als Berechtigter bei den zur Erbschaft gehörenden Rechten an fremden Grundstücken mit den sich aus den Rechten des Nacherben ergebenden Beschränkungen eingetragen ist (BGB. §§ 1922, 2113). Beantragt der Vorerbe seine Eintragung als Eigentümer oder Berechtigter, so wird zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen eingetragen (GBO. § 52.) Unterläßt dies der Vorerbe, so kann der Nacherbe die Verurteilung des Vorerben, seine Eintragung als Nacherbe zu bewilligen, nach § 894 BGB. im Prozeßweg erlangen und dann auf Grund des erhaltenen vollstreckbaren Titels seine Rechte dadurch zur Eintragung bringen, daß er unter Vorlegung des Erbscheins (BGB § 2363) oder der Verfügung von Todes wegen, die ihm vom Nachlaßgerichte zu erteilen sind (ZPO. § 792), beim Grundbuchamte die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Vorerben und seines Rechtes als Nacherben beantragt (GBO. § 14). Sollen die Eintragungen bei zur Erbschaft gehörenden Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden erfolgen, über die ein Brief erteilt ist, so muß der Brief vorgelegt werden (GBO. §§ 42, 43), dessen Vorlegung beim Grundbuchamte von dem Besitzer des Briefes verlangt und nötigenfalls nach Verurteilung des Besitzers erzwungen werden kann (BGB § 896). Auch wenn es sich um die Eintragung des Vorerben als Eigentümers eines Nachlaßgrundstücks oder als Berechtigten bei einem zur Erbschaft gehörenden Erbbaurechte handelt, ist die Zustimmung des Nacherben entbehrlich, da dieser bereits einen vollstreckbaren Titel gegen den Vorerben hat, auf Grund dessen er die Eintragung seines Rechtes als Nacherbe in das Grundbuch verlangen kann (GBO. §§ 14, 22 Abs. 2). Ist nicht der Erblasser, sondern ein Nichtberechtigter als Eigentümer des Nachlaßgrundstücks eingetragen, so kann der Nacherbe entweder nach § 895 vom Vorerben verlangen, daß er sich als Eigentümer eintragen lasse, und ihm die Durchführung des Berichtigungsanspruchs gegen den eingetragenen Nichteigentümer überlassen, oder er kann, sobald er einen vollstreckbaren Titel gegen den Vorerben (auf Bewirkung von dessen oder seiner Eintragung lautend) erlangt hat, sich den Berichtigungsanspruch des Vorerben gegen den Nichteigentümer überweisen lassen und nach dessen Durchführung die weiteren Eintragungen betreiben.

§ 896.

Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs erforderlich, so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, von dem Besitzer des Briefes verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird.

1. Der Entw. I erteilte im Abs. 2 des § 1109 dem Eigentümer nur für den Fall, daß die Hypothek erloschen ist, die Befugnis, vom Inhaber des Hypothekenbriefs dessen Vorlegung beim Grundbuchamte zum Zwecke der Löschung der Hypothek zu verlangen. In den Motiven (III S. 745) heißt es: „Aus der Verknüpfung des Eigentums am Briefe mit dem Rechte des Gläubigers (vgl. BGB. § 952) folgt nicht, daß der Eigentümer des Grundstücks mit dem Erlöschen der Hypothek auch Eigentümer der Urkunde werden müßte. Es würde auch nicht angemessen sein, dies positiv vorzuschreiben, da der gewesene Gläubiger immer noch ein Interesse am Hypothekenbriefe haben kann, namentlich wenn die mit dem Briefe verbundene oder aus ihm ersichtliche Schuldverschreibung noch über andere Forderungen lautet oder die Hypothek, welche an mehreren Grundstücken bestellt worden, nicht an allen erloschen ist. Aus der Tatsache, daß die Hypothek nicht mehr besteht, kann (nach BGB. § 894) nur die Verpflichtung des gewesenen Gläubigers hergeleitet werden, die Löschung so zu bewilligen, daß die Hypothek auf Verlangen des Eigentümers gelöscht werden muß. Diese Verpflichtung aber erstreckt sich auch auf die Vorlegung des Hypothekenbriefs, da der Grundbuchbeamte nicht löschen darf, wenn ihm die Urkunde nicht vorliegt (GBO. §§ 42, 62, 69, 70). Hat nun der Eigentümer, wenn die Hypothek an seinem Grundstück erloschen ist, ein berechtigtes Interesse nur daran, daß sie gelöscht werde, so ist klar, daß es dem praktischen Bedürfnisse vollständig genügt, wenn dem Eigentümer des Grundstücks ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt

zum Zwecke der Löschung gegeben wird. Wie dann die Behörde mit der Urkunde zu verfahren hat, darüber wird die Grundbuchordnung keinen Zweifel lassen" (GBO. §§ 62, 69). — Bei der 2. Lesung wurde die Vorschrift des § 1109 Abs. 2 Entw. I im § 1091 Entw. II mit einigen Fassungsänderungen beibehalten (Prot. III S. 646 B). Der § 896 BGB. findet sich in seiner jetzigen allgemeinen Fassung erst als § 880 in der Vorlage des Bundesrats ohne irgend welche Begründung.

2. Nach §§ 42, 43 GBO. soll bei einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, über die ein Brief erteilt ist, in der Regel eine Eintragung, also auch eine solche, welche die Berichtigung des Grundbuchs betrifft, nur dann erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird, damit auf ihm die Eintragung vermerkt wird (GBO. § 62). Um dies zu ermöglichen, kann der Berichtigungsberechtigte von dem (unmittelbaren wie mittelbaren) Besitzer des Briefes dessen Vorlegung beim Grundbuchamte verlangen BGB. § 896). Verweigert der Besitzer dies und wird er dazu verurteilt, so erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 883, 901 ZPO. (RG. JW. 1905 S. 439 Nr. 23). Führt auch diese nicht zur Vorlegung des Briefes, so kann der Berechtigte sich durch die Erwirkung der Eintragung eines Widerspruchs schützen, aber auch dies nur dann, wenn eine der Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 Satz 2, des § 43 Satz 1 und des § 44 Abs. 2 GBO. vorliegt. Der § 896 BGB. muß auch im Falle des § 44 Abs. 1 GBO. auf die Urkunde Anwendung finden, da diese im Verkehre die Bedeutung des Briefes hat. Auf die Fälle der §§ 42 Abs. 2 und 43 Satz 2 findet § 896 keine Anwendung.

3. Der § 896 findet nicht nur in dem Falle, auf den sich der § 1109 Abs. 2 Entw. I beschränkte, Anwendung, wenn die Hypothek erloschen ist (vgl. §§. 1173 bis 1175, 1178. 1180), sondern in allen Fällen, wo außerhalb des Grundbuchs die Hypothek eine Änderung erlitten hat, welche die Rechtslage, wie sie das Grundbuch aufweist, als unrichtig erscheinen läßt, z. B. wenn die Hypothek auf einen anderen als den im Grundbuch eingetragenen oder — bei Briefhypotheken § 1155 — sich aus den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergebenden Gläubiger übergegangen ist (vgl. §§ 1143, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2, 1173, 1174, 1182, 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774, 1922), oder wenn der Gläubiger in seiner Verfügung über die Hypothek zugunsten eines Dritten beschränkt (vgl. den Fall in Anm. b S. 302) oder wenn eine eingetragene Verfügungsbeschränkung des Gläubigers aufgehoben oder zu Unrecht gelöscht oder widerrechtlich eingetragen ist.

Besondere Bestimmungen sind in den §§ 1144, 1167 für die Fälle gegeben, in denen der Eigentümer oder der Schuldner oder ein Dritter, der den Gläubiger gänzlich befriedigt hat, die Hypothek nach §§ 1143, 1150, 1163, 1164 erwirbt. Da kann der Eigentümer bezw. der Schuldner die Aushändigung des Hypothekenbriefes verlangen. Erfolgt in diesen Fällen die Befriedigung des Gläubigers nur teilweise oder verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so kann nur die Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt, das Gericht oder einen Notar (GBO. § 61 Abs. 1) verlangt werden (§§ 1145, 1150, 1167, 1168 Abs. 3; vgl. RG. RJA. 2 S. 83).

4. Der Anspruch auf Vorlegung des Briefes nach § 896 steht dem Berichtigungsberechtigten nicht nur gegen den zu, dessen Zustimmung es nach § 894 zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf, sondern gegen jeden Besitzer des Briefes. Der z. B., welchem unter der Herrschaft des früheren preuß. Rechtes eine Briefhypothek ganz oder teilweise ohne Aushändigung des Briefes wirksam abgetreten ist (Turnau I S. 436 Nr. 2 a), kann jetzt, nachdem er nach Art 192 EG. z. BGB. und Art. 33 PAG. z. BGB. die Rechte des Gläubigers einer Briefhypothek des BGB. erlangt hat, von dem, der den Brief auf Grund Pfandrechts an der Hypothek im Besitze hat, die Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamte zwecks Eintragung der Abtretung und bei einer Teilabtretung zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs verlangen, obwohl es seiner Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Abtretung, wodurch lediglich das Recht des eingetragenen Gläubigers berührt wird, nicht bedarf, weil weder die Aufhebung noch die Änderung des Inhalts der verpfändeten Hypothek, durch die das Recht des Pfandgläubigers berührt würde (§§ 876,

877), in Frage steht (RG. RJA. 6 S. 66). Der Hypothekenbrief (auch der Teilhypothekenbrief) muß aber nach der Berichtigung des Grundbuchs dem Pfandgläubiger zurückgegeben werden. (RG. E. 47 S. 158.) Nach § 836 Abs. 3 ZPO. ist im Falle der Überweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die über die überwiesene Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Auch der Anspruch des Schuldners gegen den Drittbesitzer auf Herausgabe der Urkunde ist als mitüberwiesen anzusehen. Daher kann der Gläubiger aus dem Rechte des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe der Urkunde klagen. Ist freilich die Forderung auf den Dritten übergegangen, dann braucht er die Urkunde nicht herauszugeben (RG. JW. 1904 S. 92 Nr. 12).

5. Der § 896 gilt auch in den Fällen des §§ 1138, 1155, 1157 BGB.

§ 897.

Die Kosten der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen, welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt.

1. Aus der Tatsache allein, daß das Grundbuch eine Unrichtigkeit enthält, folgt nicht, daß derjenige, der die der wirklichen Rechtslage entsprechende Eintragung zu bewilligen hat, auch die durch die Bewilligung und die Eintragung erwachsenden Kosten tragen müßte. Die Kosten fallen mithin dem Berechtigten zur Last, sofern nicht das Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Verpflichteten besteht, ein anderes ergibt (vgl. BGB. § 369) (Mot. III S. 237.) Auch der Nacherbe, der die Eintragung des Vorerben betreibt (vgl. Anm. b S. 302) muß die hierdurch entstehenden Kosten tragen (Fuchs S. 183 Nr. 3; a. M. Dernburg SR. § 48 Nr. 6). Der Berechtigte hat die Kosten vorzuschießen.

2. Über die Kosten der etwa geführten Prozesse wird nach den Bestimmungen der §§ 91 ff. ZPO. entschieden.

3. In Preußen ist Kostenschuldner gegenüber der Staatskasse der Antragsteller (vgl. Bd II Anhang II Nr. II) und Zahlungspflichtiger gegenüber dem Notar der Auftraggeber (GebO. für Notare §§ 23 ff., GS. 1899 S. 374).

4. Vgl. §§ 1138, 1155, 1157 BGB.

§ 898.

Die in den §§ 894 bis 896 bestimmten Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung.

1. Der Entw. I enthielt keine besondere Vorschrift über die Verjährung des Berichtigungsanspruchs. Man nahm an, daß dieser Anspruch in gleicher Weise der Verjährung unterliege wie jeder andere Anspruch, und daß kein Bedürfnis anzuerkennen sei, die Verjährung zu beschränken (Mot. III S. 310). Bei der 2. Lesung unterschied die Mehrheit der Komm. zwischen dem materiellen Hauptanspruch und dem formellen Berichtigungsanspruche. Beide entsprängen dem Rechte, dessen Bestehen den Inhalt des Grundbuchs unrichtig mache. Der Hauptanspruch gehe auf Herstellung des der wirklichen Rechtslage entsprechenden Zustandes, mit dem Berichtigungsanspruch werde von dem durch die Berichtigung Betroffenen die zur Herstellung dieses Zustandes erforderliche Zustimmung verlangt. Der nicht im Grundbuch eingetragene Eigentümer z. B. könne beanspruchen, daß er in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen werde, um das volle Verfügungsrecht über das Grundstück zu erlangen (Hauptanspruch); um dies zu erreichen, könne er von dem eingetragenen Nichteigentümer verlangen, daß dieser seine Eintragung bewillige (Berichtigungsanspruch). Man nahm an, daß der formelle Anspruch von dem materiellen abhängig zu machen sei, daß deshalb, solange der Hauptanspruch nicht verjährt sei, auch der Berichtigungsanspruch nicht erloschen sein dürfe, und daß, wenn der Hauptanspruch verjährt sei, auch der Berichtigungsanspruch ausgeschlossen werden müsse. Dementsprechend entschied man sich für die Aufnahme folgender Bestimmung: „Der Berichtigungsanspruch unterliegt nicht der Verjährung; er kann jedoch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Anspruch auf Herstellung des der wirklichen Rechtslage entsprechenden Zustandes verjährt ist." Als demnächst aber die §§ 900,

901 BGB. in den Entwurf aufgenommen wurden, ist der zweite Halbsatz jener Bestimmung „er kann jedoch u. s. w." als durch diese §§ gedeckt gestrichen. (Prot. III S. 103 bis 107, Bd IV S. 589 VI.) Im § 813 Entw. II war infolgedessen als Abs. 3 nur die Bestimmung beibehalten: „Der Berichtigungsanspruch unterliegt nicht der Verjährung." Und so findet sie sich im § 898 BGB.

2. Der § 898 findet seine Ergänzung in den §§ 900, 901. Der § 898 enthält die Regel, daß der Berichtigungsanspruch nicht verjährt. Von dieser Regel sind in den §§ 900, 901 nicht eigentlich Ausnahmen zugelassen, da darin von der Verjährung des Berichtigungsanspruchs nicht die Rede ist; aber sie geben Bestimmungen, deren Anwendung mittelbar den Ausschluß des Berichtigungsanspruchs wegen mangelnder Voraussetzung zur Folge hat. Eine Berichtigung ist nur da am Platze, wo etwas Unrichtiges vorhanden ist, das berichtigt werden muß. Auch die Berichtigung des Grundbuchs setzt voraus, daß sein Inhalt mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894). Das ist namentlich der Fall, wenn ein im Grundbuch eingetragenes Recht nicht dem zusteht, der als der Berechtigte im Grundbuche genannt wird, oder wenn ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, das niemals bestanden hat oder später erloschen ist, oder wenn ein Recht im Grundbuche gelöscht ist, obwohl es nicht gelöscht werden durfte. In allen diesen Fällen ist das Grundbuch entweder unrichtig oder unvollständig und bedarf deshalb der Berichtigung. Die §§ 900, 901 enthalten nun Vorschriften, wonach das Berichtigungsbedürfnis wegfällt, weil der bisher unrichtige Inhalt des Grundbuchs dadurch richtig geworden ist, daß infolge von Ersitzung oder Verjährung das Recht erloschen ist, dessen Bestehen den Inhalt des Grundbuchs unrichtig machte. Der wahre nicht besitzende und nicht eingetragene Eigentümer eines Grundstücks verliert sein Eigentum, wenn der Besitzende und als Eigentümer Eingetragene das Eigentum durch Ersitzung nach § 900 Abs. 1 erwirbt. Ist eine Grundgerechtigkeit, ein Nießbrauch, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, eine Reallast, obwohl sie in Wahrheit nicht besteht, dreißig Jahre hindurch im Grundbuch eingetragen und ausgeübt worden, so hat der als Berechtigter Eingetragene das Recht erworben und der Eigentümer den negatorischen Anspruch verloren (§ 900 Abs. 2). Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht oder, wenn kraft Gesetzes entstanden, nicht in das Grundbuch eingetragen, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist (§ 901). In allen diesen Fällen besteht ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nicht mehr, und deshalb kann eine Verjährung dieses Anspruchs nicht in Frage kommen. Liegt dagegen einer dieser Fälle nicht vor, so ist die Verjährung des Berichtigungsanspruchs ausgeschlossen. Solange z. B. der wahre nicht eingetragene Eigentümer im Besitze des Grundstücks ist oder sein Anspruch auf Herausgabe desselben noch nicht durch die Ersitzung des eingetragenen und besitzenden Eigentümers nach § 900 Abs. 1 erloschen ist, kann der Berichtigungsanspruch nicht verjähren. (So auch Planck Nr. 2, Neumann Nr. 1 zu § 898, Endemann 2 § 63 Nr. 2, § 66 Nr. 2, Kober SR. S. 53, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 893, Biermann Nr. 1 zu § 901; a. M. Fuchs 1 S. 183; vgl. auch Schilde S. 70, 38.) Es mag darauf aufmerksam gemacht werden, daß das Beispiel bei Boehm S. 72 Anm. 1 zu § 898 verfehlt ist (vgl. Schilde S. 70 Anm. 1). Schilde (S. 69) konstruiert einen Fall, der durch die §§ 900, 901 nicht betroffen wird, aber trotzdem der Vorschrift des § 898 unterliegen soll.

3. Vgl. §§ 1138, 1155, 1157 BGB.

§ 899.

In den Fällen des § 894 kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden.

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird.

1. Über die bisherige Geſetzgebung in Preußen und über den Standpunkt, den die Entwürfe eines BGB. einnahmen, vgl. Anm. I S. 185 f. und Anm. I S. 209 f.

2. Um beim Widerſtreite des Grundbuchinhalts mit der wirklichen Rechtslage den Anſpruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegen die Gefahren zu ſchützen, die ſich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) ergeben, iſt die Eintragung eines Widerſpruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zugelaſſen (§ 899 Abſ. 1). Dadurch wird in den Fällen, wo der Verpflichtete den Anſpruch auf Berichtigung beſtreitet oder unerfüllt läßt, der rechtliche Zuſtand des Grundſtücks oder Rechtes, der bei der Eintragung des Widerſpruchs vorhanden iſt, unverändert erhalten bis dahin, daß die Berichtigung tatſächlich erfolgt. Zu der Zwiſchenzeit ſoll der Verpflichtete verhindert werden, durch Verfügungen zugunſten eines Dritten, der auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertraut, den Berichtigungsanſpruch zu vereiteln oder zu beeinträchtigen. (Vgl. Einleit. S. 209.)

3. Widerſpruch und Vormerkung ſind vorläufige Eintragungen, die zur Vorbereitung einer endgültigen Eintragung dienen. Hieraus ergeben ſich namentlich für das Verfahren Ähnlichkeiten, die hier einen Hinweis auf das über die Vormerkungen Angemerkte als genügend erſcheinen laſſen. Anderſeits unterſcheiden ſich Widerſpruch und Vormerkung weſentlich dadurch, daß der erſte die Erhaltung eines beſtehenden Rechtes und die andere die Sicherung eines perſönlichen Anſpruchs auf Einräumung eines Rechtes bezweckt. Die ſich hieraus ergebenden Verſchiedenheiten in Vorausſetzung, Zweck und Wirkung beider ſind in Anm. I 3 b S. 188 mitgeteilt. Die Beſonderheiten des Widerſpruchs beſtehen darin: der Widerſpruch wirkt objektiv gegen jeden, deſſen Recht von der Berichtigung betroffen wird; eine gegen den Widerſpruch verſtoßende Veräußerung oder Belaſtung iſt gegenüber dem Widerſprechenden unwirkſam; der Rang des durch den Widerſpruch geſchützten Rechtes wird — vorbehaltlich der unter dem Schutze des § 892 erworbenen Rechte — nicht durch das Datum der Eintragung des Widerſpruchs, ſondern nach dem Zeitpunkte der Entſtehung des Rechtes beſtimmt. Wird der Widerſpruch nach der Eintragung eines neuen Rechtes aber vor der zu deſſen Begründung erforderlichen Einigung eingetragen, ſo behält das neue Recht den durch ſeine Eintragung gewonnenen Vorrang vor dem Widerſpruche (§ 879 Abſ. 2). Die Annahme, daß der Widerſpruch nicht nur für den, für den er eingetragen iſt, ſondern auch für andere Realberechtigte wirke (Planck Nr. 5 a zu § 899), findet im Geſetze keinen Anhalt (Dernburg SR. § 21 Nr. 7). Der Widerſpruch behält ſeine Wirkung im Konkurſe, da der Konkursverwalter nur beſtehendes Recht anzuerkennen hat (KO. § 43), nicht, wie bei der Vormerkung, durch ſeine Tätigkeit neues Recht am Konkursvermögen zu begründen hat (Prot. 3 S. 111). Die Eröffnung des Konkurſes hindert die Eintragung eines Widerſpruchs nicht. Im Konkurſe hat der Verwalter die Eintragung des Widerſpruchs zu bewilligen (Jaeger KO. Nr. 6 zu § 24).

4. Außer den in Anm. II S. 189 f. und in Anm. II 10 S. 222 erwähnten Fällen in denen Widerſprüche einzutragen ſind (GBO. §§ 18 Abſ. 2, 23 Abſ. 1, 76 Abſ. 1; ZPO. § 895), werden erwähnt: im BGB. der Widerſpruch wegen des Eigentums eines Dritten, durch deſſen Eintragung die Wirkung des Ausſchlußurteils gegen den Dritten ausgeſchloſſen wird (BGB. § 927 Abſ. 3), der Widerſpruch zur Erhaltung der Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek (§§ 1137, 1138, 1157), der Widerſpruch, wodurch der Lauf der Friſt für die Tabularerſitzung gehemmt wird (§ 900 Abſ. 1 Satz 3), der Widerſpruch zur Erhaltung der Anſprüche aus dem dadurch geſicherten Rechte gegen die Verjährung (§ 902 Abſ. 2), der bei einer Darlehns-Buch-Hypothek einzutragende Widerſpruch, der ſich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehns unterblieben ſei (§ 1139), der Widerſpruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregiſters (§ 1263 Abſ. 2); in der GBO. der von Amts wegen oder auf Anweiſung des Beſchwerdegerichts einzutragende Widerſpruch, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung geſetzlicher Vorſchriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden iſt (§§ 54, 71 Abſ. 2).

Steht nicht eine Berichtigung des Grundbuchs in Frage, sondern soll nur die unbefugte Verfügung des richtig eingetragenen Gläubigers über einen Grundschuldbrief durch Abtretung der Grundschuld an einen gutgläubigen Dritten verhindert werden, so kann die Sicherung gegen den eingetragenen Gläubiger nicht durch Vormerkung oder Widerspruch, sondern nur unter der Voraussetzung des Vorliegens der Erfordernisse eines Arrestes oder einer einstw. Verfügung durch einen Vermerk auf dem Grundschuldbrief erfolgen (RG. JW. 1901 S. 130 Nr. 35).

5. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich (BGB. § 1140 Satz 2). Im übrigen verhindert nur der im Grundbuch *eingetragene* Widerspruch die Berufung auf den Glauben des Grundbuchs (vgl. Anm. 8 S. 269 und unten Anm. 15.)

6. Durch die Eintragung des Widerspruchs wird das dadurch gesicherte Recht in seiner rechtlichen Natur, seinem Inhalt und Umfange nicht geändert, es wird so erhalten, wie es bisher bestand. Hat jemand sein Grundstück zum Scheine aufgelassen und demnächst einen Widerspruch zur Erhaltung seines Eigentumsrechts eintragen lassen, so bleibt er nach wie vor der nichteingetragene Eigentümer, und der Erwerber bleibt trotz des Widerspruchs der eingetragene Eigentümer. Auch wird ein Recht, das bisher als ein dingliches am Grundstücke noch nicht bestand, durch die Eintragung des Widerspruchs nicht zu einem solchen. Wird z. B. zur Erhaltung eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstück ein Widerspruch eingetragen, so kann dieser nur die Wirkung einer Vormerkung haben, sofern deren Voraussetzungen vorliegen; es liegt dann nur eine falsche Bezeichnung vor, welche die Eintragung nicht nichtig macht, sondern nur zur Berichtigung des Grundbuchs durch Ersetzung der falschen Bezeichnung durch die richtige führen kann. „Es kommt nicht darauf an, welchen Namen die Eintragung trägt und ob der Grundbuchrichter rechtsirrtümlich die Voraussetzungen des Widerspruchs statt der der Vormerkung (oder umgekehrt) für gegeben erachtet hat, wenn sich nur aus dem Inhalte der Eintragung ergibt, zur Sicherung welcher Art von Rechten sie dienen soll und der Sicherungszweck durch sie erreicht wird." Auch kommt es nicht darauf an, ob der Widerspruch an der richtigen Stelle im Grundbuch eingetragen ist; „denn die Vorschrift (der Landesgesetze GBO. § 1 Abs. 2) darüber, welche Eintragungen in die einzelnen Abteilungen gehören, sind wesentlich Ordnungsvorschriften, deren Verletzung materielle Nachteile für die Beteiligten nicht nach sich zieht." (RG. E. 55 S. 340; vgl. Wolff im Arch. f. Ziv. Pr. 91 S. 377, Rehbein 1 S. 136; a. M. Biermann WB. S. 154, SR. S. 69 Nr. 5, Fuchs 1 S. 109 Nr. 4, Seller Vormerk. S. 292 unter Hinweis auf das nach früherem Rechte ergangenen Urt. der RG. E. 4 S. 109). Endeman (2 S. 250 Nr. 6) schlägt vor, in zweifelhaften Fällen einen Widerspruch und eine Vormerkung nebeneinander einzutragen. (Dagegen Fuchs 1 S. 108 Nr. 4, Biermann WB. S. 155). Sekler (Vormerk. S. 290 f.) hält dies mit gewissen Einschränkungen für richtig.

7. Der durch Eintragung eines Widerspruchs Gesicherte gilt nicht als der eingetragene Berechtigte. Er ist nicht zur Auflassung legitimiert, und seine Zustimmung genügt nicht zur Löschung von Hypotheken (GBO. § 27). Ergibt sich, daß der als Berechtigter Eingetragene in Wirklichkeit nicht der Berechtigte ist, so muß zunächst das Grundbuch durch Eintragung des wahren Berechtigten berichtigt werden; erst durch seine Eintragung wird der wahre Berechtigte, abgesehen von den Ausnahmefällen des § 41 GBO., nach § 40 das. zur Auflassung und zur Zustimmung zur Löschung von Hypotheken berechtigt. (RG. JW. 26 S. A 250.)

8. Der Widerspruch, auch wenn er *vor* dem Rechte des betreibenden Gläubigers eingetragen ist, kann nicht als ein aus dem Grundbuch ersichtliches Recht gelten, das der Zwangsversteigerung entgegensteht; denn nicht der Widerspruch, sondern das dadurch geschützte Recht (das Eigentum) würde der Zwangsversteigerung entgegenstehen, dieses ist aber nicht

aus dem Grundbuch ersichtlich. Das Vollstreckungsgericht darf daher wegen eines eingetragenen Widerspruchs nicht nach § 28 ZVG. das Verfahren aufheben oder einstellen. Der Widersprechende muß sein Recht im Wege der Klage geltend machen und das Prozeßgericht kann die Einstellung der Zwangsversteigerung anordnen (ZPO. §§ 771, 769). (Biermann WB. S. 99.)

Bei der Feststellung des geringsten Gebots sind die durch Eintragung eines Widerspruchs gesicherten Rechte wie eingetragene zu berücksichtigen (ZVG. § 48). Auf Grund des Rechtes, an Stelle des eingetragenen Nichteigentümers als wirklicher Eigentümer eingetragen zu werden, muß vor Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens angeordnet oder herbeigeführt werden, widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt (das. § 37 Nr. 5). Der durch Widerspruch gesicherte Anspruch auf Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten und deshalb nicht erloschenen Hypothek muß, falls er in das geringste Gebot aufgenommen ist, von dem Ersteher übernommen und durch Wiedereintragung der Hypothek erfüllt werden, sobald der Berechtigte damit durchdringt, und, falls er außerhalb des geringsten Gebots liegt, durch Zahlung des Betrags der Hypothekenforderung nebst Zinsen aus dem Versteigerungserlöse bezw. durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf den Berechtigten befriedigt werden (das. §§ 45, 48, 49, 52, 53, 114. 117—120).

9. Durch die Eintragung des Widerspruchs wird keine Verfügungsbeschränkung bewirkt. Der vom Widerspruche Betroffene wird dadurch an einer widerstreitenden Verfügung nicht verhindert, aber der durch solche Verfügung Begünstigte muß das durch den Widerspruch gesicherte Recht gegen sich gelten lassen. Die Eintragung von Eigentumsübertragungen, Abtretungen, Belastungen, Löschungen zugunsten anderer Personen, als des durch den Widerspruch Gesicherten, darf nicht abgelehnt werden. Sie steht aber nur unter der Bedingung, daß der Berichtigungsanspruch nicht durchgeführt wird; sobald die Berichtigung erfolgt, ergibt sich, daß sie von Anfang an nichtig war und es muß ihre Aufhebung erfolgen (vgl. S. 201 f. Anm. 1, m), wobei § 22 GBO. Anwendung findet (Biermann WB. S. 123).

Von der Verfügungsbeschränkung unterscheidet sich der Widerspruch namentlich dadurch, daß durch die Eintragung des Widerspruchs nicht eine Beschränkung in der Verfügung über ein Recht, dessen Bestehen unangetastet bleibt, sondern das Nichtbestehen des Rechtes, gegen das sich der Widerspruch richtet, kundgegeben wird. Ferner dadurch, daß die Verfügungsbeschränkung zugunsten einer bestimmten Person außerhalb des Grundbuchs entsteht und besteht, daher auch ohne Eintragung gegen mit ihr bekannte Erwerber wirkt, und daß ihr durch die Eintragung nur Wirkung gegen mit ihr unbekannte Erwerber verliehen werden soll; während der Widerspruch nur durch seine Eintragung im Grundbuche besteht und zu wirken aufhört, sobald er daraus verschwindet. (Biermann WB. S. 101; vgl. auch Anm. 15.)

10. Da das durch den eingetragenen Widerspruch gesicherte Recht noch nicht ein im Grundbuch eingetragenes Recht ist und deshalb nicht an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt (RG. Rsp. 7 S. 396), so befreit sich der Leistungspflichtige nicht nach § 893 dadurch, daß er gutgläubig an den als seinen Gläubiger leistet, für den ein Widerspruch eingetragen ist (Biermann WB. S. 98).

11. Der durch Eintragung des Widerspruchs gesicherte Anspruch auf Eintragung als Eigentümer an Stelle des eingetragenen Nichteigentümers ist nicht abtretbar, weil das bestehende Eigentum, auf dem er beruht, nicht durch Abtretung, sondern nur durch Auflassung übertragen werden kann. Der Abtretung anderer Ansprüche steht nichts entgegen.

12. Daß der durch Widerspruch gesicherte Anspruch der Verjährung nicht unterliegt, ist im § 898 bestimmt.

Digitized by Google

13. Der Antrag, die Vorschriften der §§ 883 Abs. 2, 885, 886, 887 auf den Widerspruch für entsprechend anwendbar zu erklären, ist zwar gestellt, aber vor der Abstimmung zurückgezogen (Prot. VI S. 222 XIII). Beim Fehlen gleicher Bestimmungen für Widersprüche werden die Vorschriften in den §§ 885 Abs. 2, 886, 887 auch nicht auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfen (bezüglich des § 885 Abs. 2 a. M. Planck 3 S. 154 Nr. 4, Predari S. 186, Sekler Vormerk. S. 293, Biermann WW. S. 116; wie hier Frey in Lobes Zentrbl. 3 S. 560, Kretschmar 1 S. 126). Das KG. hält die Vorschrift des § 885 Abs. 2 auf die Eintragung eines Widerspruchs nicht für anwendbar und hat ausgesprochen: Bei der Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch müssen der Name desjenigen, für den er eingetragen wird, und der zu sichernde Berichtigungsanspruch miteingetragen werden. Die Bezugnahme auf eine Urkunde, aus welcher der Berechtigte und der zu sichernde Anspruch erst entnommen werden sollen, ist unwirksam. Eine hiergegen verstoßende und daher unwirksame Eintragung kann, wenn sie nicht nach §§ 54, 71 Abs. 2 GBO. von Amts wegen gelöscht wird, auf dem Beschwerdewege mit Erfolg angefochten werden. (KG. JW. 23 S. A 133.)

14. Über die Wirkung des Widerspruchs bestimmte Abs. 2 des § 844 Entw. 1., daß, soweit durch den Widerspruch der Richtigkeit des Grundbuchs widersprochen wird, die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs — Entw. 1 §§ 837 Abs. 1, 838; BGB. §§ 892, 893 — keine Anwendung finden. In den Motiven (III S. 239) wurde dazu bemerkt, daß durch die Eintragung des Widerspruchs das gefährdete Recht inhaltlich nicht verändert, sondern nur der Annahme, daß das Grundbuch die wirkliche Rechtslage bekunde, widersprochen werde. Müsse bei jedem, der ein auf die Erwerbung eines Rechtes an dem Grundstücke gerichtetes Rechtsgeschäft eingeht, die Kenntnis des Grundbuchs vorausgesetzt werden, so erscheine es auch nicht bedenklich, der demgemäß vorauszusetzenden Kenntnis des eingetragenen Widerspruchs die nämliche Wirkung beizulegen, wie einer Kenntnis der die Unrichtigkeit des Buches begründenden Tatsachen.

Die Vorschrift des Entw. I ist im § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB. beibehalten. Wer nach Eintragung des Widerspruchs ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte erwirbt, wodurch das durch den Widerspruch gesicherte Recht vereitelt oder beeinträchtigt würde, kann sich für seinen Erwerb nicht auf die Richtigkeit des Grundbuchs berufen, weil der Inhalt des Grundbuchs, soweit der Widerspruch reicht, nicht als richtig gilt.

Wenn auch durch die Eintragung des Widerspruchs die Vermutung, daß der Inhalt des Grundbuchs richtig sei, beseitigt wird, so gilt deshalb doch nicht der Inhalt des Grundbuchs als unrichtig, das durch den Widerspruch gesicherte Recht als richtig. Diese Folge tritt erst dann ein, wenn der Widersprechende nachweist, daß sein Recht begründet und daß das eingetragene Recht nicht begründet ist; denn der nur als vorläufige Eintragung wirkende Widerspruch wird erst dadurch endgültig wirksam, daß er sich als berechtigt erweist. (Biermann WW. S. 91.) Da durch die Eintragung des Widerspruchs ein Recht an dem Grundstück oder ein Recht an solchem Rechte nicht begründet, sondern nur gesichert wird, so steht dem Widersprechenden auch nicht der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892 zur Seite; auch der gutgläubige Widersprechende kann sich auf die Eintragung des Widerspruchs zum Nachweise des dadurch zwar gesicherten, aber nicht eingetragenen Rechtes nicht berufen. (Ebenso KG. Rsp. 7 S. 376.) Über den Rang des Widerspruchs vgl. S. 168 Nr. III 3.

15. Mit seiner Löschung im Grundbuche verliert der Widerspruch jede Wirkung, mag die Löschung vom Berechtigten, der seinen Berichtigungsanspruch aufgegeben hat, bewilligt sein oder infolge rechtskräftigen Urteils nach § 894 ZPO. als bewilligt gelten, oder mag die einstweilige Verfügung, durch welche die Eintragung des Widerspruchs angeordnet war, oder das vorläufig vollstreckbare Urteil des § 895 ZPO., auf dem die Eintragung beruht, durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben sein. Wenn es in den Prot. der 2. Les. (vgl. Anm. b S. 188) heißt, der Widerspruch wirke objektiv gegen jeden,

Digitized by Google

eine gegen den Widerſpruch verſtoßende Veräußerung oder Belaſtung ſei nichtig, ſo hat damit nur zur Unterſcheidung von der Vormerkung betont werden ſollen, daß nach Durchführung des Berichtigungsanſpruchs die gegen den Widerſpruch verſtoßenden Verfügungen des als Berechtigter Eingetragenen gegenüber dem Widerſprechenden wirkungslos ſind und daß es ihrer Anfechtung nicht bedarf; keineswegs ſollte damit geſagt werden, daß jene Verfügungen von Anfang an an einer Nichtigkeit leiden, die auch durch den Wegfall des Widerſpruchs nicht beſeitigt werde.

Auch wenn der Widerſpruch zu Unrecht gelöſcht iſt, kann er ſelbſt demjenigen Erwerber eines Rechtes gegenüber nicht geltend gemacht werden, dem die zu Unrecht erfolgte Löſchung bekannt war; nur die Kenntnis von dem Rechte des Widerſprechenden, alſo von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, ſteht dem Erwerber entgegen. Ein Widerſpruch kann, abgeſehen von den Fällen der §§ 18 Abſ. 2, 54, 71 GBO., zur Sicherung des gelöſchten Widerſpruchs nicht eingetragen werden, da der Widerſpruch nicht zu den Rechten und Verfügungsbeſchränkungen gehört, wegen deren im § 894 der Berichtigungsanſpruch gegeben iſt. Der Widerſpruch erlangt nur durch ſeine Eintragung rechtlich Exiſtenz und Wirkung. Es bedarf der Eintragung eines neuen Widerſpruchs, um den zu Unrecht gelöſchten Widerſpruch von neuem wirkſam zu machen. (Biermann WW. S. 96; a. M. Fuchs 1 S. 189 Nr. 7 Abſ. 3, Schilde S. 18, Planck Nr. 7 zu § 899).

Eine der in dem § 887 BGB. für die Vormerkung gegebenen entſprechende Vorſchrift, wonach die Wirkung des Widerſpruchs mit der Erlaſſung des gegen den unbekannten Gläubiger ergangenen Ausſchlußurteils erliſcht, fehlt. Einen Verſuch, zur Anwendung einer ſolchen zu gelangen, vgl. bei Schilde S. 81, dagegen Sekler Vorm. S. 294.

II. Hier ſoll nur kurz der Inhalt der Anmerkungen II 1—9 zu § 885 (S. 210 ff.) unter Angabe der beim Widerſpruch eintretenden Beſonderheiten wiederholt werden.

1. Der Widerſpruch wird auf die einſeitige Bewilligung des davon Betroffenen eingetragen, der Mitwirkung des Berechtigten bedarf es nicht. Durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (GBO. § 22) wird die Bewilligung, wie § 899 Abſ. 2 ergibt, nicht erſetzt (a. M. Biermann Nr. 2 d zu § 899). Auf Grund des § 14 GBO. kann der Berechtigte zwar die Berichtigung des Grundbuchs, aber nicht die Eintragung eines Widerſpruchs erlangen (Biermann daſ.).

Die Eintragung eines Widerſpruchs gilt als bewilligt, wenn durch ein vorläufig vollſtreckbares Urteil der Verpflichtete zur Abgabe der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erklärung verurteilt iſt (ZPO. § 895).

2. Auf die einſtweilige Verfügung, durch welche die Eintragung des Widerſpruchs angeordnet wird, finden ſämtliche, auch die materiell-rechtlichen Beſtimmungen der ZPO. (§§ 935 ff.) Anwendung, ſoweit ſie nicht für die Fälle modifiziert ſind, in denen ein Widerſpruch in Frage ſteht (vgl. ZPO. § 942 Abſ. 2; BGB. § 899 Abſ. 2 Satz 2). Die durch einſtw. Verfügung angeordnete Eintragung des Widerſpruchs erfolgt nicht nur auf Antrag der Partei, ſondern auch auf Erſuchen des Gerichts (ZPO. § 941). Vgl. im übrigen Anm. 2 S. 212 f.

Im Falle des § 1139 BGB. bedarf es zur Eintragung des Widerſpruchs weder der Bewilligung noch der Anordnung durch einſtw. Verfügung, ſondern es genügt der von dem Eigentümer vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek an das Grundbuchamt gerichtete Antrag.

In einigen Fällen iſt ein Widerſpruch von Amts wegen oder auf Anordnung des Beſchwerdegerichts einzutragen (GBO. § 18 Abſ. 2, § 23 Abſ. 1, §§ 54, 71 Abſ. 2, § 76).

3. Über die Gerichtszuſtändigkeit und das Verfahren vgl. Anm. 3 S. 213.

4. Für die Glaubhaftmachung des Berichtigungsanſpruchs gelten auch hier die allgemeinen Bemerkungen in Anm. 4 Abſ. 1 S. 214.

Digitized by Google

Es muß ein bereits bestehendes Eigentum oder dingliches Recht glaubhaft gemacht werden, ein persönlicher Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines solchen Rechtes genügt nicht.

5. Über die Vollziehung der einstw. Verfügung vgl. Anm. 5 S. 216 f.

6. Der Widerspruch wird in Preußen in Spalten 1—3 der II. Abt. eingetragen, wenn dadurch die Eintragung des Eigentums, einer Verfügungsbeschränkung oder eines dinglichen Rechtes, in den Spalten 1—4 der III. Abt., wenn dadurch die Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, in der Spalte 7 bei der betreffenden Post, wenn dadurch der Übergang des Gläubigerrechts ꝛc. gesichert werden soll. Soll später die endgültige Berichtigung des Grundbuchs an der Stelle des Widerspruchs erfolgen, so ist zum Widerspruche nur die erste Hälfte des Raumes zu verwenden und die rechte Hälfte für die Berichtigung des Grundbuchs frei zu lassen (A. Vf. v. 20. Nov. 1899 § 14). Der Eintragungsvermerk muß ersichtlich machen, gegen welche Unrichtigkeiten der Widerspruch sich richtet, zu wessen Gunsten er eingetragen ist und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft (KG. Rsp. 8 S. 109). Er kann etwa so lauten: „Widerspruch gegen die Eintragung des A als Eigentümers zugunsten des B, eingetragen auf Grund der einstw. Verfügung — oder der Eintragungsbewilligung — vom . . . am . . .“ Oder: „Widerspruch des A zur Erhaltung seines Rechtes auf Wiedereintragung der gelöschten Hypothek Nr. 10 — oder zur Erhaltung seines Rechtes, als Erwerber der Hypothek Nr. 12 eingetragen zu werden; oder zur Erhaltung seines Rechtes auf Löschung der Hypothek —, eingetragen usw.“ Betrifft der Widerspruch eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, über die ein Brief erteilt ist, so muß die Eintragung auf dem vorzulegenden Briefe vermerkt werden. Wird der Brief nicht vorgelegt, so ist die Eintragung abzulehnen (GBO. §§ 42, 62). Von dieser Regel sind jedoch in den §§ 42, 43, 54 GBO. Ausnahmen zugelassen, wonach es in gewissen Fällen für die Eintragung eines Widerspruchs der Vorlegung des Briefes nicht bedarf. Das Grundbuchamt hat dann den Besitzer des Briefes zur Vorlegung anzuhalten und nachträglich den Widerspruch auf dem Briefe zu vermerken (GBO. § 62 Abs. 2). Die Eintragung des Widerspruchs ist dem Antragsteller, dem eingetragenen Eigentümer und allen vom Widerspruche Betroffenen bekannt zu machen (GBO. § 55), also z. B. beim Widerspruche zur Erhaltung des Rechtes auf Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek ꝛc. auch den nach dieser Hypothek vor ihrer Löschung eingetragenen Berechtigten.

7. Mit der Abtretung des Rechtes auf eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld geht die durch die Eintragung des Widerspruchs erlangte Sicherung auf den Erwerber ohne weiteres über (BGB. §§ 401, 412)). Vgl. Anm. 7 S. 219 und Anm. 10 S. 309.

8. Die endgültige Berichtigung des Grundbuchs erfolgt mit der freiwillig erklärten oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Bewilligung dessen, gegen den sich der Widerspruch richtete (ZPO. § 894). Aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile findet, nachdem bereits ein Widerspruch eingetragen ist, eine weitere Eintragung nicht statt (ZPO. § 895). Erfolgt die Berichtigung des Grundbuchs durch die Eintragung des Berechtigten als Eigentümers des Grundstücks, so bedarf es nur der Zustimmung des Verpflichteten; Auflassung ist nicht erforderlich, weil die Eintragung nicht Erwerb neuen, sondern Erhaltung bereits bestehenden Eigentums bezweckt. Das gegen den Verpflichteten ergangene rechtskräftige Urteil wirkt auch gegen seinen Rechtsnachfolger, wenn nach der Eintragung des Widerspruchs die Rechtsnachfolge eingetreten ist, weil dann die Vorschriften zugunsten derer, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (BGB. §§ 892, 893), keine Anwendung finden. Die vollstreckbare Ausfertigung ist auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen. Ist kein Widerspruch oder ist der Widerspruch erst nach Eintritt der Rechtsnachfolge eingetragen, so muß der Berechtigte Klage gegen den Rechtsnachfolger auf Erteilung der Vollstreckungsklausel mit dem Nachweis erheben, daß dieser zur Zeit seines Erwerbs die Rechtshängigkeit gekannt hat. (ZPO. §§ 325, 727, 730, 731 nebst Begr.) Vgl. auch Anm. 8 S. 219.

Digitized by Google

9. Der Widerſpruch wird gelöſcht auf Bewilligung (erteilte oder durch Urteil nach § 894 ZPO. erſetzte) deſſen, der dadurch geſichert iſt, oder auf Vorlegung einer vollſtreckbaren Entſcheidung, wodurch die einſtw. Verfügung aufgehoben iſt (GBO. § 25). Der Zuſtimmung des Eigentümers bedarf es nicht, weil dieſer aus dem Widerſpruche keine Rechte für ſich herleiten kann. Vgl. auch Anm. 9 Abſ. 1, 3, 4 S. 221 f. Ein Widerſpruch (z. B. bei einer Hypothek) kann nicht im Beſchwerdeweg, auch nicht dergeſtalt beſeitigt werden, daß gegen ihn ein fernerer Widerſpruch eingetragen wird (KG. JW. 21 S. A 147, RJA. 4 S. 48, Dernburg SR. § 51 Nr. 61; a. M. Biermann WW. S. 83, Planck 3 S. 146, Fuchs 1 S. 185 Nr. 2). Auch gegen eine Vormerkung (KG. RJA. 4 S. 66) und gegen den Zwangsverſteigerungsvermerk (KG. JW. 26 S. A 79) kann ein Widerſpruch nicht eingetragen werden. Zum Schutze eines Widerſpruchs oder einer Vormerkung kann ein Widerſpruch oder eine Vormerkung nach §§ 18 Abſ. 2, 54, 71 GBO. eingetragen werden (vgl. Bd 2 Anm. III 2 zu § 18 GBO.).

In den Fällen der §§ 18 und 76 GBO. wird der Widerſpruch von Amts wegen gelöſcht. Vgl. Anm. 10 S. 222.

10. Eine dem § 888 BGB. entſprechende Vorſchrift iſt für Widerſprüche nicht gegeben. Da die gegen den Widerſpruch verſtoßende Veräußerung und Belaſtung dem Widerſprechenden gegenüber unwirkſam iſt (vgl. Anm. b S. 188), kann dieſer die Aufhebung der Eintragung des Eigentumsübergangs und die Löſchung der eingetragenen Belaſtungen zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894). Iſt nach Eintragung des Widerſpruchs das Grundſtück von dem eingetragenen Nichteigentümer einem Dritten aufgelaſſen, ſo kann das gegen den Nichteigentümer ergangene Urteil, wonach dieſer ſeine Zuſtimmung zu der Eintragung des wirklichen Eigentümers an ſeiner Stelle zu erteilen hat, gegen den Dritten als Rechtsnachfolger für vollſtreckbar erklärt und auch gegen dieſen die Berichtigung des Grundbuchs erzwungen werden (ZPO. §§ 325, 727, 730).

11. In beſchränkter Weiſe kann durch einſtw. Verfügung allein, ohne Eintragung eines Widerſpruchs, das Recht des wahren Eigentümers gegen den eingetragenen Nichteigentümer erhalten werden. Die einſtw. Verfügung des Prozeßrichters, wodurch demjenigen, der ein Grundſtück erwerben will, die weitere Verfügung darüber zugunſten eines Dritten unterſagt wird, erhält, ohne daß es dazu der Eintragung eines Widerſpruchs bedarf, dem durch die einſtw. Verfügung Geſicherten das ihm gegen den eingetragenen Eigentümer zuſtehende Anfechtungsrecht auch gegen den neuen Erwerber. Dieſer wird durch das an ihn erlaſſene gerichtliche Verbot zwar nicht verhindert, das Grundſtück mittels Auflaſſung zu erwerben, aber, da die einſtw. Verfügung den Zweck und die Wirkung hat, zu verhüten, daß durch eine Veränderung des beſtehenden Zuſtandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder weſentlich erſchwert werde (ZPO. § 935), hat dieſer Erwerbsakt keine Veränderung des bisherigen Rechtszuſtandes zum Nachteile des durch die einſtw. Verfügung Geſicherten hervorbringen können. Dem letzteren wird durch die nach Zuſtellung der einſtw. Verfügung erfolgte Auflaſſung des Grundſtücks an den neuen Erwerber das Eigentum, falls es ihm damals zuſtand, nicht entzogen, der Erwerber hat ihm gegenüber unanfechtbares Eigentum nicht erworben, wenn ſolches nicht ſchon dem Auflaſſenden zuſtand. Der neue Erwerber iſt infolge der einſtw. Verfügung, wodurch das Grundſtück zwiſchen ihm und dem dadurch Geſicherten zunächſt proviſoriſch litigios wurde, alſo verhindert, ſich auf ſeinen redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs zur Zeit der Auflaſſung zu berufen. (RG. V. 112. 1886.) Aber nur gegen den Erwerber, gegen den die einſtw. Verfügung gerichtet wird, iſt dieſe wirkſam. Belaſtet oder veräußert der Erwerber nach ſeiner Eintragung als Eigentümer das Grundſtück, ſo bleibt ſie gegen den neuen Berechtigten nur unter den Vorausſetzungen des § 892 BGB. wirkſam.

Digitized by Google

§ 900.

Wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat, erwirbt das Eigentum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend.

I. 1. Nach dem PALR. konnte selbst gegen den eingetragenen Eigentümer von einem anderen ein Grundstück durch Besitzverjährung erworben werden (OTrib. E. 34 S. 128; RG. E. 15 S. 228, Bd 27 S. 199). War der als Eigentümer Eingetragene nicht der wahre Eigentümer und nicht im Besitze des Grundstücks, so konnte der, welcher von ihm das Grundstück erworben und auch für sich die Eintragung erlangt hatte, ein Recht auf das Grundstück gegen den besitzenden wahren Eigentümer nicht geltend machen (OTrib. E. 27 S. 287). Hierin trat eine Änderung ein, als durch das EigG. v. 1872 der Eintragung des Eigentümers die Bedeutung eines Erwerbsakts beigelegt wurde. „So lange der eingetragene Eigentümer am Leben ist — heißt es in den Motiven, Werner 2 S. 18 — kann nur er Eigentümer sein; sein Eigentum kann auf einen anderen nur durch Eintragung übergehen. Außerhalb des Grundbuchs und neben demselben darf es kein Eigentum geben. Nur in Fällen, wo Eigentum ohne Eintragung erworben wird, also im Falle der Vererbung, ist eine Ersitzung gegen den Erben, der sich nicht hat eintragen lassen, möglich." Der § 6 EigG. bestimmte dementsprechend: „Gegen den eingetragenen Eigentümer findet ein Erwerb des Eigentums an dem Grundstücke durch Ersitzung nicht statt." Die Ersitzung wurde hierdurch nicht als Eigentumserwerbsart bei Grundstücken oder im Grundbuch eingetragenen Grundstücken überhaupt, sondern nur gegen den eingetragenen Eigentümer ausgeschlossen (RG. E. 27 S. 199). Der Erwerb durch Ersitzung war demnach noch möglich, wenn ein eingetragener Eigentümer nicht existierte, weil das Grundstück in das Grundbuch noch nicht aufgenommen war (RG. V. 346. 91), oder wenn der als Eigentümer Eingetragene gestorben und deshalb nicht mehr Eigentümer war (RG. E. 27 S. 199), oder wenn der als Eigentümer Eingetragene rechtlich nicht als der eingetragene Eigentümer gelten konnte, weil das Grundstück auf verschiedenen Blättern stand, auf deren einem der Ersitzende und auf deren anderem derjenige als Eigentümer eingetragen war, gegen den sich die Ersitzung richtete (RG. E. 39 S. 256), oder weil der als Eigentümer Eingetragene sein Eigentum auf Grund eines sonstigen nicht an die Eintragung geknüpften Eigentumserwerbs eines anderen (Zuschlagsurteil, Enteignung, Veräußerung vor dem 1. Oktober 1872) verloren hatte (Förster-Eccius 3 § 177 Anm. 15). Da dem § 6 EigG. keine rückwirkende Kraft beigelegt war, behielt die vor dem 1. Oktober 1872 vollendete Ersitzung ihre Wirkungen (RG. E. 15 S. 256). Dagegen konnte die bis zu diesem Zeitpunkte noch nicht vollendete Ersitzung nachher nicht fortgesetzt und vollendet werden (RG. JWBl. 1887 S. 9, E. 15 S. 256, Bd 27 S. 199, Gruch. 41 S. 1050). — Eigentümlich gestaltete sich die Ersitzung der dinglichen Rechte der II. Abt. des Grundbuchs infolge der Bestimmung des § 12 E.gG. wonach nicht zur Begründung dieser Rechte ihre Eintragung in das Grundbuch erforderlich war, sondern nur ihre Wirksamkeit gegen Dritte von der Eintragung abhing. Daraus wurde gefolgert, daß die Ersitzung eines dinglichen Rechtes möglich sei, wenn sie gegen denselben Eigentümer anfange und vollendet werde, und daß von diesem Eigentümer auch die Bewilligung der Eintragung des ersessenen Rechtes verlangt und mit der Eintragung dessen Wirksamkeit gegen Dritte erlangt werden könne. (Turnau I S. 689 Anm. 10.) Dagegen konnte von einer Ersitzung des Rechtes der Hypothek und der Grundschuld nach wie vor nicht die Rede sein, da dieses Recht nur durch die Eintragung in das Grundbuch zur Entstehung kam (ALR. I. 20 § 411; EigG. § 18).

2. Der Entw. I. des BGB. lehnte die Aufnahme einer die Ersitzung des Grundeigentums zulassenden Bestimmung ab und legte seinem Schweigen die Bedeutung bei, daß Grundstücke, gebuchte und ungebuchte, in Zukunft nicht mehr ersessen werden könnten. Auch die sog. Tabularersitzung (nach Art der im § 1467 des österreich. Gesetzbuchs und im Art. 27 des großherz. hessischen Ges. v. 21. Februar 1852 vorgesehenen) wurde von der 1. Komm. abgewiesen. (Mot. III S. 306—312.)

3. Bei der 2. Lesung wurden zwei Anträge gestellt, welche die sog. Tabularersitzung ermöglichen sollten. Man faßte zunächst folgenden Fall ins Auge: „Wenn jemand fälschlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist und das Grundstück 30 Jahre im Besitze gehabt hat, so würde sowohl der Eigentumsanspruch als auch der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers verjährt sein. Es würde also ein dominium sine re entstehen." Die Komm. erachtete es für wünschenswert, eine Beseitigung des dominium sine re zu ermöglichen. Dem Antrage wurde der Vorzug gegeben, wonach der eingetragene Besitzer ohne Aufgebot nach 30 Jahren erwerben sollte, weil er, indem er einen originären Erwerbsgrund des Eigentums schaffe, auch den Nutzen habe, daß der wirkliche Eigentümer Einreden aus einem etwaigen Mangel seines Erwerbes nach dreißigjährigem Besitz zurückweisen könne, und das mißliche Zurückgreifen auf lange Zeit zurückliegende Eigentumserwerbsakte vermieden werde. (Prot. III S. 192—194.)

Der Antrag, daß die für den Eigentumserwerb angenommene Bestimmung auch auf Dienstbarkeiten zu erstrecken sei, wurde angenommen. Es soll der Eigentümer des Grundstücks, zu dessen Vorteil eine in Wirklichkeit nicht bestehende Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist, die Dienstbarkeit erwerben, wenn sie während eines Zeitraums von 30 Jahren eingetragen und ausgeübt ist und zwar mit dem Range der Eintragung. Es wurde erwogen: „Sei eine in Wirklichkeit nicht bestehende Servitut in das Grundbuch eingetragen, so verjähre, wenn der Eintrag 30 Jahre bestanden habe, die Negatorienklage des Eigentümers. Mit der Verjährung der Negatorienklage des Eigentümers des dienenden Grundstücks müsse nun aber der Erwerb der Grundgerechtigkeit durch Tabularersitzung Hand in Hand gehen, weil sonst das ganz unhaltbare Verhältnis eintreten würde, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks zwar die Abweisung der negatorischen Klage des Eigentümers des dienenden Grundstücks erlangen, gegen diesen jedoch nicht mit der konfessorischen Klage auf Gestattung der Ausübung der Grundgerechtigkeit durchdringen würde. Abgesehen hiervon spreche auch die Vermutung dafür, daß eine im Grundbuch eingetragene Servitut zu Recht bestehe (BGB. § 891), und es sei nicht angezeigt, wenn der Eintrag während 30 Jahre bestanden habe, etwaige Mängel des Begründungsakts zum Gegenstand einer Erörterung unter den Parteien zu machen. Die Anerkennung eines Erwerbes von Servituten durch Tabularersitzung habe nicht den Zweck, nicht bestehende Servituten neu zu schaffen, sondern den Zweck, Servituten, die infolge ihrer Eintragung die Vermutung der Rechtmäßigkeit ihrer Begründung für sich haben, mit rückwirkender Kraft als vom Zeitpunkte der Eintragung ab zu Recht bestehend zur Anerkennung zu bringen." (Prot. III S. 307 III.) Es wurde auch der Antrag angenommen, eine entsprechende Vorschrift für den Nießbrauch aufzustellen, weil die Fälle des Erwerbes eines Nießbrauchs durch Tabularersitzung, wenn auch sehr selten, doch immerhin denkbar seien. (Prot. III S. 384 IV.) Dagegen wurde der Antrag, die Tabularersitzung einer Hypothek mit der Wirkung einzuführen, daß der seit 30 Jahren im Grundbuch eingetragene Gläubiger einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Hypothek diese erwerbe, abgelehnt (Prot. III S. 546 IV) und der Antrag, eine Vorschrift aufzunehmen, wonach der, zu dessen Gunsten eine in Wirklichkeit nicht bestehende Reallast im Grundbuch eingetragen sei, das Recht aus der Reallast mit dem Range ihrer Eintragung erwerbe, wenn sie 30 Jahre lang eingetragen gewesen und entrichtet worden sei, zurückgezogen (Prot. III S. 735 V).

Nachdem es der Redaktionskommission gelungen war, die beschlossenen Einzelvorschriften zu allgemeinen, alle in Frage stehenden Rechte umfassenden Vorschriften zusammenzufassen, wurden sie in der Fassung des § 900 BGB. angenommen (Prot. IV S. 588).

II. 1. Das BGB. läßt die Ersitzung als Erwerbsart für das Eigentum und für Rechte an Grundstücken ausschließlich in den Fällen des § 900 zu. Im Falle des § 927 wird das Eigentum nicht durch Ersitzung, sondern durch Eintragung dessen als Eigentümers erworben, der das Ausschlußurteil erwirkt hat. Im übrigen ist im BGB. der Standpunkt des Entw. I, daß Grundstücke nicht mehr ersessen werden können, beibehalten (vgl. Anm. 2 S. 314). Für die Unterscheidung, die früher danach gemacht wurde, ob das Grundstück in das Grundbuch aufgenommen war oder nicht und ob erstenfalls der als Eigentümer Eingetragene noch der Eigentümer des Grundstücks war oder nicht (vgl. Anm. I 1 S. 314), ist jetzt kein Raum mehr.

2. Der Erwerb des Eigentums durch Tabularersitzung erfordert, daß der Ersitzende **dreißig Jahre hindurch als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen gewesen ist** — eine Eigentumsvormerkung genügt nicht; Sekler S. 159 Nr. II 2, Cosack § 181 Nr. I 2 S. 45 — und während dieser 30 Jahre das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt (§ 872). Der

Digitized by Google

Eigenbesitz kann auch ein mittelbarer sein, wenn nämlich ein anderer die Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er dem Eigenbesitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868). Solange der als Eigentümer Eingetragene den Eigenbesitz nicht hat, kann die Ersitzung nicht beginnen, mag er auch als Nießbraucher, Pächter ꝛc. das Grundstück tatsächlich mit dem Rechte zum Besitz in seiner Gewalt haben. Von weiteren Erfordernissen, als den im § 900 Abs. 1 angegebenen, ist die Ersitzung nicht abhängig gemacht. Insbesondere ist sie nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben gewesen ist oder wenn er später erfahren hat, daß ihm das Eigentum nicht zusteht. Der Abs. 2 des § 937, der in solchem Falle die Ersitzung bei beweglichen Sachen ausschließt, gehört nicht zu den Vorschriften über die Art und Weise, wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache berechnet wird; nur diese (§§ 938—944) sollen aber bei der Tabularersitzung zur Anwendung kommen (§ 900 Abs. 1 Satz 2). Auch bedarf es des Nachweises eines Erwerbsaktes nicht. Eine Ergänzung erhalten die Vorschriften über die Berechnung der Frist durch die Bestimmung im Abs. 1 Satz 3 des § 900, wonach der Lauf der Frist gehemmt ist, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung des Eigentümers nach § 899 im Grundbuch eingetragen ist. Das BGB. unterscheidet zwischen Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung. Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist (§§ 202—204) oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207[1] entgegenstehen (§ 939). Tritt die Hemmung durch Eintragung des Widerspruchs vor Beginn der Ersitzung ein, so kann die Ersitzung also erst in dem Zeitpunkt anfangen, wo der Widerspruch gelöscht wird. Tritt sie später ein, so wird der Zeitraum, während dessen der Widerspruch eingetragen war, in die dreißigjährige Ersitzungsfrist nicht eingerechnet (§ 205); die Ersitzungsfrist verlängert

[1] **§ 202.** Die Verjährung ist gehemmt, solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage sowie auf die nach § 770 dem Bürgen und nach den §§ 2014, 2015 dem Erben zustehenden Einreden.

§ 203. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist.

Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird.

§ 204. Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder und von Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses.

§ 205. Der Zeitraum, währenddessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

§ 206. Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist.

§ 207. Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

sich solchenfalls um diesen Zeitraum (§§ 187, 188). Der erst nach Vollendung der Ersitzung eingetragene Widerspruch ist unwirksam. Wird die Ersitzung *unterbrochen* (§§ 940, 941), so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen (§ 942). Die Unterbrechung der Ersitzung nach § 941 tritt jedoch nur zugunsten dessen ein, der sie herbeiführt; die Eigentumsansprüche eines anderen werden dadurch nicht erhalten (§ 941). Gelangt das Grundstück durch Rechtsnachfolge in den Eigentumsbesitz eines Dritten und wird dieser als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so kommt ihm die während des Besitzes und des Eingetragenseins des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit zustatten (§ 943). Der Dritte setzt die Ersitzung seines Rechtsvorgängers auch dann fort, wenn er beim Erwerbe gewußt oder später erfahren hat, daß dem Rechtsvorgänger das Eigentum nicht zustehe; denn war ihm dies nicht bekannt, so hat er das Eigentum am Grundstücke durch Rechtsgeschäft auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) sofort erworben, ohne der Ersitzung zu bedürfen. Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt auch dem Erben zustatten (§ 944), und zwar auch dann, wenn dieser nicht als Eigentümer eingetragen ist (Biermann SR. Anm. 2 zu § 900). Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an dem Grundstücke vor dem Beginne der Ersitzung begründeten Eigentumsrechte Dritter. Die Ersitzung geht nur so weit, als Besitz und Eintragung sich decken; sie findet nicht statt, soweit der Besitz hinter der Eintragung und als die Eintragung hinter dem Besitze zurückbleibt (vgl. Kohler im A. f. ziv. Pr. 87 S. 293).

3. *Ein im Grundbuch eingetragenes anderes Recht* erwirbt der eingetragene Berechtigte, wenn seine Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Recht als sein eigenes ausgeübt hat. Nur solche Rechte sind aber ersitzungsfähig, die entweder zum Besitze des Grundstücks berechtigen oder deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. (§ 900 Abs. 2.) Jenes trifft zu bei dem *Erbbaurecht* (§ 1017 Abs. 2, 985) und dem *Nießbrauche* (§ 1036), dieses bei der *Grunddienstbarkeit* (§§ 1027, 1029) und den *beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten* (§§ 1090 Abs. 2, 1027, 1029), beides bei dem als persönliche Dienstbarkeit bestellten *Wohnungsrechte* (§ 1090 Abs. 2 in Verb. mit §§ 1027, 1029, § 1093 in Verb. mit § 1036); keines von beiden trifft zu bei dem Vorkaufsrechte, den Reallasten, den Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (vgl. Anm. I 3 S. 315). Bei Grunddienstbarkeiten ersetzt die Ausübung den Besitz (§ 1029). Es braucht nur die Ausübung am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit nachgewiesen zu werden (§ 938). Sache des Einwandes ist der Nachweis, daß die Ausübung in dieser Zeit nicht alljährlich erfolgt ist (Planck Nr. 4 b zu § 900). Durch die Ersitzung wird das Recht mit dem Range erworben, der ihm nach seiner Eintragung im Grundbuche gemäß § 879 gebührt (§ 900 Abs. 2 Satz 2). Der Lauf der Ersitzungsfrist ist auch hier gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung des Rechtes im Grundbuch eingetragen ist. Im übrigen findet das in Anm. 2 Gesagte entsprechende Anwendung.

4. Ein Fall des § 900 Abs. 1 liegt vor, wenn der als Testamentserbe eingetragene Eigentümer das Nachlaßgrundstück 30 Jahre lang im Eigenbesitze gehabt hat und dann ein jüngeres Testament aufgefunden wird, woraus sich ergibt, daß nicht der Eingetragene, sondern ein anderer der wirkliche Erbe ist (vgl. §§ 2253 ff.).

5. *Die Tabularersitzung* bildet in *Preußen* eine Erwerbsart auch für das *Bergwerkseigentum* (vgl. Begr. des Art. 37 Entw. e. AG. z. BGB. Nr. 1 Abs. 4).

6. Der Erwerb des Eigentums eines Grundstücks, der sich durch vollendete Ersitzung bis dahin, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach den bisherigen Gesetzen vollzogen hat, wird durch die neue Gesetzgebung nicht berührt (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1). Nach Anlegung des Grundbuchs tritt das BGB. in Kraft. Da dieses den Erwerb des Eigentums an Grundstücken durch Ersitzung nur unter den Voraussetzungen des § 900 Abs. 1 zuläßt, kann die nach den bisherigen Gesetzen (vgl. Anm. I 1) in Lauf gesetzte Ersitzung

seit dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr nach den bisherigen Gesetzen, sondern nur dann vollendet werden, wenn die Bedingungen des § 900 Abs. 1 erfüllt sind. Wenn jedoch bei der laufenden Ersitzung alle Erfordernisse des bisherigen Rechtes (auch der gute Glaube des Ersitzenden) vorlagen und der Besitzer des Grundstücks ist oder wird bei oder sofort nach der Anlegung des Grundbuchs als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so setzt sich die bisherige Ersitzung als Tabularersitzung fort und vollendet sich unter Anrechnung der bereits verstrichenen Ersitzungszeit nach § 900 Abs. 1 in dreißig Jahren (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 2 in Verb. mit Art. 169; vgl. die Vorbem. 3 I S. 93). Ist also in einem landrechtlichen Teile Preußens, wo das Grundbuch seit dem 1. Januar 1900 als angelegt anzusehen ist, jemand seit zehn Jahren gutgläubig in vollständigem Besitze des Grundstücks gewesen und war er bereits als dessen Eigentümer eingetragen, so erwirbt er das Eigentum des Grundstücks im Jahre 1920. War oder ist die Eintragung des Besitzers als Eigentümers am 1. Januar 1900 nicht erfolgt, so beginnt erst von der Eintragung an die dreißigjährige Ersitzung nach § 900 Abs. 1. Wenn Fuchs (1 S. 191 Nr. 5) meint, weil nach § 6 EigG. die Ersitzung nur an ungebuchten Grundstücken statthaft gewesen sei, könne sie sich jetzt nicht vollenden, so ist damit die Bedeutung des § 6 verkannt, der nur die Ersitzung *gegen* den eingetragenen Eigentümer abschneidet (RG. E. 27 S. 202, JWBl. 1891 S. 157).

Der Art. 128 EG. z. BGB. kommt in *Preußen* nicht zur Anwendung (vgl. S. 274).

§ 901.

Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist. Das Gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

1. Im Entw. I war eine dem § 901 entsprechende Bestimmung nicht vorgeschlagen. Nachdem in 2. Lesung zunächst Sonderbestimmungen über das Erlöschen einer nicht eingetragenen Grundgerechtigkeit, eines nicht eingetragenen Nießbrauchs, einer nicht eingetragenen oder mit Unrecht gelöschten Hypothek und Reallast durch Verjährung angenommen waren, wurde eine von der Redaktionskommission vorgeschlagene allgemeine, sämtliche in Frage stehenden Rechte umfassende Vorschrift in der Fassung des § 901 angenommen (Prot. III S. 327 VII, S. 412 X, S. 620 VIII, S. 738 XIII, Bd IV S. 588). Es soll damit „der Widerspruch zwischen dem formalen Rechte und der Möglichkeit, dasselbe tatsächlich geltend zu machen, beseitigt werden".

2. *Der Satz 1 des § 901 betrifft alle Rechte an einem fremden Grundstücke* (also nicht das Eigentum), die der Eintragung bedurften, auch eingetragen waren, aber aus irgend einem Grunde mit Unrecht gelöscht und deshalb nicht erloschen sind. Ist z. B. die Löschung ohne die nach § 875 erforderliche Aufhebungserklärung des Berechtigten oder im Falle des § 876 ohne die Zustimmung des Dritten oder bei einer Hypothek ꝛc. ohne die Zustimmung des Eigentümers (§ 1183) erfolgt oder ist die Erklärung bezw. Zustimmung von vornherein nichtig gewesen oder infolge von Anfechtung nichtig geworden, ist also einem Erfordernisse der Aufhebung des eingetragenen Rechtes nicht genügt, so ist die Aufhebung des Rechtes durch die Löschung nicht eingetreten, sondern dieses besteht als Recht am Grundstücke fort. Durch die mit Unrecht erfolgte Löschung wird das Grundbuch unrichtig. Gegen den Eigentümer des mit dem gelöschten Rechte belasteten Grundstücks entsteht durch die unberechtigte Löschung der materiell-rechtliche konfessorische Anspruch auf Anerkennung des Fortbestehens des gelöschten Rechtes und auf Herstellung des diesem Anspruch entsprechenden Zustandes des Grundbuchs durch Bewirkung der Wiedereintragung des gelöschten Rechtes. Ist dieser der Verjährung nicht entzogene Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt, so erlischt das gelöschte Recht selbst. Die Löschung genügt nicht, um die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen, sondern der Beginn der Frist bestimmt

sich nach den §§ 198 ff., wobei aber zu berücksichtigen ist, daß der Lauf der Frist nach § 902 nicht beginnen kann, bevor das Recht gelöscht ist (Wolff in A. f. ziv. Pr. 91 S. 372, Planck Nr. 2 zu § 901). Ist aber das Recht selbst erloschen, so ist damit das Grundbuch richtig geworden und es fehlt zur Berichtigung des Grundbuchs die notwendige Voraussetzung. Mit dem Erlöschen des Rechtes geht daher auch der formelle Berichtigungsanspruch des § 894 unter: dieser verjährt nicht etwa — das ist durch § 898 ausgeschlossen —, sondern er stirbt an Entkräftung infolge mangelnden Inhalts. (Vgl. die Anm. zu § 898 S. 305 f.) Über die Anspruchsverjährung vgl. Anm. II 1 S. 321 und über die Verjährung der zu Unrecht gelöschten Reallastberechtigung S. 321.

Der Fortbestand des mit Unrecht gelöschten Rechtes kann nicht gegen den geltend gemacht werden, der in der Zeit zwischen der Löschung und der Wiedereintragung des Rechtes oder der Eintragung eines Widerspruchs das Eigentum oder ein dingliches Recht am Grundstück ohne Kenntnis von der mit Unrecht erfolgten Löschung erwirbt (§ 892).

Durch Wiedereintragung des Rechtes wird die Verjährung unterbrochen, ebenso durch Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung (vgl. 322 Anm. 3).

3. Kraft besonderer Bestimmungen können Rechte an einem Grundstück erlöschen, obwohl sie im Grundbuch eingetragen sind, nämlich die Grunddienstbarkeit und die persönliche beschränkte Dienstbarkeit unter der Voraussetzung, daß der Anspruch auf Beseitigung der auf dem belasteten Grundstück errichteten, die Dienstbarkeit beinträchtigenden Anlage verjährt ist (§§ 1028, 1090 Abs. 2.).

4. Zu den Rechten, die kraft Gesetzes an einem fremden Grundstück entstehen und nach Satz 2 des § 901 durch Verjährung des Anspruchs des Berechtigten gegen den Eigentümer erlöschen, gehören der Nießbrauch im Falle des § 1075 und die Sicherungshypothek in den Fällen des § 1287 BGB. und des § 848 Abs. 2 ZPO. (vgl. Anm. 4 S. 275). Die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten gehören nicht hierher, weil sie nicht in das Grundbuch eingetragen werden (BGB. §§ 914, 917 Abs. 2; a. M. Dernburg SR. § 49 Anm. 21). Überhaupt findet der Satz 2 des § 901 nicht Anwendung auf Rechte, die nicht eintragungsfähig sind, wie die öffentlichen Abgaben und Lasten, wozu jedoch die Ablösungsrenten in Preußen nicht gehören (vgl. S. 276 Nr. 5), und das Nutznießungsrecht des Ehemannes und Vaters (§§ 1363, 1649): die gütergemeinschaftlichen Rechte können dagegen eingetragen werden (§§ 1438 Abs. 3, 1519, 1549).

§ 902.

Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind.

Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich.

Nach § 194 BGB. unterliegt das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), der Verjährung. Selbstverständlich — im § 154 Entw. I war dies durch Hinzufügung der Worte „sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt" ausdrücklich ausgesprochen — gilt diese Regel nur so weit, als das BGB. keine Ausnahme zuläßt. Zu einer erheblichen Ausnahme nötigt die Grundbucheinrichtung. Sie ist im § 902 enthalten: Die Ansprüche aus eingetragenen und solchen Rechten, wegen deren ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§§ 899, 894), sind unverjährbar.

1. A. Nach dem PALR. I 9 § 511 konnten Rechte und unbewegliche Sachen, die in das Hypothekenbuch eingetragen waren, durch den bloßen Nichtgebrauch nicht erlöschen (vgl. auch ALR. I 18 §§ 657—659, 812, I 20 §§ 534, 535, 648, I 22 § 49, II 4 § 123). Die Anwendung dieses Grundsatzes auf das Eigentum wurde in der Praxis verneint (OTrib. E. 34 S. 128. Bd 69 S. 90, RG. E. 27 S. 201). Gegen diese Praxis richtet

sich § 7 Abs. 2 Satz 1 des PEigG. v. 1872 mit dem Satze: gegen die Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers steht dem Beklagten die Einrede der Verjährung nicht zu. Den Grundsatz des § 511 I 9 ALR. sprachen inbezug auf eingetragene dingliche Rechte auch die Gesetze aus, durch welche die Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872 auf gemeinrechtliche Gebiete Preußens übertragen wurden (vgl. die G. üb. d. Grundbuchwesen für Neuvorpommern und Rügen § 7, Schleswig-Holstein § 30, Hannover § 9, Kassel § 7, Ehrenbreitstein § 6, Hohenzollern § 4 ꝛc.).

B. 1. Der § 847 Entw. I unterschied sich nur in der Fassung von dem § 902 BGB., indem er bestimmte: „Die in eingetragenen oder vorgemerkten Rechten an einem Grundstücke oder an einem Rechte an einem Grundstücke sich gründenden Ansprüche des Berechtigten oder des Erben desselben unterliegen nicht der Verjährung. Diese Vorschrift findet keine Anwendung bei Ansprüchen auf Schadensersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen." Die der Verjährung nicht unterliegenden Ansprüche sind im § 902 mit dem kürzeren Ausdrucke „die Ansprüche aus eingetragenen Rechten" bezeichnet. Damit, daß auch die Rechte eines *nicht eingetragenen Erben* nicht verjährbar sind, war man bei der 2. Lesung einverstanden, man hielt aber für unnötig, dies besonders auszusprechen, weil es durch die Fassung des § 902 Satz 1 hinreichend deutlich zum Ausdrucke gebracht sei (Prot. III S. 117 V; über die Gründe vgl. Mot. III S. 254 Nr. 3). Unter den *vorgemerkten* Rechten sind nach der Ausdrucksweise des Entw. I diejenigen Rechte zu verstehen, die im Abs. 2 des § 902 als Rechte bezeichnet sind, wegen deren ein Widerspruch eingetragen ist (vgl. S. 187 f. Nr. 2, 3 a, b). Bei der 2. Lesung ist der Antrag, die nach § 883 BGB. durch Eintragung einer Vormerkung gesicherten Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes der Verjährung nicht zu entziehen, aus Zweckmäßigkeitsgründen angenommen (Prot. III S. 117 V, VI). Das durch Widerspruch gesichert bestehende dingliche Recht ist der Verjährung ebenso entzogen, wie wenn es schon bei Eintragung des Widerspruchs endgültig eingetragen worden wäre (Mot. III S. 254 Nr. 4); die nach § 883 vorgemerkten persönlichen Ansprüche unterliegen der Verjährung nach der Regel des § 194, da sie ihr durch § 902 nicht entzogen sind.

2. In den Motiven wird zunächst gerechtfertigt, weshalb für die Ansprüche aus eingetragenen Rechten die Verjährung ausgeschlossen ist, und zwar damit, daß die Verjährung für sie nicht nur entbehrlich sei, sondern einen Riß in das Buchsystem machen würde, der das ganze System gefährden könne, daß das eingetragene Recht lebe, solange es im Buche stehe, daß das Eingetragensein eine Ausübung des Rechtes und einen Widerspruch des Berechtigten gegen Zustände und Handlungen enthalte, wenn das Gesetz die Verjährung zuließe, doch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht gestatten würde, sie auch einem Dritten entgegenzusetzen, der im Vertrauen auf den Inhalt des Buches entweder das eingetragene Recht oder auf dessen Grundlage ein neues Recht erworben hätte, eine solche Verjährung mit relativer Wirkung aber dem Zwecke des Instituts nur höchst unvollkommen entsprechen würde. Es wird dann ausgeführt, daß nicht eine Verjährung des eingetragenen Rechtes, sondern nur eine Verjährung des Anspruchs aus einem solchen, der das Recht im übrigen bestehen lasse, in Frage stehe, und daß dies auch im Entw. berücksichtigt sei. „Die Ansprüche", — heißt es weiter — „welche aus eingetragenen Rechten entspringen, zerfallen in zwei Klassen.

„a) Die eine Klasse umfaßt diejenigen Ansprüche, deren Versagung die Ausübung des Rechtes durch den Berechtigten ausschließen oder beschränken würde. Es gehören hierher namentlich die rei vindicatio und die confessoria in rem actio. Ein Eigentum, dessen Gegenstand in der Hand eines Dritten sich befindet, ohne von dem Eigentümer vindiziert werden zu können, ist ein Recht, dem der wesentliche Inhalt des Eigentums fehlt, steht also praktisch dem Nichteigentume gleich. Ein Hauptzweck der Grundbucheinrichtung ist aber gerade der, das Eigentum in voller Kraft zu erhalten. Wenn daher zur Erreichung dieses Zweckes das Recht selbst durch die Eintragung der Verjährung entzogen sein muß, so können auch die Ansprüche, die das Recht erzeugt, der Verjährung nicht unterworfen werden. Ähnlich wie mit dem Eigentume verhält es sich mit den übrigen Rechten, die nach Inhalt des Grundbuchs an den Grundstücken bestehen.

„b) Die andere Klasse begreift diejenigen Ansprüche, von deren Befriedigung die fernere Ausübung des Rechtes nicht abhängt, namentlich die Ansprüche auf Ersatz von Früchten, überhaupt auf Schadensersatz, und die Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen. Das Grundbuch gibt über die Rechte insoweit, als sie sich in diesen Ansprüchen betätigen, keine Auskunft. Es machen sich daher in Ansehung der letzteren die allgemeinen Gründe geltend, aus denen der Entwurf dazu gelangt ist, die Verjährbarkeit der Ansprüche in dem § 154 (BGB. § 194) als Regel hinzustellen (vgl. Mot. I S. 288)." „Der § 847 (Entw. I) beschränkt sich demnach in seinem zweiten Satze darauf, den die Unverjährbarkeit der Ansprüche aus eingetragenen Rechten aussprechenden ersten Satz von der Anwendung

bei Ansprüchen auf Schadenersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen auszuschließen." (Mot. III S. 252 Nr. 1, 2.)

3. Die Frage, ob die Berichtigungsansprüche (§§ 894—896) der Verjährung unterliegen, deren Entscheidung nach den Mot. (III S. 254 Nr. 1) der Wissenschaft und Praxis überlassen werden sollte, ist im § 898 BGB. gelöst. Das Erlöschen der eingetragenen Grunddienstbarkeiten und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten durch non usus und usucapio libertatis, die in den Mot. (S. 253 Nr. 2) durch § 847 Entw. I. (BGB. § 902) für erledigt erachtet wird, ist durch die §§ 1028, 1090 Abs. 2 geordnet. Eine positive Vorschrift über die Verjährung des Anspruchs auf Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Dienstbarkeit ist in den Mot. (III S. 255 Nr. 2 Abs. 2) für entbehrlich erachtet. Das BGB. enthält eine solche im § 901. Hinsichtlich der Hypothek heißt es in den Motiven (III S. 256) auch jetzt noch zutreffend: „Bei der Hypothek sind die Ansprüche aus der Forderung, für die sie bestellt ist, und die Ansprüche aus dem dinglichen Rechte auseinanderzuhalten. Die ersten sind der Verjährung durch den § 154 (BGB. § 194) unterworfen; die letzten sind nach § 847 Abs. 1 (BGB. § 902) unverjährbar. Die Frage, welchen Einfluß die Hypothekbestellung auf den Lauf der Verjährung des persönlichen Anspruchs hat, ist in dem § 169 (BGB. § 208) entschieden. Die Unabhängigkeit des dinglichen Anspruchs von der Verjährung des persönlichen ergibt sich aus dem § 183 Abs. 1 (BGB. § 223 Abs. 1). Eine besondere Bestimmung in Ansehung der Hypothek ist somit an dieser Stelle entbehrlich."

II. 1. Nach dem BGB. unterliegt der Verjährung in der Regel nur der Anspruch, d. h. „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" (§ 194). „Unter Anspruch wird das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden, vermöge dessen von ihr eine gewisse Leistung — die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung — verlangt werden kann. Das obligatorische Recht erschöpft sich in dieser persönlichen Richtung, es geht auf in dem Anspruch oder in den Ansprüchen, die es erzeugt. Das dingliche Recht erstreckt sich über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch hinaus. Das Erlöschen des letzteren läßt das Recht selbst unberührt." (Mot. I S. 291.) Das dingliche Recht wirkt als absolutes zwar gegen alle, ein Anspruch erwächst daraus aber nur gegen die bestimmte Person, die es beeinträchtigt (vgl. §§ 985, 1004). Die Verjährung des Anspruchs, die sich im allgemeinen der bisherigen Klageverjährung anschließt, bezweckt, der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen. Ihr Schwerpunkt „liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen wird, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen." (Mot. a. a. O.) Die Vollendung der Verjährung bewirkt nicht das Erlöschen des Anspruchs, sondern berechtigt den Verpflichteten, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Die Verjährung begründet also nur eine Einrede. Wer einen verjährten Anspruch befriedigt, ohne von dieser Einrede Gebrauch zu machen, kann das Geleistete nicht zurückfordern (§ 222 Abs. 2). In zwei Fällen hat das Erlöschen des aus einem dinglichen Rechte hervorgehenden Anspruchs das Erlöschen des dinglichen Rechtes selbst zur Folge: ein mit Unrecht gelöschtes Recht an einem fremden Grundstück und ein kraft Gesetzes entstandenes nicht eingetragenes Recht an einem fremden Grundstück erlöschen, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist (§ 901); die Dienstbarkeit selbst erlischt mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der sie beeinträchtigenden Anlage (§§ 1028, 1090 Abs. 2). Der Verjährung unterliegen alle Ansprüche ohne Unterschied, ob sie auf einem dinglichen oder einem persönlichen Rechte beruhen. Die Verjährbarkeit bildet die Regel, die Unverjährbarkeit die Ausnahme. Ein Anspruch ist nur dann unverjährbar, wenn er durch das Gesetz der Verjährung entzogen ist.

„Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre" (§ 195). Von dieser Regel gibt es zahlreiche Ausnahmen, durch die eine kürzere Verjährungsfrist bestimmt ist (vgl. §§ 196, 197, 477, 490, 558, 638, 786, 801, 852, 1057, 1226 ꝛc.). Über den Beginn der Verjährung vgl. die §§ 198 ff.

Von der Anspruchsverjährung ist zu unterscheiden das Erlöschen der Rechte

durch Ablauf einer Ausschlußfrist (vgl. §§ 121, 124, 801, 861—864, 927, 1123, 1170, 1171, 1188, 1289 ꝛc.).

Der Erwerb eines Rechtes durch Ersitzung findet statt bei beweglichen Sachen und beim Nießbrauch an beweglichen Sachen (§§ 937, 1033). Unter besonderen Voraussetzungen ist auch der Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke durch Ersitzung zugelassen (§ 900). Die Ersitzungsfrist beträgt in jenen Fällen zehn, in diesem Falle dreißig Jahre.

2. Gegen die Regel des § 194 unterliegen der Verjährung nach § 902 nicht a) die Ansprüche aus eingetragenen Rechten — aus dem Eigentume, der Hypothek, der Grund- und Rentenschuld und den übrigen dinglichen Rechten —, b) die Ansprüche aus außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechten, zu deren Schutze nach § 899 ein Widerspruch eingetragen ist. Diese Ansprüche sind auch dann nicht verjährbar, wenn sie dem nicht eingetragenen Erben des eingetragenen Berechtigten zustehen (vgl. Anm. 1 S. 320). Voraussetzung der Unverjährbarkeit der Ansprüche ist nach § 902 nur, daß das Recht eingetragen ist, nicht, daß der wirklich Berechtigte sich aus dem Grundbuch ergibt. Auch gegenüber dem, der außerhalb des Grundbuchs das Recht erworben hat oder durch Eintragung eines Nichtberechtigten aus dem Grundbuch ausgeschieden ist, ist die Verjährung ausgeschlossen; ist doch auch sein Berichtigungsanspruch nach § 898 unverjährbar. Danach ist auch der Anspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer unverjährbar (Planck Nr. 2b zu § 902; a. M. Fuchs S. 196 Nr. 3a). Dagegen sind der Verjährung nicht entzogen diejenigen Ansprüche aus eingetragenen Rechten, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen gehen — Zinsen mit Einschluß der als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beiträge, Renten, Auszugsleistungen, Unterhaltsbeiträge ꝛc. — und die Ansprüche auf Ersatz des aus der Verletzung eines eingetragenen Rechtes entstandenen Schadens (§ 902 Abs. 1 Satz 2; vgl. §§ 904, 989, 992). Jene verjähren in vier Jahren (§ 197) ohne Unterschied, ob die Leistungen regelmäßig wiederkehren oder nicht; diese, wenn sie aus einer unerlaubten Handlung erwachsen, in drei bezw. dreißig Jahren (§ 852). Weitere Vorschriften, durch welche die Verjährung nicht eingetragener Ansprüche ausgeschlossen und die Verjährbarkeit eines eingetragenen Rechtes angeordnet ist, sind in Anm. 3 S. 321 mitgeteilt.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit sind die bloß vorgemerkten persönlichen Rechte (§ 883) von der Verjährung nicht ausgeschlossen. Die Verjährungsfrist beträgt nach der Regel des § 195 dreißig Jahre. Sie bestimmt sich nicht, wie hier bisher irrtümlich angenommen wurde, nach der Art des durch Vormerkung gesicherten Forderungsrechtes, z. B. für den Anspruch auf Einräumung einer Hypothek für die Warenforderung eines Kaufmanns nach § 196 Nr. 1 auf zwei Jahre; vorgemerkt ist der Anspruch auf Bestellung der Hypothek und für diesen besteht eine kurze Verjährungsfrist nicht (Sekler S. 147). Die Kaufmannsforderung verjährt in zwei Jahren, der Anspruch auf Bestellung der Hypothek dafür nicht. Die Unverjährbarkeit tritt erst dann ein, wenn durch die endgültige Eintragung aus dem vorgemerkten Rechte ein eingetragenes Recht im Sinne des § 902 — Eigentum, dingliches Recht, Hypothek, Grund- oder Rentenschuld — geworden ist. (Vgl. Anm. 1 S. 320.) Othmer (S. 99 ff. XII.) schließt auf Grund seiner Ansicht, wonach die Vormerkung dieselben Wirkungen hat, wie die definitive Eintragung, auch die vorgemerkten Rechte von der Verjährung aus.

3. Durch die Eintragung des Rechtes selbst oder des Widerspruchs wegen desselben wird eine in Lauf gesetzte Verjährung der aus dem Rechte erwachsenen Ansprüche nicht etwa gehemmt oder unterbrochen, sondern die Ansprüche werden dadurch der Verjährung gänzlich entzogen, so daß nach Löschung des Rechtes oder des Widerspruchs nur vom Beginn einer neuen Verjährung der Ansprüche die Rede sein kann (vgl. Biermann WB. S. 93; a. M. Wolff im A. f. z. Pr. 91 S. 377). Ist der Widerspruch auf Grund einer einstw. Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragen, so findet § 216 Abs. 1 BGB. Anwendung.

Digitized by Google

4. Die Verjährung der nach § 902 unverjährbaren Anſprüche, die nach dem bisherigen Rechte zuläſſig, aber noch nicht vollendet war, kann nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr vollendet werden (EG. z. BGB. Art. 169). Anderſeits kann der, deſſen Anſprüche aus einem eingetragenen Rechte nach dem bisherigen Rechte beim Inkrafttreten des BGB. bereits verjährt waren, mit der Berufung auf § 902 die Einrede der Verjährung nicht abweiſen.

5. Der § 223 BGB. beſtimmt:

Die Verjährung eines Anſpruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht beſteht, hindert den Berechtigten nicht, ſeine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenſtande zu ſuchen.

Iſt zur Sicherung eines Anſpruchs ein Recht übertragen worden, ſo kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anſpruchs gefordert werden.

Dieſe Vorſchriften finden keine Anwendung bei der Verjährung von Anſprüchen auf Rückſtände von Zinſen oder anderen wiederkehrenden Leiſtungen.

Hypothek und Pfandrecht werden lediglich zur Sicherung einer Forderung eingeräumt (PrR. I 20 § 1; BGB. §§ 1113, 1204, 1273). Vorbedingung des Beſtehens dieſer Rechte iſt daher das Beſtehen einer Forderung, und die Einrede, die der Forderung entgegenſteht, ſteht auch dieſen Rechten entgegen. Es fragt ſich, welchen Einfluß die Einrede der Verjährung gegenüber dem durch Hypothek oder Pfandrecht geſicherten Anſpruche hat. Nach preuß. Rechte ging das Hypotheken- und Pfandrecht durch keine Verjährung verloren (ALR. I 20 §§ 246, 535). Zu Bedenken gaben die Beſtimmungen Veranlaſſung, welche die Verjährung der mit Pfandrecht verſehenen Forderung regelten (ALR. I 20 §§ 247, 248, 534, 535). Hier genüge die Bemerkung, daß durch die Beſtellung des Pfandrechts die Verjährung der perſönlichen Forderung unterbrochen, aber nicht ausgeſchloſſen wurde, daß die Forderung auch nach Ablauf der Verjährung gegen den Eigentümer des Pfandes zu dem Betrage fortbeſtand, der aus dem Pfande bezahlt werden konnte (Förſter-Eccius 3 § 194). Nach dem BGB. unterliegen Hypothek und Pfandrecht der Verjährung nicht, weil regelmäßig nicht Rechte, ſondern Anſprüche verjähren (vgl. Anm. II 1 S. 321). Die Verjährung des Anſpruchs wird durch Sicherheitsleiſtung unterbrochen, ſofern die Sicherheitsleiſtung von dem Verpflichteten ausgeht oder durch ihn veranlaßt iſt (§ 208). Der Anſpruch wird dadurch, daß zu ſeiner Sicherung von dem Verpflichteten oder einem Dritten ein Pfandrecht beſtellt iſt, der Verjährung überhaupt nicht entzogen. Aber dem Berechtigten verbleibt auch nach Vollendung der Verjährung die Befugnis, ſeine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen (§ 223 Abſ. 1). Damit iſt die Haftung für die Schuld auf einen beſtimmten Vermögensteil, die Pfandſache, beſchränkt. Die Verjährung des Anſpruchs hat nur den Verluſt der perſönlichen Schuldklage, nicht den Verluſt der dinglichen Klage zur Folge. Ob im übrigen die Vorſchrift des § 223 dahin aufzufaſſen iſt, daß die Forderung bis zur Höhe des Wertes des Pfandes und unter Beſchränkung auf die Befriedigung daraus unverjährt bleibt, oder dahin, daß die verjährte Forderung nur inſofern fortbeſteht, als das Pfandrecht ſeiner akzeſſoriſchen Natur wegen einer Grundlage bedürfe, laſſen die Motive (I S. 344) dahingeſtellt. Jedenfalls finden die Beſtimmungen des § 1169 und des § 1254 BGB. inſoweit keine Anwendung: der Eigentümer kann vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek nicht aus dem Grunde verlangen, daß ihm gegen die durch die Hypothek geſicherte Forderung die Einrede der Verjährung zuſtehe; der Verpfänder wie der Eigentümer kann die Rückgabe des Pfandes nicht aus dem Grunde verlangen, daß der durch das Pfand geſicherten Forderung die Einrede der Verjährung entgegenſtehe. Dagegen wird die Vorſchrift des § 886 durch den § 223 nicht berührt: derjenige, deſſen Grundſtück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird, kann von dem Gläubiger die Beſeitigung der Vormerkung verlangen, wenn ihm die Einrede der Verjährung gegen den durch die Vormerkung geſicherten Anſpruch (§ 883) zuſteht; denn durch die Vormerkung entſteht keine Hypothek (vgl. Anm. g S. 199, Denkſchr. S. 182 und Prot. III S. 751 II). Ob für den Anſpruch eine gewöhnliche Hypothek oder eine Sicherungshypothek beſteht, iſt für die

Anwendung des § 223 von keinem Belang. Auch gegen die dingliche Klage aus der Sicherungshypothek kann die Einrede der Verjährung des gesicherten Anspruchs nicht geltend gemacht werden, obwohl dagegen die sonstigen Einreden unbeschränkt zustehen (§ 1185 Abs. 2). Auf Grund- und Rentenschulden bezieht sich der § 223 nicht, weil diese eine Forderung nicht voraussetzen (§§ 1192, 1199).

Es macht keinen Unterschied, ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Übertragung eines Rechtes (Eigentum, Grundschuld ꝛc.; sog. Fiducia) sichergestellt ist. Da beide Fälle sich im wesentlichen wirtschaftlich gleichstehen, sind sie im § 223 Abs. 2 auch gesetzlich gleichgestellt. (RG. E. 57 S. 175).

Die Ausnahme im Abs. 3 des § 223 greift in den beiden Fällen der Abs. 1 und 2 Platz. Um dies klarzustellen, ist bei der 2. Lesung die Ausnahme, die im § 183 Entw. I den Abs. 2 bildete, als Abs. 3 eingestellt (Prot. I S. 236). Die Vorschrift ist aufgenommen, weil den Interessen des Pfandeigentümers ohne diese, auch im PALR. I 20 § 248 sich findende Beschränkung in unbilliger Weise zu nahe getreten würde. Den Ansprüchen auf rückständige Zinsen oder andere wiederkehrenden Leistungen steht auch dann, wenn ihre Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande gesucht wird, die Einrede der Verjährung entgegen. Wie im § 902 Abs. 1 Satz 2 ist auch hier kein Gewicht darauf gelegt, ob die betreffenden Leistungen in regelmäßigen Zeiten wiederkehren oder nicht. (Mot. I S. 344.)

Der § 224 BGB. bestimmt:

„Mit dem Hauptanspruche verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist."

„Der enge Zusammenhang zwischen Hauptanspruch und Nebenleistungen führt dazu, daß die für den Hauptanspruch bestimmte kurze Verjährung auch für die Ansprüche auf Nebenleistungen gelten muß, selbst wenn solche auf selbständigem Entstehungsgrunde beruhen und an sich vielleicht einer längeren Verjährung unterworfen sein würden" (Mot. I S. 345). Es kommen namentlich Zinsen (rechtsgeschäftliche oder gesetzliche), Früchte, Kosten, Schadenersatzansprüche in Betracht. Ist z. B. ein der zweijährigen Verjährung unterliegender Anspruch verjährt (§ 196), so sind damit auch die rückständigen Verzugszinsen verjährt, obwohl diese erst mit Ablauf von vier Jahren verjähren würden (§ 197).

Der Entw. I hatte im Abs. 2 des § 184 (BGB. § 224) und im § 160 folgende Bestimmungen: „Bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen ist mit der Verjährung des Anspruchs im Ganzen auch der Anspruch auf die bis dahin verfallenen Leistungen verjährt. — Hängen wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht ab, so beginnt die Verjährung des Anspruchs im Ganzen mit dem Zeitpunkt, in welchem die Verjährung des Anspruchs auf eine einzelne Leistung begonnen hat." Während bei wiederkehrenden Leistungen, die von einem Hauptrecht abhängen, z. B. bei den rechtsgeschäftlichen Zinsen einer Kapitalforderung, der Gesamtanspruch auf die Leistungen nur mit dem Hauptrechte verjähren sollte, sollte bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen, z B. aus einer Reallast, die Verjährung des Gesamtanspruchs mit dem Zeitpunkte beginnen, wo die Verjährung des Anspruchs auf eine Leistung begonnen hat. „Ob bei wiederkehrenden, von einem Hauptrechte nicht abhängenden Leistungen" — heißt es in den Mot. I S. 310 — „ein über den Ansprüchen auf die einzelnen Leistungen stehender Gesamtanspruch anzunehmen sei, hängt von der Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ab und mag im einzelnen Falle nicht unzweifelhaft sein. Aber auch da, wo die Voraussetzungen für die Annahme eines Gesamtanspruchs nicht gegeben sind, ist die Unterstellung eines solchen hinsichtlich der Verjährbarkeit aus praktischen Gründen, insbesondere im Interesse der Rechtssicherheit, unumgänglich. Es haben auch fast alle neueren Gesetzgebungen sich für die Verjährbarkeit des Rechtes im Ganzen in den in Betracht kommenden Fällen entschieden (vgl. PALR. I 9 § 509)." Bei der 2. Lesung wurden beide Bestimmungen gestrichen, weil dafür ein Bedürfnis nicht vorhanden sei. „Die Unterstellung eines Gesamtanspruchs fließe nicht aus

der Natur der Sache, beruhe vielmehr auf künſtlicher Fiktion. Hinzukomme, daß ſich, zumal mit Rückſicht auf die von einem Hauptrecht abhängenden Leiſtungen, für die in Rede ſtehenden Vorſchriften eine geeignete Faſſung ſchwerlich werde finden laſſen. Namentlich ſei das naheliegende Mißverſtändnis zu beſorgen, daß unter dem Hauptrechte nicht der Geſamtanſpruch auf die Zinsverbindlichkeit, ſondern der Anſpruch auf die Kapitalzahlung zu verſtehen ſei." (Prot. I S. 212, 236.) Hiernach könnte es ſcheinen, als ob die 2. Komm. ein Hauptrecht überhaupt habe leugnen wollen. Ohne ein Hauptrecht würden aber Anſprüche auf wiederkehrende Leiſtungen undenkbar ſein. Hinſichtlich der Reallaſten unterſcheidet das BGB. ausdrücklich zwiſchen dem (Haupt-)Rechte und den einzelnen wiederkehrenden Leiſtungen (§§ 1105, 1107, 1111 Abſ. 2), und die 2. Komm. hat im weiteren Verlaufe der Beratungen ſelbſt auf einen wichtigen Unterſchied zwiſchen „dem Rechte im Ganzen" und den einzelnen Leiſtungen aufmerkſam gemacht (vgl. Nr. 6 der Überſicht vor § 1105). Es muß nur beachtet werden, daß das Hauptrecht ſich erſchöpft, wenn ſämtliche Leiſtungen, die ihm entfließen können, entrichtet ſind, daß alſo das Hauptrecht nicht etwa mit einer Hypothekenforderung verglichen werden kann. Fraglich iſt, ob das Hauptrecht der Verjährung mit der Wirkung zugänglich iſt, daß fernerhin keine wiederkehrenden Leiſtungen verlangt werden können. Dieſe Frage kann natürlich nur aufgeworfen werden, wenn das Hauptrecht nicht mehr eingetragen, zu Unrecht gelöſcht iſt. Lange, nachdem die Streichung des § 160 Entw. I beſchloſſen war, wurde beantragt, in den Abſchnitt über die Reallaſten eine Beſtimmung aufzunehmen, daß eine nicht eingetragene oder mit Unrecht gelöſchte Reallaſt erlöſche, wenn ſie ſeit dreißig Jahren nicht entrichtet worden ſei, und dieſer Antrag wurde nur in der Erwartung zurückgezogen, daß die Komm. die von der Redkomm. als § 845 b (jetzt 901) vorgeſchlagene allgemeine Vorſchrift, die auch die in dem Antrag enthaltene Beſtimmung decken würde, genehmigen werde (Prot. III S. 738 XIII). Eine dem § 160 Entw. I entſprechende Beſtimmung iſt hinterher aber nicht getroffen worden (Prot. IV S. 588, 589) und es beſteht ſonach im BGB. eine Lücke. Dernburg (SR. § 49 Anm. 21) und Fuchs (Anm. 3 b zu § 901) ſprechen ſich für die Verjährbarkeit aus, indem ſie den Grundſatz des geſtrichenen § 160 Entw. I anwenden wollen. Planck (I Anm. 2 zu § 224, anders aber Bd 3 S. 428 Anm. 6) und Hölder (Anm. Abſ. 2 zu § 224) halten den Anſpruch für unverjährbar. Es wird der letzten Anſicht beizutreten ſein, ſoweit das Hauptrecht ſich nur aus den Anſprüchen auf die einzelnen wiederkehrenden Leiſtungen zuſammenſetzt, denn dann erneuert ſich das Recht mit jedem einzelnen Anſpruche.

III. Der § 902 ſetzt voraus, daß das Recht in einem Grundbuch im Sinne des BGB. und der GBO. eingetragen iſt. In Bezirken, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, bleibt das frühere Recht maßgebend (Habicht § 16 Nr. II Anm. 1).

Dritter Abſchnitt.

Eigentum.

Vorbemerkungen und Ergänzungen.

I. Das BGB. kennt im Gegenſatz zum PALR. I. 8 § 2 Eigentum nur an Sachen, d. h. an körperlichen Gegenſtänden (BGB. § 90), nicht auch an Rechten (Mot. III S. 257). Aber auch nach dem neuen Rechte werden gewiſſe Rechte (Erbbaurecht, Kohlenabbaugerechtigkeit, Bergwerkseigentum ꝛc, vergleiche S. 14 f.) den Grundſtücken, alſo Sachen gleich geachtet. An dieſen Rechten iſt Eigentum möglich.

Privateigentum kann an allen Sachen begründet werden, die der menſchlichen Herrſchaft zugänglich und dem Privatverkehre nicht durch Normen des öffentlichen Rechtes

entzogen sind (S. 10). Insbesondere stehen die Privatflüsse nach preuß. und gemeinem Rechte im Privateigentume (RG. E. 3 S. 246, Bd 16 S 179, Bd 53 S. 99, Gruch. 27 S. 149, Bd 29 S. 873), während sie nach rheinisch-französischem Rechte zu den Sachen gehören, die in niemands Eigentume stehen und dem allgemeinen Gebrauche dienen (RG. E. 12 S. 340, Bd 30 S. 307). Landseen und andere geschlossene Gewässer stehen nach preuß. Rechte im Eigentum des Ufereigentümers (ALR I 9 § 176, aufrecht erhalten durch PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1b). Liegen mehrere Grundstücke um ein solches Gewässer, so steht den einzelnen Grundstückseigentümern das Gewässer nach Verhältnis ihrer Ufergrenzen bis zur Mitte des Gewässers zu (OTrib. E. 15 S. 361, Bd 52 S. 40, Bd 64 S. 39; RG. E. 3 S. 246, Gruch. 25 S. 888, Bd 27 S. 148), falls nicht durch privatrechtliche Titel ein anderes Verhältnis begründet ist. Geschlossene Landseen werden dadurch, daß sie dem Schiffahrtsverkehre des Publikums eröffnet werden, nicht zu öffentlichen Gewässern; an ihren Eigentumsverhältnissen wird dadurch nichts verändert, sondern es wird dem Eigentum an ihnen nur eine öffentlich-rechtliche Belastung zur Duldung der Schiffahrt auferlegt (RG. JW. 1893 S. 260 Nr. 48; a. M. OVG. E. 12 S. 243). Liegt ein Landsee im Zuge eines schiffbaren Stromes, so ist er dann öffentlich, wenn er bloß eine Erweiterung des nach der Terrainbeschaffenheit sich ausdehnenden Stromes bildet. Ob dies der Fall, ist Tatfrage (OTrib. E. 70 S. 64, Arch. 95 S. 63; RG. Gruch. 31 S. 720, Bd. 34 S. 1050, Bd 43 S. 986, JW. 1893 S. 269). Durch bloße Verbindung mit einem öffentlichen Strome wird der See nicht zu einem Teile des Stromes (RG. JW. 1890 S. 132 Nr. 14).

Die von Natur schiffbaren Ströme stehen nach PALR. II. 14 § 21 im gemeinen Eigentume des Staates, d. h. es besteht kein Privateigentum an ihnen (auch nicht am Flußbette). Sie sind res nullius, res communes omnium und daher res publicae; nur die Nutzungen solcher Ströme sind nach PALR. II. 15 § 38 fiskalisches Eigentum (OTrib. Arch. 63 S. 318; RG. E. 3 S. 232, Bd 4 S. 258, Bd 32 S. 238, Bd. 35 S. 237). Die bloße Anliegerschaft verleiht keine Privatrechte am Strome, solche können nur auf Grund privatrechtlicher Titel erworben werden (OTrib. Arch. 35 S. 346, Bd 87 S. 320; RG. E. 8 S. 136). Liegen solche nicht vor und hält der Staat Verfügungen über den Strom oder das Strombett für angemessen, mit denen die Fortdauer der allgemeinen Nutzung unvereinbar ist, so ändert sich damit der bisherige rein faktische Zustand und es fallen die tatsächlichen Vorteile ohne Entschädigung von selbst weg, die der bisherige, auf dem Ermessen des Staates beruhende Zustand den Anwohnern gewährte (RG. Gruch. 26 S. 713, Bd 29 S. 676, Bd 38 S. 1046, JW. 1898 S. 179 Nr. 60, Seuff. A. 50 S. 133). Ströme sind nach PALR. II 14 § 21 nur öffentlich, wenn und soweit sie von Natur schiffbar sind. Ob natürliche Schiffbarkeit vorhanden, ist eine Tatfrage (OTrib. E. 80 S. 141). Es kommt lediglich darauf an, ob der Fluß von Natur tauglich ist, dem Schiffahrtsverkehre zu dienen, nicht darauf, ob die Schiffahrt auch tatsächlich ausgeübt wird. Nur natürliche Hindernisse schließen diese Möglichkeit aus; künstlich geschaffene Hindernisse, wie Stauanlagen und Brücken, vermögen nicht dem Flusse die vorhandene Eigenschaft der Schiffbarkeit zu nehmen (RG. E. 45 S. 183; OVG. E. 11 S. 239, Bd 12 S. 249, Bd 18 S. 229, Bd 28 S. 285). Diese Eigenschaft kommt dem Strome und seinen Nebenflüssen nur hinsichtlich der schiffbaren Strecken zu (OTrib. E. 58 S. 1, Bd 80 S. 136; OVG. E. 11 S. 238; RG. Gruch. 26 S. 1038). Bewässerungskanäle, die aus einem öffentlichen Flusse abgeleitet werden, sind nicht öffentliche Gewässer (MinErl. v. März 1860 in der Z. f. Landeskult. 16 S. 129). Häfen, die jemand im Anschluß an einen öffentlichen Strom auf seinem Grund und Boden anlegt, sind nicht öffentliche Gewässer; daher ist der Beweis zulässig, daß die Ausbuchtung eines öffentlichen Stromes Privateigentum sei (RG. V. 139. 1899). Wird ein Fluß vom Staate durch künstliche Veranstaltungen schiffbar gemacht, so wird er zu einem öffentlichen nur, wenn und soweit der Staat ihn dem öffentlichen Verkehre widmet (OVG. E. 18 S. 125, Bd 22 S. 196; RG. E. 45 S. 184). Wird festes Land von einem öffentlichen Strome dauernd überschwemmt, so erlangt es hierdurch die Eigenschaft des Flußbetts und unterliegt

als solches denselben Grundsätzen, wie der Strom (RG. Gruch. 34 S. 1052). Das Privateigentum an dem überspülten Lande geht unter. Dagegen gehen durch Schiffbarmachung eines Privatflusses die bisherigen Eigentumsrechte, soweit sie mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen können, nicht verloren (ALR. II 15 § 41). Hört die Schiffbarkeit eines Flusses auf, so wird er Privatfluß und gehört als solcher den Anliegern (OTrib. Arch. 81 S. 73, Bd 92 S. 189).

An dem Wasser des öffentlichen Stromes steht nach den §§ 44 ff. II. 15 PALR. jedermann ein Gebrauchsrecht zu, das jedoch den Beschränkungen unterliegt, die sich aus den wesentlichen Hoheitsrechten des Staates ergeben. Gewisse Benutzungsarten sind nur mit Erlaubnis des Staates zulässig. Durch Erteilung der Erlaubnis wird ein privates Sonderrecht am Strome begründet (RG. Gruch. 38 S. 1044). Die Schiffahrt ist unter den vom Staate festgesetzten (strompolizeilichen) Bestimmungen jedermann erlaubt. Zum Gemeingebrauche gehört das Entnehmen von Sand, Schlamm, Steinen (RG. E. 3 S. 232, Bd 4 S. 258, Bd 35 S. 237). Die Nutzungen des öffentlichen Stromes gehören dem Staate. Zu den Nutzungen gehören das Entnehmen von Eis (RG. E. 32 S. 237), das Übersetzen gegen Entgelt, die Fischerei. Der Staat kann die Nutzungen durch Verleihung oder Verpachtung auf andere gegen oder ohne Entgelt übertragen. Soll das durch Einräumung einer Grunddienstbarkeit geschehen, so muß seit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts Eintragung im Grundbuche hinzutreten. Wie erwähnt, kann der Staat für Entziehung oder Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nicht schadenersatzpflichtig gemacht werden; enteignet er aber einen Teil eines Ufergrundstücks (z. B. wegen Anlagen, die er im Strome im Schiffahrtsinteresse macht), so hat der Enteignete auch Anspruch auf Entschädigung wegen der Nachteile, die ihm dadurch entstehen, daß er vom Strome abgeschnitten ist und deshalb an dem Gemeingebrauche nicht oder nur beschränkt teilnehmen kann (RG. JW. 1898 S. 176 Nr. 60). Werden Rechte, die über das Gemeingebrauchsrecht hinaus durch Privatrechtstitel erworben sind (z. B. Fischereigerechtigkeiten) durch Strombauten ꝛc. des Staates verletzt, so besteht die Entschädigungspflicht des Staates nach § 75 Einl. z. PALR. (RG. E. 19 S. 355, Gruch. 34 S. 1033, JW. 1890 S. 197 Nr. 30, 1897 S. 491 Nr. 100, 1898 S. 186 Nr. 83, S. 687 Nr. 88).

Das Eigentum an Privatflüssen steht nach preuß. Rechte den anliegenden Eigentümern nach Verhältnis ihres Ufereigentums zu, und zwar bis zur Mitte des Gewässers, wenn die gegenüberliegenden Ufer verschiedenen Eigentümern gehören (OTrib. E. 15 S. 362, Bd 52 S. 38, Bd 64 S. 34, Bd 75 S. 15; RG. E. 3 S. 245, Gruch. 27 S. 148, Bd 31 S. 1001); doch kann das Eigentumsrecht durch Verträge und Provinzialgesetze anders geregelt werden. Das Eigentum am Flußbette folgt den allgemeinen Regeln. Die vorüberfließende Welle entzieht sich ihrer Natur nach dem Besitz und dem Eigentume; dem Flußeigentümer stehen an ihr nur Nutzungsrechte zu, die jedoch mannigfachen Beschränkungen unterworfen sind (PrivatflußG. v. 28. Februar 1843 §§ 1 ff., 13 ff.). Zu den Privatflüssen gehören Quellen nur dann, wenn das Wasser, nachdem es zutage getreten, in geregeltem, über die Grenzen des Quellengrundstücks sich fortsetzendem Laufe abfließt (RG. E. 16 S. 230). Zu den Privatflüssen gehören ferner Seen, die einen Abfluß haben (RG. E. 35 S. 312, JW. 1897 S. 493 Nr. 105). Auf Flüsse, die die Grenze zwischen Preußen und einem anderen Staate bilden, findet das G. v. 1843 keine Anwendung (OTrib. 78 S. 307). — Neben dem Nutzungsrechte des Flußeigentümers besteht an Stellen, wo öffentliche Wege oder Plätze das Ufer bilden, ein Gemeingebrauch des Wassers zum Trinken und Schöpfen (über den Begriff des Schöpfens vgl. RG. Gruch. 42 S. 1015) sowie zum Tränken des Viehes, sofern dieser Gemeingebrauch nach Entscheidung der Ortspolizeibehörde ohne Gefahr der Beschädigung des Ufers ausgeübt werden kann (Ges. v. 1843 § 2). Die Entscheidung der Polizei ist maßgebend, der Rechtsweg ausgeschlossen (RG. JW. 1904 S. 300 Nr. 32). Einen Anspruch auf Schadenersatz haben die durch solche Entscheidungen beeinträchtigten Ufereigentümer nicht (RG. Gruch. 48 S. 1099).

Digitized by Google

Die Zuleitung von Abwässern gewerblicher Betriebe ist unzulässig, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publikums verursacht wird. Die Entscheidung darüber steht der Polizeibehörde zu (§ 3 das.); sie unterliegt nicht der Nachprüfung des ordentlichen Richters (OTrib. E. 77 S. 283; RG. E. 4 S. 282, Gruch. 32 S. 947, V. 368. 1895). Der Gewerbetreibende, dem die Zuleitung verboten ist, hat keinen Anspruch auf Entschädigung (RG. Gruch. 40 S. 1140). Verboten ist, Sand, Steine u. dgl. in den Fluß zu werfen, wenn die Polizeibehörde es nicht gestattet (§ 4 das.). Diese Bestimmung findet auf die Erbauung von Brückenpfeilern im Flußbette keine Anwendung (RG. JW. 1896 S. 84 Nr. 80).

Die Ufer des Meeres und die im Meere befindlichen Inseln sind gemeines Eigentum des Staates, stehen also (als res publicae) dem Gemeingebrauch offen (PALR. II 14 § 21). Ein Privateigentum daran ist ausgeschlossen. Im wesentlichen auf demselben Standpunkte steht das gemeine Recht (RG. JW. 1900 S. 511 Nr. 11). Die Frage, wie weit sich das Ufer erstreckt, ist der Entscheidung der ordentlichen Gerichte entzogen (RG. E. 1 S. 366, JMBl. 1880 S. 207). Die Nutzungen der Ufer sind nach § 24 das. fiskalisches Eigentum (RG. E. 32 S. 238, Bd 35 S. 237).

Die Ufer eines öffentlichen Flusses sind Bestandteile der am Flusse belegenen Grundstücke und stehen im Eigentume der Grundstückseigentümer; doch ist das Eigentum durch den Leinpfad beschränkt (S. 335 Nr. 3). Das Ufer wird nach PALR. I 9 § 248 nach dem gewöhnlichen (mittleren, RG. E. 2 S. 316) Wasserstande bestimmt (über gemeines Recht, insbesondere bei Flüssen, die von Ebbe und Flut beeinflußt werden, vgl. RG. E. 44 S. 124).

Die Ufer von Privatflüssen stehen im Privateigentume der anliegenden Grundeigentümer. Nach §§ 8 ff. preuß. PrivatflußG. v. 1843 können den Eigentümern durch landesherrliche Entscheidung Beschränkungen zugunsten von Holzflößern auferlegt werden. Dann ist der Staat jedoch nach §§ 74, 75 Einl. z. PALR. zur vollen Entschädigung verpflichtet (OTrib. Arch. 72 S. 52).

II. Von Arten des Eigentums erkennt das BGB. nur das Alleineigentum und das Miteigentum (nach Bruchteilen und zur gesamten Hand) an. Mit der neueren Rechtslehre geht es davon aus, daß das Eigentum sich nicht so teilen lasse, daß dem einen diese und dem anderen jene bestimmten, im Eigentume liegenden Befugnisse zugewiesen werden. Durch Nutzungsrechte wird das Eigentum nur beschränkt, nicht geteilt. Ist der Inhalt des beschränkenden Rechtes ein sehr umfassender, so kann ein Mißverhältnis eintreten. Dem beugt jedoch das BGB. vor, indem es die Begründung vererblicher und veräußerlicher Nutzungsrechte überhaupt nicht und im übrigen die Begründung begrenzter Rechte an der Sache nur zu einem beschränkten Zwecke auf eine begrenzte Dauer oder unter Beschränkung des Rechtsinhalts zuläßt (§§ 1012, 1014, 1018, 1061, 1090 Abs. 2). Das BGB. entfernt sich dadurch von dem bisher geltenden Rechte, das vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte zuließ, durch die die Rechte des Eigentümers nahezu erschöpft wurden. Dies ist nach neuerem preuß. Rechte noch der Fall bei den Familienfideikommissen und bei den Thronlehen. Dem Nutzungsberechtigten wird ein nutzbares Eigentum (ALR. II 4 §§ 72, 73, 1 8 § 20), dem Eigentümer das Obereigentum zugewiesen. In der geschichtlichen Entwicklung hat sich jedoch das nutzbare Eigentum immer mehr zum wirklichen Eigentum ausgebildet, während das Obereigentum zu einer Verfügungsbeschränkung zusammenschrumpfte. So erscheint auch nach bisherigem Rechte der Fideikommißbesitzer als der Eigentümer des Grundstücks; die Eintragung der Fideikommißeigenschaft hat nur die Bedeutung einer Kundmachung, daß der Eigentümer in der Verfügung über das Grundstück beschränkt sei (KG. JMBl. 1905 S. 143). Demnach hat die Bestimmung im Art. 181 Abs. 2 EG. z. BGB.:

Steht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zu . . ., so bleiben diese Rechte bestehen.

soweit sie sich auf das geteilte Eigentum bezieht, für Preußen keine aktuelle Bedeutung.

III. Hiervon abgesehen, pflegt man von einer Duplizität des Eigentums zu sprechen, die sich aus der Grundbuchverfassung ergebe. Nach dieser soll, soweit nicht Ausnahmen besonders zugelassen sind, jedes Grundstück ein Grundbuchblatt erhalten und dieses soll über alle Rechte an dem Grundstücke zuverlässige Auskunft geben, insbesondere auch darüber, wer Eigentümer ist. Bei der Eintragung des Eigentümers können Irrtümer in der Person vorkommen; es kann sich herausstellen, daß der Erwerbsakt, auf Grund dessen die Eintragung erfolgt ist, nichtig ist usw. In solchen Fällen ist in Wahrheit nicht der Eingetragene, sondern ein anderer Eigentümer. Eine eigentliche Duplizität des Eigentums besteht nicht. Sie ist mit dem Begriffe des Eigentums unvereinbar. Aber die Eintragung ist mit öffentlichem Glauben bekleidet. Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird (für und wider ihn) vermutet, daß ihm das Recht zustehe (BGB. §§ 891, 1148). Der als Eigentümer Eingetragene gilt im Verkehr als Eigentümer, er ist formell befugt, das Grundstück zu veräußern und zu belasten. Überträgt er das Eigentum durch Rechtsgeschäft auf einen gutgläubigen Dritten, so wird dieser nicht bloß Buch-, sondern auch wahrer Eigentümer (§ 892) und der frühere wahre Eigentümer verliert durch den Rechtsakt des Bucheigentümers sein Eigentum am Grundstücke. Wäre die Konstruktion geboten, daß der, der das Eigentum durch Rechtsgeschäft erwirbt, notwendig Sonderrechtsnachfolger des Veräußerers sein müsse, dann wäre freilich die Annahme eines doppelten Eigentums nicht zu umgehen. Infolge eines Rechtsgeschäfts kann Eigentum nur vom Eigentümer auf einen anderen übertragen werden. Durch Auflassung und Eintragung wird der gutgläubige Erwerber Eigentümer, folglich wäre zu schließen — muß nach Annahme des BGB. der Veräußerer wirklich Eigentümer gewesen sein. Allein jene Konstruktion ist nicht nur nicht notwendig, sondern auch falsch. Nach dem nicht mißzuverstehenden Wortlaute des § 892 erlangt der gutgläubige Erwerber das Eigentum nicht, weil der Veräußerer nach der Grundbuchverfassung Eigentümer infolge seiner Eintragung war, sondern weil er infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs als solcher galt. Danach stellt sich der Erwerb überhaupt als ein dem ursprünglichen analoger dar. Vom nur fiktiven Bucheigentümer kann der Erwerber sein Eigentum nicht herleiten und vom wahren Eigentümer ist ihm solches nicht übertragen. Ein bloßes Bucheigentum liegt auch vor, wenn die Auflassung und Eintragung nur zu treuer Hand (fiduziarisch) erfolgt ist (RG. E. 45 S. 80, JW. 1901 S. 252 Nr. 11).

IV. Über die Lösung des Konflikts zwischen dem Buch- und dem wahren Eigentümer vgl. Anm. IV, V zu den §§ 985—1007.

V. Über Stockwerks- und Kellereigentum vgl. Anm. 4 S. 22

VI. Bezüglich des im BGB. anerkannten Eigentums bestimmt Art. 181 Abs. 1 EG. zu BGB.:

Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des BGB. Anwendung.

„Der Begriff des Eigentums, als des Rechtes zur ausschließlichen Sachherrschaft, verbunden mit der Befugnis zu derjenigen rechtlichen Verfügung über die Sache, die das Gesetz gestattet, ist ein unwandelbarer, in Ansehung dessen altes und neues Recht zusammenstimmen müssen. Die Ausschließlichkeit des Herrschaftsrechts macht Unterschiede im Rechtsinhalte, wie dieser zunächst gegeben ist, undenkbar. Der Rest des Eigentums, den etwaige Beschränkungen sowie Belastungen der Sache übrig lassen, kann ein verschiedener sein; abgesehen von diesen Beschränkungen und Belastungen muß der Rechtsinhalt des Eigentums immer und überall derselbe sein. Verschiedenheiten können stattfinden in Ansehung der rechtlichen Wirkungen des Eigentums, insbesondere hinsichtlich des Schutzes und der Befugnis des Eigentümers zu rechtlichen Verfügungen über die Sache; ferner in Ansehung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. In allen diesen Beziehungen muß gelten, was das jeweilig bestehende Recht bestimmt." (Mot. III S. 364). Auch das Eigentum an noch nicht gebuchten Grundstücken richtet sich seit dem 1. Januar 1900 nach den

Vorschriften des BGB. Nur die Frage, ob Eigentum zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes erworben ist, beurteilt sich nach dem alten Rechte (vgl. RG. JW. 1900 S. 763 Nr. 40, S. 777, Gruch. 45 S. 1006, E. 47 S. 115).

Aber weder das vor noch auch das nach dem Inkrafttreten des BGB. begründete Eigentum ist lediglich nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen. Ausschließlich maßgebend sind die Bestimmungen des BGB. in dieser Beziehung nur, insoweit sie den Schutz des Eigentums betreffen; für den Inhalt des Eigentumsrechts kommen auch landes- und reichsgesetzliche Vorschriften in Betracht, von denen hier nur die auf Grundstücke bezüglichen interessieren.

Das Eigentum an Grundstücken unterscheidet sich von dem an beweglichen Sachen in wesentlichen Beziehungen. Der Unterschied beruht auf der besonderen Eigenschaft der Grundstücke als Gegenstände des Besitzes. „Die bewegliche Sache scheidet sich durch ihr körperlich getrenntes Dasein von allen übrigen Sachen ab und nimmt nicht im Raume eine unveränderliche Lage ein. Dies gilt von jeder einzelnen beweglichen Sache: quot res tot dominia. Man kann deshalb auch nicht von Eigentum an Begriffsganzen oder an Vermögensinbegriffen reden. Das Grundstück dagegen führt keine gesonderte Existenz, sondern ist, körperlich betrachet, Teil eines zusammenhängenden Ganzen. Die Erdoberfläche wird pro diviso in Grenzen besessen." (Mot. III S. 258.) Dieser Zusammenhang und die volkswirtschaftliche Bedeutung des Grundbesitzes nötigen zu öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beschränkungen des Eigentums an Grundstücken nach zweifacher Richtung, die das gemeinsam haben, daß sie der Eintragung in das Grundbuch weder fähig, noch bedürftig sind. Die öffentlich-rechtlichen können nur von den öffentlichen Behörden, die privatrechtlichen nur von Privatpersonen geltend gemacht werden.

A. Beschränkungen der rechtlichen Verfügung des Eigentümers. Sie beruhen auf wirtschaftlichen Rücksichten, die je nach den lokalen Verhältnissen verschieden sind. Diese Beschränkungen sind im BGB. nicht geregelt. Sie gehören meist dem öffentlichen Rechte an. Nach den Mot. z. EG. z. BGB. S. 192 ist es durch das publizistische Bedürfnis der Einzelstaaten nicht geboten, der Landesgesetzgebung die Macht einzuräumen, den rechtlichen Inhalt des Eigentums im öffentlichen Interesse zu beschränken. „Durch eine solche Ausdehnung des Vorbehalts würden die Landesgesetze zu Eingriffen in den privaten Rechtsverkehr ermächtigt werden, deren Gestattung mit Rücksicht auf die notwendige Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechtes unzulässig erscheint. Die Beschränkung der rechtlichen Verfügungsmacht hat Einfluß nicht nur auf den zunächst betroffenen Eigentümer, sondern auch auf andere Personen, deren Rechtserwerb gehindert wird. Bei der bezeichneten Ausdehnung des Vorbehalts würde der Landesgesetzgebung nicht verwehrt sein, ganze Rechtsinstitute, wie Pfandrecht, Nießbrauch ꝛc., für ihren Bereich zu unterdrücken und, bis zum äußersten fortschreitend, das Eigentum in der Hand des gegenwärtigen Eigentümers unveräußerlich zu machen, wenn dies im öffentlichen Interesse als angemessen erachtet werden sollte" (Mot. daf.). Diese Ausführung, die in der Befürchtung vor einzelstaatlichen Übergriffen etwas weit geht, hat ihren Wert für die Beurteilung der Vorbehalte, die dennoch für die Landesgesetze gemacht sind. Nur innerhalb der im EG. z. BGB. gezogenen Grenzen ist der Landesgesetzgebung freier Spielraum — auch für die Zukunft (Art. 3, 218 daf.) — gelassen. Unberührt bleiben nach dem EG. die landesgesetzlichen Vorschriften:

1. die die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten untersagen oder beschränken (Artikel 115), jedoch mit Ausnahme der Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912, 916, 917) und der in den §§ 1021, 1022 BGB. bestimmten Unterhaltungspflichten, auf die lediglich die Vorschriften des BGB. Anwendung finden (EG. z. BGB. Art. 116);

2. die die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Wertgrenze hinaus untersagen (Art. 117 Abs. 1);

3. die die Belastung eines Grundstücks mit einer unkündbaren Hypothek oder Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers bei Hypothekenforderungen und bei Grundschulden zeitlich beschränken und bei Rentenschulden nur für eine kürzere als die im § 1202 Abs. 2 BGB. bestimmte Zeit (30 Jahre) zulassen (Art. 117 Abs. 2);

4. die die Veräußerung eines Grundstücks beschränken (Art. 119 Nr. 1);

5. die die Teilung eines Grundstücks oder die getrennte Veräußerung von Grundstücken, die bisher zusammen bewirtschaftet worden sind, untersagen oder beschränken (Art. 119 Nr. 2);

6. die die nach § 890 Abs. 1 BGB. zulässige Vereinigung mehrerer Grundstücke oder die nach § 890 Abs. 2 BGB. zulässige Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen Grundstück untersagen oder beschränken (Art. 119 Nr. 3.

Von diesen Beschränkungen kommen für Preußen hauptsächlich die unter Nr. 1, 3 und 4 aufgeführten in Betracht.

Zu 1 vgl. Anm. zu §§ 912, 916, 917, 1021, 1022 BGB.

Zu 3. Über die Aufhebung des § 92 AblösG. v. 2. März 1850 und den durch Art. 32 PAG. z. BGB. gegebenen Ersatz vgl. Anm. 3 c zu § 1115 BGB.

Nach § 91 des PAblösG. v. 2. März 1850 und nach den Bestimmungen der ihm nachgebildeten Gesetze kann die Kündbarkeit der einem Grundstücke neu auferlegten festen Geldrenten nicht auf eine längere Zeit als 30 Jahre ausgeschlossen und ein höherer Ablösungsbetrag als der fünfundzwanzigfache der Rente nicht festgesetzt werden. Dieselbe Bestimmung enthält Art. 80 Abs. 2 PAG. z. BGB. für den linksrheinischen Teil der Rheinprovinz, für den Kreis Herzogtum Lauenburg und für die Insel Helgoland. Bei der Kommissionsberatung im Abgeordnetenhause (1899 LegislPer. 19 Session I S. 40) wurde festgestellt, daß ein Vertrag nur insoweit unwirksam ist, als er eine längere Frist als 30 Jahre enthält, daß dagegen die Vereinbarung kürzerer Fristen zulässig ist.

Die neuere Rechtsentwicklung ist übrigens einer rückläufigen Bewegung geneigt. Nach § 1 Abs. 1, 3 PG. über Rentengüter v. 27. Juni 1890 (GS. S. 209) kann die eigentümliche Übertragung eines Grundstücks gegen Übernahme einer festen Geldrente (Rentengut) erfolgen und es kann die Ablösbarkeit dieser Rente ausgeschlossen werden. Diese Ausschließung wirkt auch Dritten gegenüber, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist. Nach dem PG., betr. die Beförder. d. Errichtung v. Rentengütern, v. 7. Juli 1891 (GS. S. 279) können die auf Rentengütern von mittlerem oder kleinerem Umfange haftenden Renten auf Antrag der Beteiligten durch Vermittlung der Rentenbank nur so weit abgelöst werden, als die Ablösbarkeit nicht von der Zustimmung beider Teile abhängig gemacht ist (§ 1 Abs. 1). Die Abfindung wird durch Zahlung einer Rentenbankrente seitens des Rentengutsbesitzers verzinst und getilgt (§ 1 Abs. 3). Zur erstmaligen Einrichtung eines solchen Rentenguts durch Aufführung der notwendigen Wohn- und Wirtschaftsgebäude kann die Rentenbank Darlehen gewähren. Diese Darlehen sind seitens der Rentenbank unkündbar, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nachkommt und nicht in Konkurs gerät (§§ 2, 11). Vgl. Bd II Ergänzung IV. Endlich ist nach §§ 20—23 PG., betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, v. 8. Juni 1896 (GS. S. 124) die Erbabfindungsrente seitens der anerbenberechtigten Miterben unkündbar, während der Anerbe und sofern die Rente im Grundbuch eingetragen ist, auch der (spätere) Eigentümer des Anerbenguts zu ihrer Ablösung nach vorgängiger dreimonatiger Kündigung berechtigt ist. Die Erbabfindungsrente kann auf Antrag eines Beteiligten durch Vermittlung der Rentenbank gegen eine vom Anerben zu entrichtende Rentenbankrente abgelöst werden. Alle diese Bestimmungen sind aufrecht erhalten durch Art. 62, 64 Abs. 1 EG. z. BGB., wonach unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter und über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke.

Zu 4. Die rechtliche Verfügungsmacht hinsichtlich der Veräußerung von Grundstücken kann sowohl im öffentlichen als auch im privaten Interesse beschränkt sein. Im öffentlichen Interesse ist die Veräußerung von Grundstücken, die dem Gebrauch im Dienste der Religion gewidmet sind, beschränkt, nämlich von Kirchengebäuden und Kirchhöfen. Kirchen und „andere dahin gehörige Gebäude" sind nach § 170 PALR. II 11 ausschließliches Eigentum der Kirchengemeinde, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind. Ebenso sind Synagogen Eigentum der jüdischen Gemeinde. Die Veräußerung dieser Gebäude ist nicht schlechthin verboten. Sie können auch in das Eigentum von Privatpersonen übergehen, aber sie dürfen ihrer öffentlich-rechtlichen Bestimmung dadurch nicht entzogen werden (RG. E. 31 S. 218). Auch durch Zwangsversteigerung kann das Eigentum an einem Kirchengebäude nur mit der sich aus der Bestimmung des Gebäudes, dem öffentlichen Gottesdienste zu dienen, ergebenden Einschränkung auf den Ersteher übergehen, selbst wenn dieser beim Erwerbe von dieser Bestimmung des Gebäudes keine Kenntnis gehabt hat (RG. Bolze 8 Nr. 674, 1020). Wegen der Synagogen vgl. PKabO. vom 26. Oktober 1840, JMBl. S. 340.

Die Kirchhöfe stehen nach § 183 PALR. II 11 in der Regel im Eigentume der lokalen (RG. Blum Urt. u. Ann. 1 S. 236) Kirchengemeinde, nach rheinischem Rechte im Eigentume der Zivilgemeinde (RG. Rhein. A. 76 Abt. 3 S. 60, E. 14 S. 305). Sie sind, wie alle Begräbnisplätze (KabO. v. 14. April 1840 u. v. 26. Oktober 1840, JMBl. S. 143 340), dem freien Verkehr entzogen, können aber, sofern nur ihre öffentlich-rechtliche Bestimmung gewahrt bleibt, in das Eigentum von Privatpersonen übergehen und Gegenstand sonstiger dinglichen Rechte von Privatpersonen sein (RG. E. 7 S. 157, Bd 12 S. 283, Bd 27 S. 256, Bd 31 S. 218, Gruch. 33 S. 107, Rhein. A. 80 Abt. 3 S. 101). Die außer Gebrauch gesetzten öffentlichen Begräbnisplätze sollen vor Ablauf von 40 Jahren seit erfolgter Schließung nicht veräußert werden. Nur ausnahmweise ist eine frühere Veräußerung der kirchlichen Begräbnisplätze mit Genehmigung des Min. der geistl. Angel., der kommunalen mit Genehmigung desselben Ministers und des Min. des Innern statthaft (Min. Rescr. v. 28. Januar 1830 v. Kamptz Ann. 14 S. 183). Das bloße Aufhören von Beerdigungen genügt demnach nicht, um die Verkehrsbeschränkung zu beseitigen (RG. Gruch. 33 S. 107).

Während die dem öffentlichen Rechte angehörigen Beschränkungen der rechtlichen Verfügungsmacht sich auf alle Grundstücke oder auf ganze Kategorien von Grundstücken beziehen, können private Veräußerungsverbote oder Beschränkungen immer nur inbezug auf einzelne Grundstücke in Frage kommen. Nach § 137 BGB. kann (abweichend v. bisher. preuß. Rechte, vgl. Turnau I S. 207 Anm. B 2) die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht — und ein solches ist auch das Eigentumsrecht — durch Rechtsgeschäfte (Vertrag, Testament, Vermächtnis mit dinglicher Wirkung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (Mot. III S. 77). Wegen der dennoch zulässigen Beschränkungen des Erben durch einen Testamentsvollstrecker vgl. Anm. IV 5 a zu § 925. Wichtiger ist die daselbst erörterte, durch Art. 59 EG. z. BGB. aufrecht erhaltene Befugnis des Eigentümers eines Grundstücks, diesem die Fideikommißeigenschaft beizulegen und dadurch die Fideikommißfolger in der Veräußerung und Belastung zu beschränken. Mit Aufrechterhaltung dieser Bestimmungen ist die Regel des § 137 BGB. positiv durchbrochen (vgl. das Nähere in Anm. IV 5 a zu § 925). Weitere Ausnahmen finden sich in den durch Art. 62, 64 Abs. 1 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Landesgesetzen über Rentengüter und über das Anerbenrecht. So kann nach § 4 PG. betr. d. Beförd. d. Errichtung v. Rentengütern, v. 7. Juli 1891 (GS. S. 279), solange eine Rentenbankrente auf dem Rentengute haftet, die Aufhebung der wirtschaftlichen Selbständigkeit und die Zerteilung des Rentenguts, sowie die Abveräußerung von Teilen rechtswirksam nur mit Genehmigung der Generalkommission erfolgen (vgl. Bd II Ergänz. IV). Nach dem PG., betr. d. Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, v. 8. Juni 1896 (GS. S. 124) können Rentengüter,

Digitized by Google

welche nach § 12 G. v. 7. Juli 1891 durch Vermittlung der Generalkommission oder nach dem G. v. 27. Juni 1890 (GS. S. 209) vom Staate begründet sind oder künftig begründet werden, ferner die Rentengüter, die nach den §§ 1, 2, 10 G. v. 7. Juli 1891 der Rentenbank rentenpflichtig geworden sind oder künftig werden, und endlich die Ansiedlerstellen, die nach dem G., betr. die Beförderung deutscher Ansiedelungen in den Prov. Westpreußen und Posen, v. 26. April 1886 zu Eigentum ausgegeben sind oder künftig ausgegeben werden, durch Eintragung der Anerbengutseigenschaft zu Anerbengütern gemacht werden (§ 1). Diese Eintragung erfolgt auf das von der zuständigen Behörde (Generalkommission oder Behörde, die den Staat bei Errichtung des Rentenguts vertreten hat, oder Ansiedlungskommission) nach Anhörung des Eigentümers von Amts wegen zu stellende Ersuchen. Grundstücke, die dem Anerbengute nach § 890 Abs. 2 BGB. zugeschrieben werden, erlangen durch die Zuschreibung Anerbengutseigenschaft (§§ 2—4). Der Eigentümer eines Anerbenguts kann ohne die Genehmigung der Generalkommission weder durch Verfügung unter Lebenden noch von Todes wegen die Zerteilung des Anerbenguts oder die Abveräußerung von Teilen vornehmen. Wenn er durch Verfügung unter Lebenden das Gut im ganzen an einen anderen als an einen seiner Nachkommen, Geschwister, deren Nachkommen oder seine Ehefrau veräußert, so ist hierzu die Genehmigung der Generalkommission erforderlich, jedoch nur hinsichtlich der nach Inkrafttreten des Gesetzes v. 26. April 1886 begründeten oder rentenpflichtig gewordenen Rentengüter und Ansiedlerstellen (§ 7). Außerdem hat der Eigentümer, der die Abschreibung von Teilen eines Anerbenguts beantragt, die Erklärung der Generalkommission darüber beizubringen, ob mit dem Trennstücke die Anerbengutseigenschaft übertragen werden soll. Die Übertragung unterbleibt, wenn die Generalkommission hierin einwilligt (§ 8). Vgl. Bd II Ergänz. V.

Soweit die rechtlichen Beschränkungen dem öffentlichen Rechte angehören (Kirchen, Kirchhöfe), wirken sie gegen jeden Dritten ohne Eintragung. Die gesetzlichen Beschränkungen des Erben durch einen Testamentsvollstrecker erlangen dingliche Wirksamkeit durch Eintragung der Tatsache, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, die gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben durch den Nacherben durch Eintragung der Rechte des Nacherben (vgl. Anm. IV 5 a zu § 925). Die Beschränkungen des Fideikommißbesitzers und des Anerbengutseigentümers sind gegen jedermann wirksam, wenn die Eigenschaft des Grundstücks als Familienfideikommiß- oder Anerbenguts im Grundbuche vermerkt ist. Die Beschränkung des Eigentümers eines mit einer Rentenbankrente belasteten Rentenguts wirkt infolge der Eintragung der Rente dinglich.

Vgl. Anm. 8 zu § 1113.

B. Viel wichtiger und umfangreicher sind die tatsächlichen Beschränkungen des Eigentums, von denen allein die §§ 903—924 handeln. Auch diese sind jedoch im BGB. nicht vollständig geregelt. Ganz ausgeschlossen sind von der Regelung im BGB. die dem öffentlichen Rechte angehörenden Beschränkungen, bezüglich deren Art. 111 EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken.

Bestimmt sind im BGB. nur diejenigen, die tatsächliche Verfügung über ein Grundstück betreffenden Beschränkungen, die die im Eigentume liegenden Befugnisse im Interesse des privaten Rechtslebens begrenzen. „Die bestimmten Beschränkungen sind nicht sämtlich nachbarrechtlicher Natur. . . . Es kommen auch Beschränkungen vor, die zugunsten eines jeden lauten, der durch seine Tätigkeit in den räumlichen Herrschaftsbezirk des Eigentümers hinüberwirkt, wie denn auch anderseits gewisse Handlungen, die an sich das Recht des Eigentümers nicht verletzen oder deren rechtsverletzender Charakter mindestens bezweifelt werden könnte, durch die §§ 907 bis 909 einem jeden, nicht bloß dem Nachbar, verboten werden. Die den Inhalt des Eigentums im einzelnen näher bestimmenden und begrenzenden Vorschriften sind deshalb nicht ihrem Wesen nach nachbarrechtlicher Natur, sondern nur einzelne

von ihnen regeln das Verhältnis von Nachbar zu Nachbar. . . . Das BGB. verfolgt nicht das Ziel, in der dem Zwecke des privaten Rechtsverkehrs dienenden Begrenzung des Inhalts des Eigentums an Grundstücken vollständig zu sein und dem Partikularrechte keinen Raum zu lassen. Im BGB. wird nur ein solches Maß von Eigentumsbeschränkungen bestimmt, das für alle lokalen Verhältnisse paßt. Insoweit eine Beschränkung nicht aufgestellt wird, gilt das Prinzip, daß der Eigentümer als solcher zu jeder tatsächlichen Verfügung über das Grundstück, deren Wirkung dessen Grenzen nicht überschreitet, mit Ausschluß aller anderen Personen berechtigt ist; mithin entsteht keine Lücke" (Mot. III S. 258). Den lokalen Bedürfnissen ist Rechnung getragen durch die Bestimmung des Art. 124 EG. z. BGB.:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im BGB. bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, nach welchen Anlagen sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen.

Außer durch Gesetz können tatsächliche Beschränkungen auch durch Vertrag oder durch andere privatrechtliche Titel begründet werden. Letztenfalls werden sie regelmäßig den Charakter von Dienstbarkeiten haben (Mot. III S. 260 Nr. 8). Soweit sie auf Gesetz (im Sinne des Art. 2 EG. z. BGB.) beruhen, enthalten sie eine Einengung des Eigentumsbegriffs und wirken daher ohne Eintragung gegen jeden Besitzer des Grundstücks. Soweit sie dem öffentlichen Rechte angehören, können sie nicht aufgehoben werden (RG. Gruch. 24 S. 430) und begründen einen Entschädigungsanspruch nur, wenn ein solcher in den Gesetzen ausdrücklich vorbehalten ist (RG. Gruch. 35 S. 117). — Der gesetzgeberische Grund, der zur Einführung solcher Beschränkungen zwingt, ist der, daß das einzelne Grundstück keine derart gesonderte Existenz führt, daß tatsächliche Verfügungen darüber das öffentliche Interesse oder das Interesse von Privatpersonen unberührt lassen. „Das Eigentum an einem Grundstücke kann nicht als für sich allein bestehend und losgelöst von den Beziehungen betrachtet werden, die sich mit Notwendigkeit aus einem geordneten bürgerlichen Zusammenleben ergeben" (RG. E. 37 S. 335). Wie neben den auf Gesetz beruhenden privatrechtlichen Beschränkungen der tatsächlichen Verfügungsmacht solche durch Vertrag begründet werden können, so können anderseits auch die auf privatrechtlichen Gesetzen beruhenden tatsächlichen Beschränkungen durch Vertrag beseitigt werden (OTrib. E. 70 S. 103, Arch. 90 S. 148, 248; RG. Gruch. 24 S. 428, Bd 34 S. 882, Bd 35 S. 119, Bd. 36 S. 968). Geschieht dies zugunsten eines Grundstücks, so kann die Befreiung den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, muß dann aber eingetragen werden, wenn sie dinglich wirken soll.

Endlich wird die Befugnis der Landesgesetzgebungen, das nachbarliche Zusammenleben durch Polizeigesetze zu regeln, durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes, ohne daß es eines Vorbehalts bedurfte, nicht berührt (Mot. III S. 259 Nr. 5). In Preußen ist das polizeiliche Verordnungsrecht, das allgemeine Normen aufzustellen hat, soweit die Gesetze im einzelnen nicht mehr zulassen, nach § 10 ALR. II 17 darauf beschränkt, das Erforderliche zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publikum oder Einzelpersonen bevorstehenden Gefahren zu verfügen. Es darf nicht angewendet werden, um einen Nachbar gegen den anderen vor Belästigungen oder wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen (OVG. E. 39 S. 280). Überhaupt steht der Polizei die Ordnung privatrechtlicher Verhältnisse nicht zu (das. S. 400).

a. An tatsächlichen Beschränkungen des Eigentums, die im öffentlichen Rechte wurzeln, kommen besonders in Betracht:

1. Die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, welche durch das ReichsG. v. 21. Dezember 1871 (RGBl. S. 459) auferlegt sind. Das Aufführen von Gebäuden und Anlagen, das Erhöhen oder Vertiefen des Grund

und Bodens ꝛc. sind teils völlig verboten, teils nur mit Beschränkungen oder mit Genehmigung der Kommandantur zulässig. Die Umgebung der Festungen wird in drei Rayons zerlegt. In den zunächst gelegenen Rayons sind die Beschränkungen umfangreicher als in den entfernteren. Im Falle der Armierung der Festung müssen die Eigentümer bauliche und sonstige Anlagen niederlegen, Pflanzen beseitigen und Materialienvorräte wegschaffen (§§ 43 ff.)

2. Nach dem ReichsG. über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. Februar 1875 (RGBl. S. 52), das ergänzt und abgeändert ist durch die ReichsG. v. 21. Juni 1887 (RGBl. S. 245) u. v. 24. Mai 1898 (RGBl. S. 357. Der jetzt maßgebende Text des Gesetzes ist im RGBl. 1898 S. 361 und die Ausführungsbestimmungen dazu sind das. S. 921 abgedruckt) müssen die Grundeigentümer dulden, daß ihre Grundstücke zu Truppenübungen benutzt werden; nur Gebäude, Wirtschafts- und Hofräume, Gärten, Parkanlagen, Holzschonungen, Dünenanpflanzungen, Hopfengärten und Weinberge, sowie die Versuchsfelder landwirtschaftlicher Lehranstalten und Versuchsstationen sind von dieser Beschränkung befreit (§ 11). Befinden sich auf dem Grundstücke Brunnen und Tränken, so ist der Eigentümer verpflichtet, marschierende, biwakierende, kantonnierende und übende Truppen, falls die vorhandenen öffentlichen Brunnen und Tränken für die Bedürfnisse der Truppen nicht ausreichen, zur Mitbenutzung zuzulassen, auch wenn zu diesem Zwecke Wirtschafts- und Hofräume betreten werden müssen (§ 12). Endlich sind die Besitzer von Schmieden verpflichtet, marschierende, biwakierende und kantonnierende Truppen zur Mitbenutzung der Schmieden gegen angemessene Vergütung zuzulassen (§ 13).

3. Nach § 57 PrALR. II 15 können die Eigentümer der Ufer öffentlicher Flüsse den Schiffahrenden nicht wehren, sich des Leinpfades an selbigen zu bedienen, daran zu landen, die Schiffe zu befestigen und die Ladung im Notfall eine Zeit lang an das Ufer auszusetzen. Der Leinpfad ist auf Anordnung der Verwaltungsbehörden auszulegen. Eine Entschädigung dafür kann der Eigentümer nicht beanspruchen (OTrib. Entsch. 17 S. 374). Ähnliche Bestimmungen im c. civ. Art. 556 Abs. 3, 650 sind durch Art. 89 Nr. 2 PAG. z. BGB. aufgehoben. Die Leinpfadlast ist öffentlich-rechtlicher Natur. Der Umstand, daß der Leinpfadverkehr sich tatsächlich seit langer Zeit nur auf dem einen Ufer bewegt hat, befreit das andere Ufer nicht von dieser gesetzlichen Last und schützt den Eigentümer nicht vor einer Verlegung des Leinpfads durch die Schiffahrtspolizeibehörde. Beschränkt diese den Verkehr auf das eine Ufer und verbietet ihn auf dem anderen, so braucht der Eigentümer dieses anderen Ufers den Leinpfadverkehr nicht zu dulden (OVG. E. 41 S. 260).

4. Begrifflich ergibt sich aus dem Eigentum an Grundstücken die Befugnis des Eigentümers, das Grundstück mit Gebäuden zu besetzen und bestehende Gebäude zu verändern (§ 903 BGB., § 65 PALR. I 8). Gerade in Beziehung auf diese Befugnis ist jedoch das Eigentum äußerst beschränkt. In jedem einzelnen Falle muß der Eigentümer bei der Baupolizeibehörde die Baugenehmigung nachsuchen (§§ 65 ff. PALR. I 8), selbst wenn es sich um den Wiederaufbau eines durch Feuer oder sonstige Naturgewalten zerstörten Gebäudes handelt. Bei der Prüfung des Baugesuchs ist das allgemeine und das Interesse der Nachbarn zu berücksichtigen (§§ 66, 68, 71 das.). Zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte oder öffentlichen Plätze soll kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden. Bei der Frage, ob eine Verunstaltung vorliegt, kommen nicht nur die Wände an der Straßenfront, sondern alle von der Straße aus sichtbaren Wände in Betracht (OVG. E. 33 S. 404, Bd 40 S. 393.) Die Polizeibehörden sind nicht befugt, die Baufreiheit zugunsten privater Interessen des Eigentümers eines Nachbargrundstücks einzuschränken (OVG. E. 42 S. 353, Bd 45 S. 414). Im öffentlichen Interesse kann sie z. B. die Fronthöhe der Gebäude (OVG. E. 45 S. 393) und die Mindeststärke der Mauern (OVG. E. 45 S. 405) bestimmen. Die Behörde kann entweder in jedem einzelnen Falle die erforderlichen Anweisungen erteilen oder auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege (§ 136 ff. PG. über die allg. Landesverw. v. 30. Juli 1883, GS.

S. 195; §§ 5—15 PG. über die Polizeiverw. v. 11. März 1850) den Erlaß von ortspolizeilichen Vorschriften bewirken, wodurch die im öffentlichen Interesse an Bauten zu stellenden Anforderungen allgemein bestimmt werden, und darauf bei ihrer Entscheidung über die einzelnen Baugesuche verweisen (RG. Gruch. 35 S. 117). Ist ein Bau ohne baupolizeiliche Genehmigung ausgeführt, so kann die Behörde, wenn es das öffentliche Interresse erheischt, die Änderung und sogar die Niederlegung des Gebäudes anordnen (§§ 71, 72 ALR. I 8). Überall wacht hier die Polizeibehörde über die Befolgung allgemeiner gesetzlicher Vorschriften; erteilt sie die Bauerlaubnis, so erteilt sie damit dem Eigentümer kein Recht, das ihm nicht schon nach gesetzlicher Vorschrift zusteht; versagt sie die Erlaubnis, so entzieht sie ihm kein Recht, das ihm an sich zustände (RG. Gruch. 38 S. 1108, Bd 35 S. 117, Bd 40 S. 1043, JW. 1895 S. 86 Nr. 19). Daher steht dem Eigentümer im Falle der Versagung kein Entschädigungsanspruch zu. Ist die Bauerlaubnis aber einmal erteilt und wird sie demnächst zurückgezogen, nachdem mit dem Baue schon begonnen ist, so steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Ersatz der unnütz aufgewendeten Kosten ꝛc. zu (OVG. E. 24 S. 362, Jaeckel in Gruch. 40 S. 61; a. M. RG. E. 34 S. 243). Wird ein unter Beobachtung der baupolizeilichen Vorschriften aufgeführtes Gebäude durch Feuer ꝛc. zerstört, so bedarf es, wie schon erwähnt, zur Wiederaufführung der baupolizeilichen Erlaubnis, weil geprüft werden muß, ob der geplante Neubau sich in den Grenzen des früheren Baues hält und auch sonst den polizeilichen Vorschriften entspricht; wird aber die Wiedererrichtung des Gebäudes überhaupt untersagt, so kann dies nicht auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, die eine Einschränkung des Eigentumsbegriffs enthalten, geschehen sein, sondern es kann sich dabei nur um Aufopferung der im Eigentume liegenden gesetzlichen Befugnisse des Eigentümers zugunsten eines Gemeinwesens handeln und es ist dann der Eigentümer nach allgemeinen Grundsätzen (PALR. Einl. §§ 74, 75, I 8 § 31, PVerfUrk. Art. 7) zu entschädigen. (OTrib. Präj. 220, PräjS. 1 S. 24, E. 43 S. 23). Auf demselben Grunde beruhen die höchstrichterlichen Aussprüche, daß die Untersagung der Bebauung eines Grundstücks oder eines Teiles eines solchen *für immer* Entschädigungspflicht begründet (RG. JW. 1896 S. 400 Nr. 23), daß der Eigentümer dagegen aus der Nichtgenehmigung eines einzelnen Bauprojekts Entschädigungsansprüche nicht herleiten könne (RG. E. 28 S. 275). Wird beispielsweise den Eigentümern untersagt, Gebäude über eine gewisse Höhe hinaus überhaupt aufzuführen, weil sonst die Aussicht auf ein Denkmal gehindert werden würde, so ist Entschädigungspflicht (der Gemeinde) begründet (RG. Gruch. 29 S. 935).

Sehr erhebliche Baubeschränkungen hatte die räumliche Entwickelung der *Städte* zur Folge. In früherer Zeit wurden seitens der Polizeiobrigkeit Pläne aufgestellt, die die Normen für die Bebauung neuer Stadtteile gaben. Die zu Straßen, Vorgärten und Plätzen bestimmten Flächen durften nicht bebaut werden. Wurde die Erlaubnis zu einem Bau lediglich mit Rücksicht auf den Bebauungsplan versagt, so war die Stadtgemeinde entschädigungspflichtig (OTrib. E. 53 S. 35, Bd 56 S. 21, Bd 80 S. 34, Arch. 99 S. 255; RG. E. 6 S. 295, Bd 23 S. 281, Bd 32 S. 202, Gruch. 30 S. 1043, Bd 31 S. 1069, Bd 34 S. 1093), und zwar dem Eigentümer, dem die Erlaubnis versagt (wurde nicht dem Vorbesitzer oder Besitznachfolger, RG. E. 32 S. 203, Gruch. 41 S. 994). So ist die Rechtslage *in Preußen* auch jetzt noch, wenn eine Bauerlaubnis mit Rücksicht auf einen noch nicht veröffentlichten Bebauungsplan versagt wird (RG. E. 21 S. 212, Bd 28 S. 275, Gruch. 35 S. 1107, Bd 38 S. 1099, Bd 39 S. 412, Bd 42 S. 1058. JW. 1898 S. 98 Nr. 100, 101). Für den Fall, daß der Bebauungsplan zur Zeit der Nachsuchung einer Bauerlaubnis bereits veröffentlicht war, ist dagegen die Rechtslage durch die Bestimmungen des *PG. betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften*, v. 2. Juli 1875 (GS. S. 561) nach zwei Richtungen hin zugunsten der Gemeinden erheblich geändert. Nach §§ 11, 13 tritt mit der Offenlegung des auf Grund dieses Gesetzes aufgestellten (RG. JW. 1896 S. 181 Nr. 59) Planes die Beschränkung des Grundeigentümers, daß Neubauten, Um- und Ausbauten über die Fluchtlinie hinaus

versagt werden können, ein, ohne daß den Gemeinden zunächst eine Entschädigung auferlegt ist. Die Entschädigungspflicht tritt erst dann ein, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 1—3 gegeben sind. Sodann aber kann nach § 12 das. durch Ortsstatut festgestellt werden, daß an Straßen oder Straßenteilen, die noch nicht nach den baupolizeilichen Bestimmungen des Ortes für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig hergestellt sind, Wohngebäude, die nach diesen Straßen einen Ausgang haben, nicht errichtet werden dürfen, und für diese Beschränkung der Baufreiheit kann nach § 13 Abs. 1 das. eine Entschädigung überhaupt nicht gefordert werden. Das Ortsstatut hat diese Wirkungen auch dann, wenn es sich auf Fluchtlinien bezieht, die vor dem Inkrafttreten des G. v. 2. Juli 1875 festgesetzt sind (RG. E. 23 S. 279, JW. 1898 S. 691 Nr. 100). Voraussetzung ist aber in allen Fällen, daß es sich nicht um bestehende ältere, sog. historische, Straßen handelt (RG. E. 23 S. 282, JW. 1898 S. 98 Nr. 100) und daß die Straße projektiert und noch nicht völlig hergestellt ist (RG. JW. 1898 S. 691 Nr. 101).

Nach den PG., betr. die Gründung neuer Ansiedelungen, a. in den Prov. Preußen Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien, Sachsen, Westfalen, v. 25. August 1876, vom 16. September 1899 u. v. 10. August 1904 § 13, b. in der Prov. Hannover v. 4. Juli 1887 §§ 14 ff., c. in der Prov. Schleswig-Holstein v. 13. Juni 1888 §§ 13 ff., d. in der Prov. Hessen-Nassau v. 11. Juni 1890 §§ 1 ff. bedarf, wer außerhalb einer im Zusammenhange gebauten Ortschaft ein Wohnhaus errichten oder ein schon vorhandenes Gebäude zum Wohnhaus einrichten will, einer vom Kreisausschuß, in Stadtkreisen von der Ortspolizeibehörde zu erteilenden Ansiedelungsgenehmigung. Vor deren Aushändigung darf die polizeiliche Bauerlaubnis nicht erteilt werden. Die Genehmigung ist nach § 13 Abs. 2 G. v. 10. August 1904 nicht erforderlich für Wohnhäuser, die in den Grenzen eines nach dem G. v. 2. Juli 1875 festgestellten Bebauungsplans oder die auf einem bereits bebauten Grundstück im Zusammenhange mit bewohnten Gebäuden errichtet oder eingerichtet werden sollen. Nach § 13a das. ist die Ansiedelungsgenehmigung ferner erforderlich, wenn infolge oder zum Zwecke der Umwandlung eines Landguts oder eines Teiles eines solchen in mehrere ländliche Stellen innerhalb einer im Zusammenhange gebauten Ortschaft oder in den Fällen des § 13 Abs. 2 ein Wohnhaus errichtet oder ein vorhandenes Gebäude zum Wohnhaus eingerichtet werden soll. Nach § 13b das. darf die Ansiedelungsgenehmigung in den Prov. Westpreußen und Posen, falls es sich nicht um die einmalige Teilung eines Grundstücks zwischen gesetzlichen Erben oder um die einmalige Überlassung eines Grundstücks im Wege der Teilung seitens der Eltern an ihre Kinder handelt, nur erteilt werden, wenn eine Bescheinigung des Regierungspräsidenten vorliegt, daß die Ansiedelung mit den Zielen des Ansiedelungsgesetzes v. 26. April 1886 nicht im Widerspruche steht. Diese Vorschrift findet in den Prov. Ostpreußen und Schlesien und in den Regierungsbezirken Frankfurt a. O., Stettin und Cöslin sinngemäße Anwendung. Bei Ansiedelungen, die durch Vermittlung der Generalkommission nach dem RentengutsG. v. 7. Juli 1891 entstehen, ist die Generalkommission die Genehmigungsbehörde (G. v. 10. August 1904 Art. III). — Ist die Anlegung ohne Genehmigung erfolgt, so kann der Unternehmer nicht zur Einholung der Genehmigung, aber zum Wegschaffen der Anlagen gezwungen werden (OVG. E. 7 S 333, Bd 22 S. 381, Bd 43 S. 394). Die Genehmigung ist nicht übertragbar. Findet eine Veräußerung unter Aufgeben der Ansiedelungsabsicht nach Erteilung der Genehmigung, aber vor Errichtung des genehmigten Wohnhauses statt, so muß der Grundstückserwerber von neuem um die Genehmigung einkommen (OVG. 44 S. 409). (Über den Begriff der Kolonie vgl. OVG. E. 24 S. 389, Bd 35 S. 402, Bd 37 S. 424, Bd 43 S. 399, 404). — Ähnliche Bestimmungen enthält das lauenburgische G. v. 4. November 1874 (Offiz. Wochenbl. S. 291; vgl. dazu PZuständG. v. 1. August 1883 § 148). Nach dem zu den G. zu a — d erlassenen ErgänzG. v. 16. September 1899 und nach dem G. v. 10. August 1904 kann die Ansiedelungsgenehmigung auch auf Einspruch eines unter dem zu besiedelnden Grundstück oder in dessen Nähe belegenen Bergwerks versagt werden (vgl. dazu OVG. E. 8 S. 349, 351,

Bd 23 S. 183, Bd 42 S. 374, 379, 381). Der nach §§ 148—151 BergG. zu entschädigende Grundstückseigentümer muß auf Verlangen des Bergwerksbesitzers die Eintragung eines Vermerks in das Grundbuch bewilligen, daß die Genehmigung auf Einspruch des Bergwerksbesitzers versagt und welche Entschädigung gezahlt ist. Darüber, ob ein solcher Vermerk nach BGB. zulässig ist, vgl. Anm. I 2 zu § 1019.

Endlich bedarf in Preußen, wer in der Umgebung einer Waldung, die mehr als 100 Hektar im räumlichen Zusammenhang umfaßt, innerhalb einer Entfernung von 75 Meter eine Feuerstelle errichten will, der Genehmigung der Behörde, die für die Erteilung der Genehmigung zur Errichtung von Feuerstellen zuständig ist. Vor der Aushändigung der Genehmigung darf die polizeiliche Bauerlaubnis nicht erteilt werden (§§ 47 ff. Feld- und ForstpolizG. v. 1. April 1880).

In den letzterwähnten Fällen kann Niederlegung der ohne Genehmigung aufgeführten Gebäude angeordnet werden. Eine Entschädigung für Versagung der Genehmigung ist dem Eigentümer nicht gegeben.

5. Auch die Befugnisse des Eigentümers in Ansehung der tatsächlichen Verfügung über bestehende Gebäude sind in Preußen beschränkt. In den §§ 36—64 ALR. I 8 sind ausführliche Bestimmungen in dieser Beziehung gegeben. Gebäude in Städten, die an Straßen oder öffentliche Plätze stoßen (die §§ 36 ff., 58 können nicht auf anders gelegene Gebäude ausgedehnt werden; RG. Gruch. 35 S. 936, E. 31 S. 248), dürfen ohne polizeiliche Erlaubnis nicht abgebrochen oder sonst zerstört werden. Der Eigentümer muß sie, soweit es zur Erhaltung der Substanz und Verhütung allen Schadens und Nachteils für das Publikum notwendig ist, in baulichem Zustand unterhalten. Diese Verpflichtung bezieht sich jedoch nur auf die nach der Straße oder dem Platze zu gelegene Außenseite, nicht auf die inneren Teile des Gebäudes (RG. Gruch. 31 S. 921, Bd 35 S. 146, Bd 38 S. 943). Ist das Gebäude durch Feuer oder andere Unfälle zerstört, so hat der Eigentümer die Pflicht, es wiederherzustellen. Vernachlässigt er diese Verpflichtungen trotz Aufforderung der Obrigkeit, so kann diese den Bau auf seine Kosten veranstalten, und kann oder will er nicht die Kosten vorschießen, so kann die Obrigkeit, ohne daß es vorher eines weiteren Verfahrens bedarf, das Grundstück nach den Bestimmungen des PAG. z. ZVG. Art. 28—32 zur Versteigerung bringen mit der Bedingung, daß der Erwerber das Gebäude wiederherstelle. Ein baufälliges, an der Straße oder einem öffentlichen Platze der Stadt belegenes Gebäude kann die Polizeibehörde, wenn die Wiederherstellung sich auf dem angegebenen Wege nicht erreichen läßt, oder wenn der Eigentümer die polizeiliche Aufforderung, das den Einsturz drohende Gebäude auszubessern oder niederzureißen (StGB. § 367 Nr. 13), unbeachtet läßt, abbrechen und die Materialien an den Meistbietenden verkaufen lassen (RG. JMBl. 1891 S. 3, Gruch. 34 S. 880). Eine Entschädigung von der Gemeinde kann der Eigentümer selbst dann nicht verlangen, wenn Abbruch angeordnet ist, obwohl Reparatur noch möglich war: er kann sich nur an den Beamten halten, der den Irrtum verschuldet hat (RG. E. 34 S. 294, JW. 1895 S. 151 Nr. 24; vgl. dagegen RG. JMBl. 1891 S. 6, Gruch. 34 S. 880). Verwendungen, welche die Obrigkeit auf ein im Verfalle befindliches Haus zur Abwendung dringender Gefahr gemacht hat, sind bei der Zwangsversteigerung aus dem Erlöse vor allen anderen Ansprüchen zu befriedigen (PAG. z. ZVG. Art. 30, ALR. I. 8 § 43). Nach §§ 60 ff. PALR. I. 8 können ländliche Grundstücke, wenn der Eigentümer sie so verfallen läßt, daß die öffentlichen Abgaben und Prästationen nicht mehr entrichtet werden können, oder wenn er die zum Gute notwendigen Gebäude, ohne die jenes nicht bewohnt oder nicht bewirtschaftet werden kann, eingehen läßt, von der Obrigkeit zur Versteigerung gebracht werden, wenn die Aufforderung an den Eigentümer, seine Pflicht zu erfüllen, ohne Erfolg geblieben ist. Darüber, ob diese letzteren Bestimmungen (§§ 60 ff.) noch bestehen oder durch das Landeskulturedikt v. 14. Novbr 1811 aufgehoben sind, herrschen Zweifel. Es wird anzunehmen sein, daß diese Vorschriften nur noch insoweit gelten, als sie die Unterhaltung der Gebäude im Interesse der öffentlichen

Sicherheit betreffen (RG. JMBl. 1891 S. 5, Gruch. 34 S. 884). Das PAG. z. BGB. Art. 89 bezeichnet die §§ 60—69 als nicht aufgehoben, nach der Begründung (AbgHaus, 19. LegislPer. I. Session 1899 zu Nr. 34 S. 209) hat jedoch dadurch jene Streitfrage nicht entschieden werden sollen. Das PAG. z. ZVG. Art. 28 geht vom Fortbestehen des § 60 aus.

Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, sein Haus stehen zu lassen, weil durch den Abbruch einem Nachbarhause die Stütze entzogen würde. Doch hat er § 367 Nr. 15 StrGB. und etwaige Polizeivorschriften zu beobachten (RG. Gruch. 46 S. 975).

6. Nach PALR. I. 8 § 97 darf niemand an öffentlichen Flüssen, wenngleich auf seinem Eigentume, Schleusen, Wehre, Dämme (anders nach gemein. Rechte, RG. Ann. 7 S. 207) und Brücken anlegen oder ändern, ohne daß zuvor die Nachbarn vernommen sind und die Einwilligung des Staates beigebracht ist.

7. Nach PALR. I. 8 §§ 83 ff. waren die Eigentümer von Privatwaldungen in dem Abtreiben des Holzes im öffentlichen Landeskulturinteresse beschränkt. Das Ed. zur Beförderung der Landeskultur v. 14. November 1811 hob diese Beschränkungen auf; aber auch hier hat die Gesetzgebung sich zu einer rückläufigen Bewegung genötigt gesehen. Durch Verord. v. 24. Dezember 1816 wurden die den Gemeinden und öffentlichen Anstalten gehörigen Wälder in den Prov. Sachsen, Westfalen und in Kleve, Berg und Niederrhein und durch G. v. 14. August 1876 die in den Prov. Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen unter die Oberaufsicht des Staates gestellt. Dieser hat darauf zu halten, daß der Bewirtschaftung Betriebspläne zugrunde gelegt werden und daß die Benutzung und Bewirtschaftung sich „innerhalb der Grenzen der Nachhaltigkeit" bewegt. Ähnliche Bestimmungen gibt das Ges. v. 14. März 1881 für gemeinschaftliche Holzungen, sofern nicht die Gemeinschaft nachweisbar durch ein besonderes privatrechtliches Verhältnis entstanden ist. Endlich können nach dem G. v. 6. Juli 1875, das durch G. v. 25. Februar 1878 auf Lauenburg ausgedehnt ist, die Eigentümer von Waldgrundstücken in gewissen, genau bestimmten Fällen, in denen aus ihrer Bewirtschaftung den benachbarten Grundstücken oder der Allgemeinheit erhebliche Gefahren drohen, behufs Abwendung dieser Gefahren auf Antrag der gefährdeten Interessenten, der Gemeinde-, Amts-, Kreis- und sonstigen Kommunalverbände und der Landespolizeibehörde gegen Entschädigung genötigt werden, sich den Anordnungen der Behörde über die Art der Benutzung der gefahrdringenden Grundstücke und über die Ausführung von Waldkulturen oder sonstigen Schutzanlagen zu fügen (§§ 1 ff.). Wo die forstmäßige Benutzung nebeneinander oder vermengt gelegener Waldgrundstücke oder Flächen oder Heideländereien nur durch das Zusammenwirken aller Beteiligten zu erreichen ist, können auf Antrag jedes einzelnen Besitzers, des Gemeinde- oder sonstigen Kommunalverbandes, in dessen Bezirke die Grundstücke liegen, und auf Antrag der Landespolizeibehörde die Eigentümer dieser Besitzungen zu einer Waldgenossenschaft vereinigt werden. Die Beteiligten werden zwar über ihre Zustimmung zu dem Antrage gehört; die in der Minderheit Bleibenden werden aber zwangsweise Mitglieder der Genossenschaft (§§ 23 ff.). In Schleswig-Holstein sind gewisse Waldungen (die Bondenhölzer) der Staatsaufsicht unterstellt. Sie dürfen nur zur Holzkultur verwendet, müssen eingefriedigt und haushälterisch benutzt werden. Aus einer Einigung des Eigentümers mit dem Fiskus, durch die dem Eigentümer gestattet wird, den Teil seines Grundstücks, der Bondenholz ist, abzuholzen und als Acker zu benutzen, unter der Verpflichtung, einen anderen Teil des Grundstücks zum Bondenholz zu machen, kann eine Eintragung in das Grundbuch nicht bewirkt werden, weil ein derartiges dingliches Recht nach BGB. nicht begründet werden kann (RG. Rsp. 6 S. 490).

8. Nach PALR. I. 8 § 100 hat jeder Eigentümer die über sein Grundstück gehenden Gräben und Kanäle, durch die das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß hat, zu unterhalten. Diese Vorschrift ist teils öffentlich-rechtlicher, teils privatrechtlicher Natur (OTrib. E. 10 S. 245, Arch. 100 S. 78; RG. Gruch. 24 S. 430, Bd 25 S. 963).

Durch sie wird auch der ordentliche und gewöhnliche Ablauf des Grundwassers und Quellwassers, nicht bloß des Niederschlagswassers geschützt (RG. Gruch. 24 S. 430, Bd 35 S. 404, JW. 1900 S. 673 Nr. 41), aber sie bezieht sich nicht auf Grubenwasser und sonstige Abwässer. Diese braucht der Grabeneigentümer in den Graben nicht aufzunehmen (OVG. E. 29 S. 267; RG. E. 57 S. 190), da die Gräben nicht, wie die Privatflüsse, die natürlichen Rezipienten solchen Wassers sind, das aus wirtschaftlichen Gründen künstlich fortgeschafft werden muß (RG. E. 59 S. 138). Der Eigentümer braucht Wasser, das nur auf künstlichem Wege zugeführt wird, nicht in seinen Graben aufzunehmen (RG. E. 24 S. 213, Bd 57 S. 190, Bd 59 S. 138, JW. 1896 S. 85 Nr. 81, 1900 S. 673 Nr. 41). Ein natürlicher Wasserablauf kann bei der Drainage angenommen werden (RG. JW. 1889 S. 212 Nr. 30). Wenn dem natürlichen Ablaufe durch künstliche Vorrichtungen nachgeholfen und dadurch der Wasserzufluß vermehrt oder beschleunigt wird, so kann der zur Erhaltung des Grabens Verpflichtete dies nur verwehren, wenn daraus eine Belästigung für ihn entsteht (RG. Gruch. 30 S. 935, JW. 1896 S. 95 Nr. 81, 1898 S. 212 Nr. 30). Aus dem bloßen Vorhandensein eines Grabens auf dem unteren Grundstück allein folgt noch nicht das Recht des Eigentümers des oberen Grundstücks auf Freihaltung und Unterhaltung des wild abfließenden Wassers gegenüber dem Eigentümer des unteren Grundstücks, sondern § 100 findet nur Anwendung, wenn das Wasser bereits auf dem oberen Grundstück in einen Graben gefaßt ist und wenn dieser Graben Anschluß an den Graben auf dem unteren Grundstücke hat (OTrib. E. 71 S. 10, Arch. 97 S. 277; OVG. E. 45 S. 308). Scheidegräben muß jeder Nachbar bis zur Mitte unterhalten (§ 101 das.). Streitigkeiten über die Unterhaltungspflicht unterliegen dem ordentlichen Rechtswege (RG. JW. 1898 S. 35 Nr. 90).

9. Nach § 10 des PVorflutEd. v. 15. Nov. 1811 kann derjenige, dem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzugs obliegt, zu dessen Auskrautung oder Räumung polizeilich angehalten werden, sobald aus der Vernachlässigung oder aus dem Mangel an der erforderlichen Tiefe Nachteil für die Besitzer anderer Grundstücke oder nutzbarer Anlagen oder auch für die Gesundheit der Anwohner entsteht. Die Bestimmung gehört dem öffentlichen Rechte an. Der Eigentümer kann die Kosten der Auskrautung oder Räumung von niemand erstattet verlangen. Streitigkeiten über die Räumungspflicht sind von den Wasserpolizeibehörden zu entscheiden (§ 66 PZuständG.; vgl. RG. JMBl. 1888 S. 63, 1889 S. 41, Gruch. 31 S. 1024, Bd 46 S. 1123, JW. 1895 S. 52 Nr. 46, 1896 S. 455 Nr. 71, 1898 S. 35 Nr. 90, E. 34 S. 254, Bd 37 S. 334).

10. Das POberverwaltungsgericht hat (E. 7 S. 351, Bd 8 S. 330, Bd 10 S. 180, Bd 12 S. 310, Bd 13 S. 326, Bd 18 S. 414, Bd 36 S. 401, Bd 40 S. 398) als allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Rechtes aufgestellt, daß jeder Eigentümer verpflichtet sei, sein Grundstück in einem solchen Zustande zu erhalten oder es so umzugestalten, wie es der polizeilich zu schützenden öffentlichen Interessen halber notwendig sei, möge die unzulässige Beschaffenheit des Grundstücks durch den Eigentümer selbst oder durch Dritte herbeigeführt oder durch Zufall entstanden sein. Das Obertribunal (E. 43 S. 15) hat dagegen einen Rechtsgrundsatz, der in der Nichtigkeitsbeschwerde dahin formuliert war: „Jeder Einwohner des Staates hat sein Eigentum auf seine Kosten so zu erhalten, daß es anderen nicht schädlich wird. Insbesondere ist der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, auf seine Kosten diejenige Einrichtung auf seinem Grundstücke zu treffen, welche die Polizeibehörde im Interesse der Gesundheit des Publikums für notwendig erachtet" — schlechthin geleugnet. Es handelte sich damals um die Frage, ob der Eigentümer die Kosten der polizeilich angeordneten Zuschüttung eines Teiches, dessen Ausdünstung gesundheitsgefährlich war, tragen müsse. Das Reichsgericht (E. 37 S. 331) hat in einem Falle, wo es sich um die Reinigung eines Sees handelte, dessen Ausdünstungen ebenfalls gesundheitgefährdend waren, den vom Oberverwaltungsgerichte formulierten Grundsatz dahin anerkannt, daß der Eigentümer verpflichtet sei, das ihm gehörige Grundstück in einem solchen Zustande zu erhalten, wie es das polizeilich zu schützende öffentliche Interesse erfordert; dagegen hat es dahingestellt

gelassen, ob jener Grundsatz auch dahin anzuerkennen sei, daß der Eigentümer sein Grundstück in jenem Interesse auf seine Kosten auch *umgestalten* müsse. In dieser Beschränkung läßt sich der Grundsatz rechtfertigen. Es können die §§ 37 ff., 61, 100 ALR. I. 8 und § 10 Vorflutod. als Ausflüsse eines allgemeinen Prinzips wohl angesehen werden. Ein Grundsatz, daß der Eigentümer ohne Entschädigung sein Grundstück im öffentlichen Interesse umgestalten müsse, läßt sich aus den bestehenden preuß. Gesetzen nicht herleiten, insbesondere auch nicht aus den §§ 33, 34 ALR. I. 8, nach denen der Staat im Interesse des gemeinen Wohles nur die Zerstörung oder Vernichtung und das Unbenutztlassen von Sachen untersagen kann. Das Reichsgericht hat das Bestehen eines solchen Grundsatzes auch bereits geleugnet (Gruch. 28 S. 919, Bd 33 S. 1150).

11. Nach dem PG. betr. die Bildung von *Wassergenossenschaften*, v. 1. April 1879 können zur Benutzung oder Unterhaltung von Gewässern, zur Ent- oder Bewässerung von Grundstücken, zum Schutze der Ufer, zur Anlegung, Benutzung oder Unterhaltung von Wasserläufen oder Sammelbecken, zur Herstellung und Verbesserung von Wasserstraßen (Flößereien) und anderen Schiffahrtsanlagen Genossenschaften durch Beschluß der staatlichen Behörde (öffentliche Genossenschaften) begründet werden, wenn der Nachweis eines öffentlichen oder gemeinschaftlichen Nutzens erbracht wird (§§ 1, 4, 45). Den Genossenschaften können außer den Eigentümern der bei dem Unternehmen beteiligten Grundstücke nur diejenigen Gemeinde-, Amts-, Kreis- und sonstigen Kommunalverbände, sowie diejenigen Deich- und Meliorationsverbände, deren Interessen bei dem Unternehmen beteiligt sind, als Mitglieder angehören (§ 5). Der Eintritt in eine neu zu bildende öffentliche Genossenschaft zur *Ent- und Bewässerung* von Grundstücken kann gegen den widersprechenden Eigentümer der bei dem Unternehmen zu beteiligenden Grundstücke *erzwungen* werden, wenn das Unternehmen Zwecke der Landeskultur verfolgt, und nur bei Ausdehnung auf die in dem Eigentume des Widersprechenden befindliche Grundfläche zweckmäßig ausgeführt werden kann, und wenn die Mehrheit der Beteiligten, nach der Fläche und dem Katastralreinertrage der zu beteiligenden Grundstücke berechnet, sich für das Unternehmen erklärt hat. Die öffentliche Genossenschaft ist der Aufsicht des Staates unterworfen (§ 49; vgl. auch § 94 PZuständG. v. 1. August 1883) und ihre einzelnen Mitglieder sind außerdem in der tatsächlichen Verfügung über ihre Grundstücke insoweit beschränkt, als zur Erreichung der statutenmäßigen Genossenschaftszwecke erforderlich. Die Statuten solcher *Zwangsgenossenschaften* sind Gesetze im Sinne des § 12 EG. z. ZPO. (RG. E. 31 S. 235, Bd 42 S. 305). Überdies ist der einzelne Genosse verpflichtet, zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Genossenschaft beizutragen und diese Beitragspflicht, die den gemeinen öffentlichen Lasten gleich zu achten ist, haftet als solche in dem durch das Teilnahmeverhältnis festgestellten Umfang auf den bei dem Unternehmen beteiligten Grundstücken. Die Zwangsversteigerung dieser Grundstücke wegen rückständiger Beiträge ist nicht ausgeschlossen (§ 52). Der Rechtsweg ist ausgeschlossen, wenn die Zugehörigkeit zur Genossenschaft und die Pflicht, an deren Lasten Teil zu nehmen, streitig wird (RG. Gruch. 37 S. 1139, V. 213. 04, OVG. E. 44 S. 304). Diese Vorschriften gehören dem öffentlichen Rechte an; ihr Fortbestehen ist außerdem durch Art. 65 EG. z. BGB. außer Zweifel gestellt. Das G. v. 1. April 1879 enthält keine Bestimmung, die den Genossenschaftsvorsteher ermächtigte, den Genossen das Stechen von Torf auf ihren zur Genossenschaft gehörigen Grundstücken auch dann zu untersagen, wenn die Genossenschaftsanlagen dadurch nicht geschädigt werden (OVG. E. 45 S. 327).

Das G. v. 1. April 1879 findet überhaupt keine Anwendung auf das *Deichwesen* und auf solche Entwässerungsanlagen die von Deichverbänden als Zubehörungen von Deichen ausgeführt werden (§ 2), und soweit es sich um die Errichtung neuer oder um die Verhältnisse bestehender Genossenschaften zur *Ent-* oder *Bewässerung* von Grundstücken handelt, sind ihm nicht unterworfen der Kreis Siegen, die Herzogtümer Bremen und Verden, soweit die DeichO. v. 29. Juli 1743 Anwendung findet, das Land Hadeln, das Fürstentum Lüneburg und die zur Prov. Hannover gehörigen lauenburgischen Landesteile,

Digitized by Google

soweit die lüneburgische Deich- und SielO. v. 15. April 1862 Anwendung findet oder demnächst in Anwendung gebracht werden wird, die Grafschaften Hoya und Diepholz, soweit die Deich- und AbwässerungsO. v. 22. Januar 1864 Anwendung findet oder demnächst in Anwendung gebracht werden wird, das Fürstentum Ostfriesland und die Stadt Papenburg, das Jadegebiet.

12. Weitere tatsächliche Beschränkungen ergeben sich aus dem durch Art. 66 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen preuß. G. über das Deichwesen v. 28. Januar 1848. Deiche oder ähnliche Erhöhungen der Erdoberfläche (z. B. erhöht gebaute Wege; RG. E. 26 S. 302) dagegen nicht die forstmäßige Anpflanzung von Bäumen, OVG. E. 42 S. 262, oder die Lagerung von Hölzern oder Ziegeln, OVG. E. 41 S. 275, Bd 43 S. 276, oder die Errichtung von Gebäuden, das. Bd 44 S. 316), welche die Ausbreitung der zeitweise aus ihren Ufern tretenden Gewässer beschränken, dürfen in der ganzen Breite, die das Wasser bei der höchsten, nicht außergewöhnlichen (OVG. E. 44 S. 320) Überschwemmung einnimmt (Inundationsgebiet), nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Bezirksausschusses (ZuständG. v. 1. Aug. 1883 § 96; RG. JW. 1901 S. 23 Nr. 41) neu angelegt, verlegt, erhöht, sowie ganz oder teilweise zerstört werden; Genehmigung seitens der Landespolizeibehörde genügt nicht. (RG. E. 26 S. 300.) Zu den deichähnlichen der Genehmigung bedürfenden Erhöhungen gehören Ablagerungen von Schlamm, Steinen ꝛc., die bei Räumung von Gräben ausgeworfen werden und dauernd liegen bleiben sollen (OVG. E. 44 S. 318). Der Zuwiderhandelnde kann zur Wiederherstellung des früheren Zustandes angehalten werden (§ 1). Ist ein zum Schutze der Ländereien mehrerer Eigentümer dienender Deich verfallen oder durch Naturgewalt zerstört, so kann der Bezirksausschuß die Wiederherstellung anordnen (§§ 4 ff.). Dient der Deich nur zum Schutze eines Grundstücks, so kann der Eigentümer zur Unterhaltung des Deiches nicht gezwungen werden (RG. JW. 1898 S. 618 Nr. 62). Ist es zur Abwendung gemeiner Gefahr oder zur erheblichen Förderung der Landeskultur erforderlich, Deiche und dazu gehörige Sicherungs- und Meliorationswerke anzulegen, zu erweitern oder zu erhalten, so sollen die Eigentümer sämtlicher der Überschwemmung ausgesetzten Grundstücke zur gemeinsamen Anlegung und Unterhaltung der Werke unter landesherrlicher Genehmigung zu Deichverbänden vereinigt werden. Zuvor sind alle Beteiligten, nötigenfalls nach Erlassung eines öffentlichen Aufgebots, mit ihren Anträgen zu hören (§ 11). Ist die Vereinigung beschlossen, landesherrlich genehmigt und das Deichstatut landesherrlich vollzogen, so sind auch die widersprechenden Eigentümer beteiligter Grundstücke Mitglieder des Deichverbandes und als solche den in dem Statute bestimmten Eigentumsbeschränkungen (§ 15 c) unterworfen und zu den erforderlichen Beiträgen und Leistungen, die öffentliche Lasten sind (§ 18; PAG. z. ZVG. Art. 1 Nr. 2), verbunden. Auch die nicht zum Deichverbande gehörenden Eigentümer des Vorlandes oder der am Flußufer in der Nähe der Deiche oder der gemeinschaftlichen Gräben und Schleusen belegenen Grundstücke haben sich den im Deichstatute bestimmten Eigentumsbeschränkungen zu unterwerfen (§ 21).

13. Nach § 7 PG. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Februar 1843 sind die Ufereigentümer, wo nicht Provinzialgesetze, Lokalstatuten (dazu gehören Urbarien nicht, OTrib. Arch. 62 S. 131) oder spezielle Privatrechtstitel (OVG. E. 24 S. 379; RG. E. 17 S. 181, Bd 22 S. 289, Bd 34 S. 258) ein anderes bestimmen, zur Räumung des Flusses (z. B. auch zur Wegräumung von Alluvionen; OVG. E. 4 S. 275, Bd 9 S. 259, Bd 11 S. 238) insoweit verpflichtet, als es zur Beschaffung der Vorflut erforderlich ist. Eine Pflicht zur Räumung im gesundheitspolizeilichen Interesse besteht hier nicht (RG. JW. 1896 S. 402 Nr. 32—35, E. 37 S. 331; OVG. E. 11 S. 244). Die sich aus § 7 ergebende Verpflichtung gehört dem öffentlichen Rechte an (OVG. E. 20 S. 308, Bd. 25 S. 289, Bd 28 S. 265; RG. Gruch. 31 S. 1024, JMBl. 1888 S. 68, E. 34 S. 254). Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann von der Wasserpolizeibehörde (ZuständG. v. 1. August 1883 § 66) erzwungen werden. In dem Regelfalle des § 7 sind auch die Streitigkeiten der Inter-

essenten untereinander dem ordentlichen Rechtsweg entzogen (OVG. E. 25 S. 286, Bd 28 S. 261, 273; RG. Gruch. 31 S. 1024, JMBl. 1888 S. 68, 1889 S. 41, JW. 1895 S. 52 Nr. 46, 1898 S. 35 Nr. 90, E. 34 S. 254, Bd 37 S. 334). Unter Privatfluß ist nur ein von der Natur gebildeter Wasserlauf zu verstehen. Ein Gerinne, das der Grundeigentümer lediglich im eigenen Interesse künstlich angelegt hat, braucht er zur Förderung eines fremden Interesses nicht zu unterhalten. Wird streitig, ob ein natürlicher Wasserlauf vorliegt, so trifft die Beweislast den, der dies behauptet. (RG. Gruch. 27 S. 982.)

14. Nach dem PStrombauG. v. 28. August 1883 sind die Ufereigentümer verpflichtet, weitgehende Benutzung ihrer Grundstücke zur Vornahme der Strombauarbeiten in öffentlichen Flüssen zu gestatten, auch sind sie in der Besitznehmung und Nutzung von Anlandungen, die sich infolge der Strombauten bilden, beschränkt. Dies gilt aber nur für Anlandungen, die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht reif waren (OVG. E. 41 S. 261, Bd 43 S. 274; RG. Gruch. 30 S. 1056, E. 33 S. 331, E. in StrS. 18 S. 440). Die Strombauverwaltung ist berechtigt, gegen Entschädigung Anlandungen, Sandbänke, Felsen, Inseln oder vortretende Uferstrecken abzutreiben oder sonst zu beseitigen, wenn dies zur Beförderung der Schiffahrt, zur Wiederherstellung des ordentlichen Laufes des Flusses, oder im Interesse der Landeskultur oder der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist. Endlich muß der Ufereigentümer das Betreten aller Anlandungen, Sandbänke, Inseln, sowie der Ufer selbst, das Setzen von Stations- und Festpunktsteinen, sowie von Schiffahrts- und sonstigen Merkzeichen durch die Beamten und durch die mit deren Legitimation versehenen Beauftragten der Strombauverwaltung zu dienstlichen Zwecken jederzeit dulden.

15. In öffentlichen Flüssen dürfen Wasser- und Schiffsmühlen nur auf Grund staatlicher Verleihung angelegt werden (PALR. II 15 § 229). Der Eigentümer einer Wassermühle muß sich gefallen lassen, daß auf seinem Grundstück ein Merkpfahl gesetzt und dadurch die Stauhöhe bestimmt wird (PVorflutEd. v. 15. November 1811 § 1; vgl. RG. JW. 1900 S. 325 Nr. 39). Erhöhungen des Fachbaums und Veränderungen des Sicherpfahls können nur unter Aufsicht der Landespolizei und soweit es den benachbarten Interessenten unschädlich ist, vorgenommen werden (ALR. II 15 § 243). Über die beschränkte Zulässigkeit des Merkpfahlsetzungsverfahrens vgl. OVG. E. 43 S. 258, 263 und über die Zulässigkeit des Rechtswegs OTrib. Präj. 906, PräjS. I S. 214, Arch. 97 S. 152, RG. Gruch. 38, 1116, 1121, JW. 1897 S. 592 Nr. 82, 1898 S. 688 Nr. 89.

16. Nach PALR. II 15 § 63 müssen die gewöhnlichen Befestigungen der Ufer öffentlicher Flüsse (OTrib. E. 33 S. 147, Arch. 95 S. 43) der Regel nach von den Ufereigentümern unterhalten werden (RG. JW. 1898 S. 427 Nr. 33, Gruch. 42 S. 1022). Durch § 63 wird nicht ausgeschlossen, daß der Fiskus für Schäden, die den Ufergrundstücken durch staatliche Strombauten entstehen, aufzukommen hat (RG. E. 35 S. 285). Läuft auf dem befestigten Ufer ein Weg hin, so ist der von dem Ufereigentümer verschiedene Wegeunterhaltungspflichtige nur dann zur Unterhaltung der Befestigungen verpflichtet, wenn diese erweislich nur zum Schutze des Weges angelegt sind (OTrib. Arch. 55 S. 137).

17. Nach § 62 II 15 PALR. darf der Ufereigentümer auf dem Ufer (öffentlicher Flüsse) ohne Genehmigung des Staates Wasserbaue nicht ausführen. Die Genehmigung darf nicht deshalb versagt werden, weil eine Normaluferlinie noch nicht festgesetzt sei (OVG. E. 2 S. 362, 371; RG. Blum Urt. u. Ann. 3 S. 228).

18. Mannigfachen Beschränkungen sind die Eigentümer von Gewässern in Ansehung des Fischfangs durch das PFischereiG. v. 30. Mai 1874 unterworfen. So dürfen Gemeinden die ihnen zustehende Binnenfischerei (auch in den ihnen gehörigen geschlossenen Gewässern) nur durch besonders angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen (§ 8). Sie dürfen den Fischfang nicht freigeben. Geschlossene Gewässer sind alle künstlich angelegten Fischteiche und alle Gewässer, denen es an einer für den Wechsel der Fische geeigneten Verbindung fehlt, wenn in ihnen (Fischteichen und Gewässern) der Fischfang nur einem Berechtigten zusteht (§ 4). In Ansehung der nicht geschlossenen Gewässer

sind die Eigentümer hinsichtlich der Art des Fischfangs, der Beschaffenheit der Fanggeräte, der Tages- und Jahreszeiten der Ausübung ꝛc. öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen (§§ 19 ff.). Auch der Eigentümer geschlossener Gewässer darf Fische unter einem gewissen Maße oder Gewichte nur zu Zuchtzwecken verkaufen und versenden (§ 27 Abs. 3). In nicht geschlossenen Gewässern müssen die Eigentümer alle den Wechsel der Fische behindernden Vorrichtungen beseitigen (§ 20) oder Fischpässe (§§ 35 ff.) anlegen. Behufs geregelter Aufsichtsführung und gemeinschaftlicher Maßregeln zum Schutze des Fischbestands, unter Umständen auch behufs gemeinschaftlicher Bewirtschaftung und Benutzung der Fischwasser, können die Eigentümer eines größeren zusammenhängenden Fischereigebiets auf Grund eines landesherrlich zu genehmigenden Statuts zu einer Genossenschaft zwangsweise vereinigt werden (§§ 9, 10). Das Fischereigesetz ist durch Art. 69 EG. z. BGB. aufrecht erhalten.

19. Das PJagdG. v. 31. Oktober 1848 bestimmte in den §§ 1–3: „Jedes Jagdrecht auf fremden Grund und Boden ist ohne Entschädigung aufgehoben. Eine Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden. Die Jagd steht jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zu. Er darf sie in jeder erlaubten Art, das Wild zu jagen und zu fangen, ausüben." Indes sehr bald sah man sich im Interesse der öffentlichen Sicherheit und des Wildschutzes genötigt, die Grundeigentümer in der Ausübung des Jagdrechts, das sich nach dem Jagdgesetze als Ausfluß des Eigentums darstellt (OTrib. E. 60 S. 302, Bd 77 S. 129, Arch. 96 S. 5), einzuschränken. Dies geschah durch das JagdpolizeiG. v. 7. März 1850. Danach ist zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf seinem Grund und Boden der Eigentümer nur befugt: 1. auf solchen Besitzungen, welche einen land- oder forstwirtschaftlich benutzten Flächenraum von wenigstens 300 Morgen einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen sind; das Dazwischenliegen eines demselben Eigentümer gehörigen, nicht land- oder forstwirtschaftlich benutzten Grundstücks stört jedoch den Zusammenhang nicht (OTrib. Arch. 58 S. 88); die Trennung durch öffentliche, private und Interessenten-Wege (sowie durch Eisenbahnen, G. v. 29. April 1897) oder Gewässer wird als eine Unterbrechung des Zusammenhangs nicht angesehen; 2. auf allen dauernd und vollständig eingefriedigten Grundstücken (darüber, ob diese Voraussetzungen vorliegen, entscheidet der Landrat, in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde, ZuständG. v. 1. August 1883 § 103; der ordentliche Rechtsweg ist ausgeschlossen, RG. E. in StrS. 17 S. 364); 3. auf Seen, auf zur Fischerei eingerichteten Teichen und auf solchen Inseln, die ein Besitztum bilden. In den Fällen zu 2 und 3 ist ein Flächeninhalt von 300 Morgen nicht erforderlich (OVG. E. 10 S. 156). Wenn die zu 1–3 bezeichneten Grundstücke mehr als drei Eigentümern gemeinschaftlich gehören, so ist die eigene Ausübung des Jagdrechts auf diesen Grundstücken nicht sämtlichen Mitgliedern gestattet, sondern sie müssen die Ausübung der Jagd einem bis höchstens drei von ihnen übertragen; sie können aber das Jagdrecht ruhen oder durch einen angestellten Jäger ausüben lassen oder die Jagd verpachten. Gemeinden und Korporationen dürfen das Jagdrecht auf solchen ihnen gehörenden Grundstücken nur durch Verpachtung oder durch einen angestellten Jäger ausüben (§ 3). Alle übrigen Grundstücke eines Gemeindebezirks (der Begriff eines solchen ist nach der Landgemeindeverfassung zu bestimmen; OTrib. E. 72 S. 305, Arch. 95 S. 304) bilden der Regel nach einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk; es können aber auch mehrere Gemeindebezirke zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirke vereinigt und mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde können aus dem Bezirk einer Gemeinde mehrere Jagdbezirke gebildet werden, deren jeder aber mindestens 300 Morgen umfassen muß (§ 4). Erwirbt der Eigentümer zu seinem Grundstücke so viel Land hinzu, daß es nunmehr über 300 Morgen groß ist, so fällt ihm mit dem Erwerbe sofort das Recht der eigenen Jagdausübung mit Ausschluß der Jagdpächter der Gemeinde zu (RG. E. 52 S. 126, JW. 1903 S. 192 Nr. 67). Die Eigentümer isoliert gelegener Höfe sind zwar berechtigt, sich mit den den Hof umgebenden Ländereien von dem gemeinschaft-

lichen Jagdbezirk auszuschließen, müssen dann aber die Ausübung des Jagdrechts gänzlich ruhen lassen (§ 5). Die Besitzer von Grundstücken, die unter keine der oben angegebenen drei Kategorien fallen und die von einem über 300 Morgen im Zusammenhange großen Walde, der eine einzige Besitzung bildet, ganz oder größtenteils eingeschlossen sind, können sich dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke der Gemeinde nicht anschließen, sondern müssen die Ausübung der Jagd dem Eigentümer des umschließenden Waldes auf sein Verlangen gegen Entschädigung auf Zeit verpachten oder die Jagdausübung gänzlich ruhen lassen (§ 7). Pachtet der Waldeigentümer solche Enklaven auf Anerbieten ihrer Eigentümer nicht, so steht diesen die Ausübung der Jagd auf den eingeschlossenen Grundstücken zu (§ 7). Nach dem G., betr. die Verwaltung gemeinschaftlicher Jagdbezirke, v. 4. Juli 1905 bilden die Eigentümer der Grundstücke eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Jagdgenossenschaft (§ 1). Die Nutzung erfolgt in der Regel durch Verpachtung; mit Genehmigung des Kreisausschusses, in Stadtkreisen des Bezirksausschusses, kann der Jagdvorsteher die Jagd jedoch auch gänzlich ruhen oder auf Rechnung der Jagdgenossenschaft durch höchstens drei angestellte Jäger ausüben lassen. In gemeinschaftlichen Jagdbezirken, in denen Wildschäden vorkommen, darf die Jagd nicht ruhen, wenn ein Jagdgenosse dagegen Einspruch erhebt (§ 3). Die Verpachtung soll in der Regel nicht an mehr als drei Personen gemeinschaftlich erfolgen, jedoch kann sie mit Genehmigung des Kreisausschusses, in Stadtkreisen des Bezirksausschusses, auch an mehr als drei Jagdpächter oder an eine Jagdgesellschaft von nicht beschränkter Mitgliederzahl vorgenommen werden. Die Pachtzeit soll auf mindestens 6 und höchstens 12 Jahre festgesetzt werden, jedoch kann sie mit Genehmigung des Kreisausschusses, in Stadtkreisen des Bezirksausschusses, auf 3 Jahre herabgesetzt oder bis auf 18 Jahre erhöht werden. Die Verpachtung an Personen, die nicht Angehörige des Deutschen Reiches sind, bedarf der Genehmigung der Jagdaufsichtsbehörde (§ 5). Ist die Jagd an *einen* Pächter verpachtet, so darf dieser nicht mehr als zwei Personen — gleichviel ob ohne oder gegen Entgelt — an der Jagd teilnehmen lassen (RG. E. 27 S. 233). Außerdem muß jeder, der die Jagd ausüben will (also auch der Grundeigentümer), einen Jagdschein lösen (§ 14 JagdPolG. v. 1850). Endlich müssen die gesetzlichen Hege- und Schonzeiten eingehalten werden (§ 18 das.). Die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd sind, unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs. 2 BGB. und der Vorschriften des BGB. über den Ersatz des Wildschadens, durch Art. 69 EG. z. BGB. aufrecht erhalten.

Die Streitigkeiten der Beteiligten über ihre in dem öffentlichen Rechte begründeten Berechtigungen und Verpflichtungen hinsichtlich der Jagd unterliegen der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren (§ 105 ZuständG. v. 1. August 1883; vgl. auch RG. Gruch. 34 S. 1129).

20. Reichsgesetzlich ist das Eigentum an Weinbergen weitgehenden Beschränkungen im Interesse der Bekämpfung der *Reblaus* unterworfen (G. v. 6. Juli 1904).

b. *An tatsächlichen Eigentumsbeschränkungen*, die dem **Privatrecht** *angehören*, kommen neben den Bestimmungen der §§ 906 ff. BGB. für **Preußen** folgende durch das EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Vorschriften in Betracht:

α. Nach dem *BergG.* v. 24 Juni 1865 (aufrecht erhalten durch Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB.) muß der Eigentümer eines Grundstücks einem jeden die *Aufsuchung* (das Schürfen) und die *Gewinnung* von Gold, Silber, Quecksilber, Eisen mit Ausnahme der Raseneisenerze, Blei, Kupfer, Zinn, Zink, Kobalt, Nickel, Arsenik, Mangan, Antimon und Schwefel, gediegen und als Erze, Alaun und Vitriolerze, Steinkohle, Braunkohle und Graphit, Steinsalz nebst den mit diesem auf der nämlichen Lagerstätte vorkommenden Salzen und Solquellen gestatten. Er ist verpflichtet, einem jeden die Benutzung seines Grund und Bodens zur Ausführung von Schürfarbeiten gegen Entschädigung zu gestatten. Nur unter Gebäuden und im Umkreise um diese bis zu 200 Fuß, in Gärten und eingefriedigten Hofräumen darf ohne seine ausdrückliche Genehmigung nicht geschürft werden.

Der Schürfer wird Eigentümer der bei seinen Schürfarbeiten geförderten Mineralien (§ 1—11). Wird das Bergwerk (nach Mutung und Verleihung) in Betrieb gesetzt, so muß der Grundstückseigentümer dem Bergwerkseigentümer die Benutzung der zu den Grubenbauen selbst, zu Halden-, Ablade- und Niederlageplätzen, Wegen, Eisenbahnen, Kanälen, Maschinenanlagen, Wasserläufen, Teichen, Hilfsbauen, Zechenhäusern und anderen für Betriebszwecke bestimmten Tagegebäuden, Anlagen und Vorrichtungen, zu den zur Aufbereitung der Bergwerkserzeugnisse erforderlichen Anstalten, sowie zu Solleitungen und Solbehältern notwendigen Flächen (mit Ausnahme der mit Wohn-, Wirtschafts- oder Fabrikgebäuden bebauten Flächen und der damit in Verbindung stehenden eingefriedigten Hofräume) abtreten gegen eine ihm für die entzogene Nutzung jährlich im voraus zu leistende vollständige Entschädigung (§§ 135 ff.). Ist das Bergwerk dem Grundstückseigentümer selbst verliehen, so ist er, wie jeder andere Bergwerkseigentümer, bezüglich des Betriebs und der Verwaltung den einschränkenden Vorschriften des Berggesetzes (§§ 65 ff.) unterworfen. Letztere Einschränkung gehört dem öffentlichen Rechte an. Im allgemeinen braucht der Bergwerksbesitzer auf die Interessen des Eigentümers der Erdoberfläche keine Rücksicht zu nehmen, sondern ist nur nach §§ 148 ff. BergG. für Beschädigungen ersatzpflichtig. Das Bergwerkseigentum geht also dem Grundeigentum vor. Das Umgekehrte gilt beim Zusammentreffen des Bergbaues mit Anlagen auf der Oberfläche, die dem öffentlichen Verkehre dienen und in Ansehung derer dem Unternehmer durch Gesetz oder landesherrliche Verordnung das Enteignungsrecht beigelegt ist. Zugunsten solcher Anlagen ist das Bergwerkseigentum dahin beschränkt, daß sie in ihrem Dasein und in ihrer Benutzung nicht gefährdet oder verhindert werden dürfen. Der Bergwerksbesitzer hat dem öffentlichen Verkehre dergestalt zu weichen, daß er die zu dessen ungeschmälerter Aufrechterhaltung notwendigen Einrichtungen treffen und Betriebshandlungen unterlassen muß, die mit dem Unternehmen unvereinbar sind. Für diese Beschränkungen gewährt das Gesetz nur unter den im § 154 (das.) bestimmten Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch gegen den Unternehmer (OTr. E. 61 S. 317; RG. E. 28 S. 341, Bd 58 S. 147, Gruch. 36 S. 1081, Bd 46 S. 1150, JW. 1896 S. 198 Nr. 55). Alle diese Grundsätze finden auch im Falle der Enteignung Anwendung (RG. E. 58 S. 147). Vgl. im übrigen Bd II Anhang 1.

β. Nach § 1 PEnteigG. v. 11. Juni 1874 kann das Grundeigentum aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechts erfordert, gegen vollständige Entschädigung *beschränkt* werden. Die Beschränkung wird durch den Bezirksausschuß ausgesprochen (EnteigG. § 32, PZuständG. v. 1. August 1883 § 158) und das Recht auf die Beschränkung mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses erworben (EnteigG. § 44), ohne daß es der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Das der Beschränkung entsprechende Recht des Unternehmers tritt im Range allen anderen Realrechten vor und an die Stelle der entzogenen Vorrechte tritt die Entschädigungssumme (§§ 45, 48, 49). Im Grundbuche läßt sich die Beschränkung nur dadurch zum Ausdrucke bringen, daß die Belastung des Grundstücks mit ihr mit dem Vorrechte vor den in Abt. II und III eingetragenen Rechten eingetragen wird. Es bedarf insbesondere auch der Eintragung der Rangänderung bei den in Abt. III eingetragenen Hypotheken und Grundschulden. Die Briefe brauchen nicht vorgelegt zu werden, wenn das Ersuchen nach § 33 EnteigG. gestellt wird (RG. JW. 28 S. A 105). Zu diesen Beschränkungen gehört z. B. die Befugnis der Eisenbahnen, bestimmte Flächenabschnitte eines Grundstücks zur Anlegung von Waldschutzstreifen und Feuergräben dauernd zu benutzen.

γ. Sehr mannigfaltig sind die durch Art. 124 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen (tatsächlichen) *Beschränkungen des Eigentums an Grundstücken zugunsten der Nachbarn*. Soweit nachbarliche Beschränkungen im BGB. geregelt sind, treten die Landesgesetze außer Kraft; nur bezüglich der Anlagen, der Bäume und der Sträucher ist im Art. 124 und bezüglich der Anlagen auch im § 907 BGB. eine Ausnahme insoweit gemacht, als diese nach den landesgesetzlichen Vorschriften nur in einem bestimmten

Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen. Die aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen verpflichten den Eigentümer teils zu einem Dulden, teils zu einem Unterlassen.

Die Duldungspflichten sind folgende:

1. Nach PALR. I 8 § 102 ist jeder Eigentümer befugt, seine Grundstücke gegen das außerhalb der ordentlichen Kanäle und Gräben (z. B. auf Wegen; OTr. Arch. 97 S. 273) wild ablaufende Wasser (atmosphärische Niederschläge, Hochwasser eines Flusses; RG. E. 24 S. 214, Bd 32 S. 285, JW. 1897 S. 121 Nr. 60, V 34/98) zu decken z. B. Dämme aufzuwerfen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so stehen dem oberhalb (höher) liegenden Eigentümer weder Besitz- noch Eigentumsklagen zu, wenn er nicht eine entgegenstehende Dienstbarkeit erworben hat (OTrib. JMBl. 1854 S. 102, Arch. 22 S. 272, Bd 35 S. 311, Bd 97 S. 277). Anderseits hat der oberhalb liegende Eigentümer nicht die Verpflichtung, das von seinem Grundstücke wild abfließende Wasser von dem Übertritt in das unterhalb (tiefer) liegende Nachbargrundstück abzuhalten (OTrib. Arch. 37 S. 338). Kann der oberhalb liegende Eigentümer dergleichen Wasser durch die auf seinem Grund und Boden zu machenden Veranstaltungen nicht abführen, so ist der unterhalb liegende Nachbar selbiges anzunehmen und also dem oberen die Vorflut zu gestatten verbunden (§ 103 daf.); aber diese Verpflichtung bezieht sich nur auf das wild abfließende Wasser, nicht auf das durch künstliche Anlagen abgeleitete (RG. Gruch. 27 S. 153, Bd 29 S. 877; vgl. oben S. 339 Nr. 8). Die Anlegung eines Straßendamms mit Bordschwellen ist als eine künstliche Zuleitung nicht anzusehen (RG. JW. 1900 S. 449 Nr. 30). Die Zuführung solchen Wassers durch Leitungen enthält einen Eingriff in das Eigentum des Nachbarn, den dieser mit der Eigentumsfreiheitsklage abwehren kann (OTrib. Arch. 80 S. 117; RG. Gruch. 30 S. 935, Bd 35 S. 405, E. 24 S. 213, JW. 1900 S. 449 Nr. 30, S. 673 Nr. 41, V 179. 02). Der tiefer gelegene Eigentümer ist nicht verpflichtet, um sich vor den schädlichen Folgen eines solchen Eingriffs zu schützen, Einrichtungen zu treffen (OTrib. Arch. 22 S. 272; RG. Gruch. 32 S. 935). Anderseits kann der unterhalb Gelegene nicht beanspruchen, daß der oberhalb Liegende sein Grundstück ganz unverändert lasse; vielmehr kann dieser sein Grundstück einebnen, erhöhen ꝛc., selbst wenn dadurch das Abfließen des Wassers zum Nachteile des Nachbarn verändert wird (OTrib. E. 51 S. 56, Arch. 52 S. 313, Rhein. A. 66 Abt. II S. 82; RG. E. 24 S. 212), nur dürfen diese Änderungen und ihre Wirkungen das Maß des Gemeinüblichen und Regelmäßigen nicht überschreiten (RG. Gruch. 37 S. 1006). Ebensowenig hat der unterhalb Liegende einen Anspruch darauf, daß das von dem oberhalb gelegenen Grundstücke wild abfließende Wasser seinem Grundstücke zufließe (OTrib. Arch. 97 S. 273). Privatflüsse dienen ihrer natürlichen Bestimmung nach zur Aufnahme von Flüssigkeiten, die aus wirtschaftlichen Gründen fortgeschafft werden müssen. Mit Rücksicht hierauf hat die neuere Rechtsprechung den Flußeigentümer für verpflichtet erklärt, auch die künstliche Zuleitung von Wasser in den Fluß zu dulden, vorausgesetzt, daß die Zuleitung der Menge und Beschaffenheit nach das Maß des gemeinüblichen und regelmäßigen Gebrauchs des Flusses zu jenem Zwecke nicht überschreitet (RG. Gruch. 31 S. 416, S. 926, Bd 32 S. 691, E. 16 S. 178, Bd 21 S. 298, Bd 38 S. 268, JW. 1898 S. 111 Nr. 8, V 97/98). Leiten mehrere unabhängig von einander Flüssigkeiten in den Fluß ab, so hat der Flußeigentümer die Eigentumsfreiheitsklage, wenn auch nur durch das Zusammenwirken aller Zuleitungen das Maß des Erträglichen und Gemeinüblichen überschritten wird (RG. E. 21 S. 300). Die Klage kann nicht auf gänzliches Einstellen der Zuleitungen, sondern nur auf Herstellen des gemeinüblichen und regelmäßigen Zustandes gerichtet werden. Eine besondere Bestimmung enthält § 43 FischereiG. v. 30. Mai 1874.

Durch die nachlandrechtliche Gesetzgebung ist aber der Begriff der Vorflut und das Recht des oberhalb liegenden Eigentümers sehr erweitert worden. Nach dem Vorfluted. v. 15. November 1811 ist der obere Eigentümer berechtigt, gegen vollständige Entschädigung

durch fremden Boden Abwässerungsgräben und Drainröhren (G. v. 11. Mai 1853) zur Ableitung von Niederschlags- und stehendem Wasser (d. h. Wasseransammlungen, die ihre eigenen Quellen oder regelmäßigen Zuflüsse haben; OTrib. E. 36 S. 39), selbst von Teichen und stehenden Seen zu ziehen, wenn dies zur Entwässerung notwendig ist und der Vorteil des oberhalb liegenden den Nachteil des unterhalb liegenden Eigentümers überwiegt oder ein überwiegender Vorteil für die Bodenkultur oder Schiffahrt entsteht (VorflEd. §§ 11, 13, 14, ALR. I 8 §§ 104, 105). Der Vorflutbedürftige kann dieses Recht jedoch nicht ohne weiteres ausüben, sondern würde sich der im ordentlichen Rechtswege zu verfolgenden Eigentumsfreiheitsklage aussetzen (OTrib. Arch. 38 S. 29, Bd 47 S. 347, Bd 80 S. 117, E. 66 S. 263; RG. Gruch. 27 S. 154, JW. 1895 S. 550 Nr. 58—60, V 169/95). Er muß, wenn er sich mit dem unterhalb liegenden Nachbar nicht einigen kann, bei dem Kreisausschusse (§ 68 ZuständG. v. 1. August 1883) unter Darlegung der Vorteile, die er von dem Ablassen des Wassers erwartet, und unter Nachweis, daß er Mittel bereit hat, um die wahrscheinliche Entschädigung ohne Verzug zu bezahlen (VorflEd. § 15; ALR. I 8 § 105), einen Antrag auf Untersuchung und Genehmigung seines Planes stellen (RG. E. 36 S. 233). Gegen die Entscheidung findet innerhalb zwei Wochen der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren statt (VorflEd. § 19; ZuständG. § 68). Die Entschädigung wird durch Schiedsrichter festgesetzt (VorflEd. §§ 21 ff.). Auch die an einem See dinglich Berechtigten können der Tiefer- oder Trockenlegung nur im Verwaltungsstreitverfahren widersprechen (OTrib. E. 70 S. 240). Dem ordentlichen Rechtsweg ist nur der Streit über den Umfang der auszugleichenden Rechte der Beteiligten vorbehalten (§ 20 daf.). Befugt zum Antrag auf das eben beschriebene Verfahren sind nur solche, die der Ableitung zur Kultur ihrer Grundstücke oder zur Schiffahrt bedürfen. Im Interesse der Industrie und des Bergbaues sind diese Bestimmungen nicht gegeben (RG. Gruch. 27 S. 154). Das beschriebene Verfahren findet nicht statt, wenn ein Grundstückseigentümer eine Drainage lediglich innerhalb der Grenzen seines Grundstücks anlegt. Wird durch eine solche Anlage dem Nachbarn mehr Wasser als bisher zugeführt, so hat dieser die Eigentumsfreiheitsklage. Dagegen liegt kein Eingriff in das Eigentum vor, wenn dadurch anderes, aber nicht mehr Wasser zugeführt wird. (RG. JW. 1899 S. 61 Nr. 91. Vgl. aber S. 340.)

Auf Haus- und Hofgrundstücke beziehen sich die Vorschriften über Vorflut *nicht* (OTrib. E. 40 S. 33, Arch. 37 S. 335, Bd 40 S. 116; RG. E. 59 S. 138).

Auch nach cod. civ. Art. 640 müssen die tiefer gelegenen Grundstücke Wasser, das nach seinem natürlichen Laufe, ohne menschliches Zutun von den höher gelegenen abfließt, aufnehmen. Der Eigentümer des unterhalb liegenden Grundstücks darf keinen den Abfluß hindernden Damm aufwerfen und der Eigentümer des oberen Grundstücks darf nichts unternehmen, was die (gesetzliche) Servitut des unteren Grundstücks erschwert. Diese Bestimmungen beziehen sich jedoch nur auf das sogen. Ursprungswasser, nicht auf Überschwemmungen durch Flüsse oder Bäche. Gegen solche kann sich jeder Eigentümer durch Aufwerfen von Dämmen schützen, selbst wenn dadurch den Nachbargrundstücken Schaden zugefügt wird (RG. E. 8 S. 304). Der Eigentümer des oberen Grundstücks ist nicht gehindert, sein Grundstück einzuebnen, teilweise zu erhöhen ꝛc., wenn auch dadurch dem Nachbar eine größere Wassermenge zugeführt wird, als bisher; nur darf der Wasserlauf nicht eine völlig andere Richtung erhalten und nicht einem bisher nicht betroffenen Grundstücke zugeführt werden (Rhein. A. 82 Abt. I S. 123). Der Art. 640 ist auch nicht auf den Fall anzuwenden, daß verunreinigtes Vorflutwasser in einen Privatfluß abfließt; denn nach rhein. Rechte stehen Privatflüsse (Flußbett *und* fließende Welle) in niemands Eigentum (RG. E. 12 S. 340, Bd 30 S. 307). Der unterhalb liegende Flußanlieger ist also nicht der von der gesetzlichen Vorflutservitut Betroffene (RG. E. 53 S. 43). Im übrigen vgl. Anm. 11 zu § 906. Durch das Ges. wegen Verschaffung der Vorflut in den Bezirken des AppGerichtshofs zu Köln ꝛc. v. 14. Juni 1859 sind die oben besprochenen Bestimmungen des VorflEd. v. 15. November 1811 im wesentlichen auf die Gebiete des rhein. Rechtes

übertragen. Das ZuständG. v. 1. August 1883 gilt für den ganzen Umfang der preuß. Monarchie.

Die auf die Vorflut bezüglichen Landesgesetze sind übrigens nicht nur durch Art. 124, sondern auch durch Art. 65 EG. z. BGB. aufrecht erhalten.

2. Nach ALR. I 8 § 155 muß der Nachbar dem Eigentümer von Grenzplanken den Zutritt auf seinen Grund und Boden „bei notwendigen an der Planke sich ereignenden Bauen und Reparaturen" gestatten. Das preuß. Recht kennt das Hammerschlags- und Leiterrecht nur in diesem einzigen Falle. Analoge Anwendung des § 155 ist von der Praxis stets abgelehnt worden (OTrib. E. 60 S. 24, Arch. 71 S. 351, Bd 97 S. 21).

Die aufrechterhaltenen gesetzlichen Unterlassungspflichten sind folgende:

1. Nach ALR. I 8 § 99 darf in Privatflüssen zum Nachteile der Nachbarn und Uferbewohner durch Hemmung des Wasserablaufs nichts unternommen oder verändert werden. Zu den Privatflüssen gehören nach § 1 des PrivatflußG. v. 28. Februar 1843 Quellen, Bäche und Flüsse sowie Seen, die einen Abfluß haben. (Über den Begriff eines Privatflusses vgl. RG. JW. 1897 S. 280 Nr. 47, 1898 S. 679 Nr. 62, Gruch. 37 S. 1009, und über den Begriff der Quelle RG. E. 16 S. 230, JW. 1898 S. 96 Nr. 97.) Unstatthaft ist hiernach nur die Hemmung des Wasserablaufs innerhalb des Flußbetts (nicht auch innerhalb des Inundationsgebiets; RG. Gruch. 1896 S. 84 Nr. 80). Von der Hemmung durch Dämme innerhalb des Flußbetts und des Inundationsgebiets handelt das DeichG. v. 28. Januar 1848 (RG. JW. 1896 S. 84 Nr. 80). Der § 99 hat vorzugsweise das Interesse der oberhalb liegenden (RG. Gruch. 27 S. 982), aber auch das der unterhalb liegenden Ufereigentümer im Auge (RG. JW. 1896 S. 84 Nr. 80). Zu Hemmungen, die den Nachbarn nicht nachteilig sind, ist der Eigentümer berechtigt (RG. daf.). Unterirdische Wasseradern kann er auf seinem Grundstück abgraben, wenn dadurch auch der Privatfluß versiegt. Es liegt darin kein Eingriff in die Rechte der Nachbarn (RG. Rhein. A. 81 Abt. III S. 54, Bd 82 Abt. II S. 55, E. 16 S. 230, Bd 27 S. 328, Bd 35 S. 312, JW. 1898 S. 96 Nr. 97, Gruch. 42 S. 1009). Ebenso kann eine Quelle, deren Wasser nicht in geregeltem, über die Eigentumsgrenzen des Quellengrundstücks sich fortsetzendem Laufe abfließt, abgefangen und zu einem geschlossenen Gewässer gemacht werden (RG. E. 16 S. 229).

Die Bestimmung des ALR. I 8 § 99 ist jedoch wesentlich geändert durch das G. v. 28. Februar 1843 (eingeführt durch V. v. 9. Januar 1845 in die zum AppellGer. Köln gehörigen Landesteile). Wie das VorflEd. v. 15. November 1811 die Entwässerung, so befördert dieses Gesetz die Bewässerung, und zwar nicht bloß im Interesse der Bodenkultur, sondern auch im Interesse der Industrie (OTrib. E. 81 S. 128). Der Ufereigentümer darf sich die Wasserkraft durch Ableitung und Stauung dienstbar machen, doch darf kein Rückstau über die Grenzen des eigenen Grundstücks hinaus und („und" disjunktiv gebraucht; OTrib. Arch. 95 S. 326) keine Überschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden und es muß das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berührt. Unter dem fremden Grundstück ist nur ein angrenzendes, nicht ein gegenüberliegendes zu verstehen (OTrib. E. 27 S. 23, RG. E. 49 S. 86). Sind mehrere aneinander grenzende Ufereigentümer über eine Anlage einverstanden, so werden ihre Grundstücke bei Anwendung dieser Beschränkungen als ein einziges Grundstück angesehen (§ 13). Gehören die gegenüber liegenden Ufer verschiedenen Eigentümern, so hat jeder von beiden ein Recht auf Benutzung der Hälfte des (jeweilig vorüberfließenden; OTrib. E. 27 S. 23, Arch. 96 S. 225) Wassers (§ 14). Der Eigentümer eines gegenüberliegenden Grundstücks kann nicht verlangen, daß das Wasser vor dem Punkte, wo auf seiner Flußseite sein Grundstück beginnt, sondern nur, daß es vor dem auf der anderen Seite angrenzenden Grundstücke zurückgeleitet wird (RG. E. 49 S. 86). Die Vorschriften, betr. Rückstau, Überschwemmung oder Versumpfung und Zurückleitung, sind wesentlich im Interesse der Nachbarn gegeben, also

insoweit privatrechtlicher Natur. Insoweit können sie durch Privatverträge unter den Interessenten geändert werden (OTrib. E. 77 S. 283, Arch. 95 S. 321; RG. E. 4 S. 282, JW. 1896 S. 715 Nr. 71, 1897 S. 493 Nr. 106, V 285/96). Mit dinglicher Wirkung kann der Uferbesitzer die Befreiung von den Beschränkungen nur durch dinglichen Vertrag und Eintragung erwerben (BGB. § 1018). Die Beschränkungen sind aber nicht lediglich privatrechtlicher Natur, sondern sie dienen auch dem öffentlichen, dem Landeskulturinteresse und, soweit dies der Fall ist, wird durch obligatorische oder dingliche Verträge der Beteiligten, selbst durch eine unter den Interessenten ergangene richterliche Entscheidung die Befugnis der Polizeibehörde, im öffentlichen Interesse einzuschreiten, nicht berührt (OVG. E. 11 S. 263 RG. Rhein. A. 82 Abt. II S. 93).

Der Ufereigentümer (über den Begriff vgl. RG. E. 51 S. 213) kann das Wasser oder im Falle des § 14 Ges. v. 28. Februar 1843 die Hälfte des Wassers ganz oder teilweise (RG. Gruch. 42 S. 1015) ableiten. Die Ableitung kann auch durch ein Pumpwerk geschehen (RG. E. 47 S. 291). Liegen am gegenüberliegenden Ufer mehrere fremde Grundstücke, so muß jedem die Hälfte des vorüberfließenden Wassers bleiben; es kann nicht eines von ihnen ganz trocken gelegt werden (OTrib. E. 27 S. 23, Arch. 12 S. 337). Das abgeleitete Wasser kann der Eigentümer zur Bewässerung seines Ufergrundstücks und der auf diesem befindlichen gewerblichen und industriellen Anlagen (Rieberding-Frank, Wasserrecht S. 301 ff.) gebrauchen und verbrauchen (RG. E. 47 S. 291); aber der etwa statthafte Verbrauch muß sich auf dem Ufergrundstücke vollziehen. Er darf das abgeleitete Wasser weder auf ein ihm gehöriges anderes Grundstück leiten, noch den Gebrauch den Eigentümern anderer Grundstücke zugänglich machen. Er darf das abgeleitete Wasser, insbesondere auch wenn es zu Eis gefroren ist, nicht an Dritte verkaufen (OTrib. E. 81 S. 125). Erstreckt sich ein einheitlicher gewerblicher oder industrieller Betrieb weit über die Grenzen des Ufergrundstücks hinaus, dann kann nicht mehr die Rede davon sein, daß das in diesem Betriebe verbrauchte Wasser zum Nutzen des Ufergrundstücks verbraucht ist, insbesondere dann nicht, wenn das abgeleitete Wasser zum Zwecke des Verbrauchs auf andere Grundstücke geschafft wird (RG. JW. 1898 S. 450 Nr. 51, Gruch. 42 S. 1015, V 223. 02). Auch einem unterhalb gelegenen Ufereigentümer darf er das abgeleitete Wasser (mit dessen Willen) nicht zuführen, insbesondere dann nicht, wenn das Wasser dem Flusse nicht wiederzugeführt wird (RG. E. 38 S. 274). Geht über ein Grundstück eine öffentliche Chaussee, so darf der Eigentümer das Flußwasser nur für den zwischen dieser und dem Flusse liegenden Teil des Grundstücks gebrauchen und verbrauchen (RG. E. 51 S. 213). Für das rhein. Recht ist angenommen, daß der Ufereigentümer, der durch Graben, Tunnelbau oder andere auf seinem Grundstücke vorgenommenen Veranstaltungen, wenn auch unabsichtlich, bewirkt, daß das Wasser des Flusses unterirdisch versiegt, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet sei (RG. E. 4 S. 344). Für das PALR. wird sich ein solcher Grundsatz nicht aufstellen lassen. Den durch den statthaften Gebrauch nicht verbrauchten Teil des abgeleiteten Wassers muß der Ufereigentümer innerhalb der Grenzen seines Grundstücks wieder in den Fluß zurückleiten. Die Zurückleitungspflicht ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn die anderen Uferbesitzer oder, soweit ein Gemeingebrauch stattfindet, das Publikum ein Interesse an der Zurückleitung hat (RG. JW. 1897 S. 493 Nr. 106; anders RG. E. 38 S. 277). Die Grundsätze über die Zurückleitung finden auch dann Anwendung, wenn ein Teil des Flusses einen von den Uferbesitzern verschiedenen Eigentümer hat (RG. E. 35 S. 312).

Die Ufereigentümer, die durch eine dem § 13 G. v. 28. Februar 1843 nicht entsprechende Ableitung beeinträchtigt sind, können Einstellung der Ableitung oder Herstellung eines dem Gesetz entsprechenden Zustands verlangen (OTrib. E. 60 S. 30). Streitigkeiten über die Zurückleitungspflicht unterliegen dem ordentlichen Rechtswege (RG. JW. 1897 S. 493 Nr. 107).

Wenn bei Ausführung einer Bewässerungsanlage ein öffentliches Interesse gefährdet oder den unterhalb liegenden Einwohnern der notwendige Bedarf dergestalt entzogen würde, daß daraus ein Notstand für ihre Wirtschaft zu besorgen wäre, so kann der Bezirksausschuß

(§ 73 ZuständG.) die Ableitung des Wassers in geeigneter Weise beschränken (§ 15 G. v. 28. Februar 1843). Über Widersprüche gegen solche Anlagen, die aus dem Privatrechte hergeleitet werden, entscheiden die ordentlichen Gerichte (OTrib. Rhein. A. 56 Abt. II S. 112; RG. E. 36 S. 235).

Die Bestimmungen des Privatflußgesetzes kommen auf einen Fluß, der die Grenze zwischen Deutschland und dem Auslande bildet, nicht zur Anwendung, weder für noch gegen die Eigentümer ausländischer Ufergrundstücke (OTrib. E. 78 S. 307).

2. Besonderen Beschränkungen unterliegt der Grundeigentümer im Interesse von Wassermühlen und anderen Triebwerken. Nach PALR. II 15 § 246 darf einer schon vorhandenen Mühle von einem Nachbar, durch dessen Grundstück das zu ihrem Betrieb erforderliche Wasser fließt, dieses nicht entzogen werden. Die Vorschrift handelt nur von einem von der Natur gebildeten Wasserlauf; ein Gerinne, das der Grundeigentümer lediglich in seinem Interesse angelegt hat, braucht er zur Förderung fremder Interessen nicht zu unterhalten (RG. Gruch. 27 S. 982). Der § 246 hat den Fall im Auge, daß der Müller das zum Mühlenbetrieb erforderliche Wasser sich aus einem Wasserlaufe rechtmäßig zu verschaffen vermag, demnächst aber Einbuße dadurch erleidet, daß ein Nachbar, dem dasselbe Recht auf Benutzung des Wasserlaufs zusteht, kraft dieses Rechtes sich ebenfalls die Wassermasse aneignen will. Dann soll Prävention gelten. War dagegen der Müller schon von vornherein bei Errichtung der Mühle im Gebrauche des ihm natürlich zufließenden Wassers durch irgend einen Rechtstitel beschränkt, so hat es hierbei sein Bewenden. Die gilt auch für rechtsgeschäftliche Einschränkungen, die schon vor dem Inkrafttreten des P. ALR. bestanden haben. (V 33. 05.) Dem Mühlenbesitzer steht die konfessorische Klage zu (RG. Gruch. 28 S. 947). Im Bestreitungsfalle muß er beweisen, daß der Wasserlauf von der Natur gebildet ist (RG. Gruch. 27 S. 982). Die Bestimmung des § 246 ist polizeilicher Natur und ihre Anwendbarkeit nicht durch den Beweis des Rechtes auf die Benutzung des Wassers bedingt (OTrib. Arch. 19 S. 264, Bd 71 S 59, Bd 75 S. 257, Bd 97 S. 156); sie gehört aber nicht dem öffentlichen Rechte, sondern dem Nachbarrecht an (OTrib. E. 61 S. 28, Arch. 71 S. 257; RG. E. 13 S. 57) und unterliegt daher der Abänderung durch Privatabkommen (OTrib. Arch. 97 S. 156).

Dem Nachbar ist nur die unmittelbare Entziehung des Wassers verboten; dagegen ist er (sofern es nicht bloß aus Schikane geschieht; § 226 BGB.) nicht behindert, sein Grundstück in jeder Weise auszubeuten, wenn dadurch auch mittelbar der Wasserstand des Mühlenfließes beeinträchtigt wird (OTrib. Arch. 49 S. 37, E. 50 S. 426). Insbesondere kann er eine in seinem Grundstück unterirdisch liegende Quelle abgraben und ihr Wasser zu seinen Zwecken, z. B. zur Speisung einer städtischen Wasserleitung verwenden, selbst wenn das Mühlenfließ infolge dessen gänzlich versiegt (RG. JW. 1898 S. 404 Nr. 60, 1899 S. 246 Nr. 65, Gruch 42 S. 1017). Auch ist § 246 II 15 ALR. nicht anwendbar, wenn es sich um eine solche Benutzung des Wassers und um solche diesem Zwecke dienende Anlagen handelt, welche die Grenzen der in den §§ 1, 13 PrivatflußG. dem Ufereigentümer gegebenen Befugnisse nicht überschreiten (RG. E. 26 S. 294). In dem Unterlassen des Stauens liegt keine Wasserentziehung (RG. V. 97. 1901). Unter „Nachbar" ist nicht bloß der Eigentümer eines unmittelbar anstoßenden Grundstücks zu verstehen (OTrib. Arch. 61 S. 26; RG. E. 26 S. 299).

Nach § 16 PPrivatflußG. kommt den Besitzern der bei Publikation dieses Gesetzes rechtmäßig bestehenden (nicht auch der später eingerichteten; RG. E. 26 S. 295) Mühlen und anderen Triebwerke gegen Anlagen, die der Ufereigentümer zur Benutzung des Wassers nach §§ 1, 13 unternimmt, ein Widerspruchsrecht zu, wenn dadurch ein auf einem speziellen Rechtstitel beruhendes Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles (¼, ⅛ ꝛc.) beeinträchtigt, oder das zum Betrieb in dem bisherigen Umfange notwendige Wasser entzogen wird. Wer nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ein

Triebwerk anlegt oder erweitert, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben (polizeiliche Genehmigung reicht nicht aus; RG. E. 26 S. 294), ist zum Widerspruche nicht berechtigt. Über den Widerspruch entscheidet der Kreis-(Stadt-)Ausschuß im Verwaltungsstreitverfahren (§ 75 ZuständG. v. 1. August 1883). Das Widerspruchsrecht ist nicht bloß gegen ganz neue Anlagen, sondern auch gegen die Benutzung vorhandener Anlagen zu einem neuen Zwecke und mit veränderter Wirkung (RG. Gruch. 31 S. 917), sowie gegen neue Stauvorrichtungen gegeben (RG. JW. 1895 S. 194 Nr. 40). Der bisherige Umfang des notwendigen Wassers bestimmt sich nach der Betriebs- und Leistungsfähigkeit der Mühle zur Zeit der Publikation des PrivatflußG. (OTrib. E. 36 S. 173, Arch. 44 S. 49: RG. Gruch. 31 S. 418); dabei ist eine mittelgute Anlage des Mühlenwerks zu unterstellen (RG. JW. 1897 S. 493 Nr. 104). Verbraucht der Uferbesitzer einen Teil des abgeleiteten Wassers, führt dem Mühlenfließ aber so viel anderes Wasser (dauernd) zu, daß der Bedarf der Mühle an Wasser gedeckt wird, so hat der Mühlenbesitzer keinen Grund zum Widerspruche RG. JW. 1898 S. 33 Nr. 87). Ob zeitweise Anstauungen, infolge deren das Wasser nicht entzogen, sondern nur unregelmäßig zugeführt wird, zum Widerspruche berechtigen, richtet sich nach der Lage des Einzelfalls (RG. Gruch. 31 S. 418, JW. 1895 S. 194 Nr. 41). Ganz geringe Betriebsstörungen fallen jedenfalls nicht unter § 16 (OTrib. Arch. 71 S. 60).

Der Streit, ob ein Recht, auf das ein Widerspruchsrecht oder ein Entschädigungsanspruch gegründet wird, überhaupt oder in dem behaupteten Umfange besteht, sowie ob durch die Bewässerungsanlagen dem Triebwerke das zum Betrieb im bisherigen Umfang erforderliche Wasser entzogen wird, ist im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden. Nach § 19 PrivatflußG. kann jedoch der Uferbesitzer in bestimmten Fällen die Vermittlung der Polizeibehörde in Anspruch nehmen. Tut er dies, dann sind die erwähnten Streitigkeiten unter Ausschluß des Rechtswegs vom Kreis-(Stadt-)Ausschuß im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden (§ 75 ZuständG.; RG. JW. 1895 S. 550 Nr. 58, 1896 S. 724 Nr. 94, E. 36 S. 233; OVG. E. 45 S. 319); aber die Frage, ob der Uferbesitzer verpflichtet ist, das abgeleitete Wasser nach § 13 Nr. 2 zurückzuleiten, ist auch in diesem Falle dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten (RG. JW. 1897 S. 493 Nr. 107).

3. Durch Art. 65 EG. z. BGB. sind die Bestimmungen des code civ. Art. 641—643 über *Quellen* aufrecht erhalten (vgl. auch PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 2 und Elsaß-Lothring. AG. z. BGB. § 58). Der Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Quelle befindet, hat das freie Verfügungsrecht, vorbehaltlich jedoch des Rechtes, das der Eigentümer des unterhalb gelegenen Grundstücks durch einen besonderen Titel oder durch Verjährung erworben hat. Die Verjährung wird nur begründet durch einen dreißigjährigen ununterbrochenen Besitz, der von dem Zeitpunkt an zu rechnen ist, wo der Eigentümer des unterhalb liegenden Grundstücks in die Augen fallende, unzweideutige (RG. Rhein. A. 81 Abt. III S. 58) Anlagen gemacht und vollendet hat, die dazu bestimmt sind, den Fall und Lauf des Wassers auf sein Grundstück zu erleichtern. Hier ist also der Erwerb einer Dienstbarkeit durch Ersitzung auch in Zukunft zulässig, während dies nicht der Fall ist nach anderen dem Wasserrecht angehörenden landesrechtlichen Vorschriften, die den Erwerb durch Ersitzung nicht ausdrücklich regeln. Die Anlagen brauchen sich nicht auf dem Quellengrundstücke zu befinden; es ist auch nicht Erfordernis, daß die beiden in Betracht kommenden Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen (RG. Rhein. A. 81 Abt. III S. 58). Nach Art. 643 darf der Eigentümer der Quelle deren Lauf nicht verändern, wenn sie den Einwohnern einer Gemeinde, eines Dorfes oder eines Gutes das nötige Wasser verschafft (RG. JW. 1900 S. 770 Nr. 59). Die Einwohner müssen jedoch den Quelleneigentümer angemessen entschädigen, wenn sie das Recht zum Gebrauche nicht erlangt oder ersessen haben. Die Bestimmungen der Art. 641—643 finden aber nur Anwendung auf Quellen, deren Wasser nicht sofort nach dem Zutagetreten in *geregeltem* Laufe über die Grenzen des Quellengrundstücks abfließt; Quellen, die sofort einen geregelten Ablauf haben, unterstehen den Vorschriften des PrivatflußG. (RG. Rhein. A. 81 Abt. III S. 58).

4. Nach PALR. II 15 § 247 ist niemand berechtigt, einer Windmühle durch Neuanpflanzung hoher Bäume den nötigen Wind zu benehmen. Durch V. v. 18. November 1819 (GS. S. 250) ist diese Bestimmung auf die schon zur Zeit der Verkündigung dieser Verordnung vorhanden gewesenen Mühlen beschränkt. In dieser Beschränkung besteht die teils dem Gewerbepolizeirechte, teils dem Nachbarrecht angehörende Bestimmung nach Art. 55, 111 und 124 EG. z. BGB. fort; der § 907 BGB. ist nicht anwendbar (RG. E. 50 S. 319). Auf Anpflanzungen, die vor Erbauung der Mühle angelegt sind, findet § 247 keine Anwendung (OTrib. E. 17 S. 36, JMBl. 1849 S. 260). Vorausgesetzt ist nicht, daß die Bäume gleich bei Anpflanzung „hoch" sind (das.). Diese Ausnahmebestimmung ist der analogen Anwendung auf Gebäude nicht fähig (OTrib. E. 5 S. 67, JMBl. 1839 S. 315); jedoch sind Eisenbahnunternehmer bezüglich aller Anlagen beschränkt durch § 14 EisenbG. v. 3. November 1838, wonach sie solche Einrichtungen zu treffen haben, daß die anliegenden Grundeigentümer in der bisherigen Benutzung ihrer Grundstücke nicht beeinträchtigt werden. Sie müssen also auch dafür sorgen, daß der Mühle der erforderliche Wind nicht entzogen wird (OTrib. Arch. 99 S. 105). Wird der Wind durch Aufschütten einer Halde im Bergwerksbetriebe entzogen, so ist Entschädigungspflicht nach § 148 PBergG. begründet (RG. JW. 1901. S. 622 Nr. 17). Über die Klage, mit der der Mühlenbesitzer auf Grund des § 247 Beseitigung von Bäumen verlangt, ist im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden (KompGHof, JMBl. 1857 S. 271). Darüber, auf welche Weise festgestellt werden kann, ob Wind entzogen wird, vgl. OTrib. E. 41 S. 344.

Zurzeit ist der Müller in der Erbauung von Mühlen auf seinem Grundstücke beschränkt durch § 28 RGewO., wonach die höheren Verwaltungsbehörden befugt sind, über die Entfernung, die bei Errichtung von durch Wind bewegten Triebwerken von benachbarten fremden Grundstücken und von öffentlichen Wegen inne zu halten ist, durch Polizeiverordnungen Bestimmung zu treffen, und durch § 238 ALR. II 15 in der Erbauung von Wassermühlen, insofern dadurch schon vorhandenen Mühlen das zu ihrem Betrieb erforderliche Wasser entzogen oder zu ihrem Nachteile zurückgestaut wird.

5. Aufrecht erhalten sind durch Art. 124 EG. z. BGB. die Art. 671, 672 Abs. 1 code civ. (vgl. PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 2). Nach diesen müssen, soweit nicht durch besondere Verordnungen oder durch Herkommen andere Entfernungen bestimmt sind, hochstämmige Bäume zwei Meter, andere Bäume und lebendige Hecken $^1/_2$ Meter von der Grenze des Nachbargrundstücks entfernt bleiben. Der Nachbar kann Beseitigung der in geringerer Entfernung gepflanzten Bäume und Hecken verlangen. Die Bestimmung ist im wesentlichen privatrechtlicher Natur und kann durch Verträge geändert werden (OTrib. Rhein. A. 66 Abt. II S. 27). Soll das Abkommen dingliche Wirkung haben, so muß eine Dienstbarkeit bestellt und eingetragen werden.

In Bayern ist das Pflugwenderecht aufrecht erhalten durch AG. z. BGB. Art. 76 ff. (München im Recht 1903 S. 527).

6. Neue Gebäude müssen nach PALR. I. 8 §§ 139, 140, wenn Polizeigesetze nicht ein anderes vorschreiben, von vorhandenen Gebäuden des Nachbars 3 Werkschuhe (der Werkschuh = 0,31385 Meter) und von unbebauten Plätzen des Nachbargrundstücks $1^1/_2$ Werkschuh entfernt bleiben. Unter neuen Gebäuden sind solche zu verstehen, die auf bisher unbebautem Boden errichtet werden (OTrib. E. 13 S. 27; RG. Gruch. 24 S. 921). Es fallen unter diesen Begriff also weder Erhöhungen bestehender Gebäude (OTrib. Arch. 5 S. 55, Bd 92 S. 164, E. 13 S. 35), noch die Wiederherstellung abgebrochener oder durch Naturgewalt zerstörter Gebäude, es sei denn, daß dabei, was der Nachbar des Bauenden zu beweisen hat (OTrib. Arch. 71 S. 207), die bebaute Fläche vergrößert ist. In letzterem Falle kann, wenn die Entfernung von 3 oder $1^1/_2$ Werkschuhen nicht mehr vorhanden ist, nur Zurückrückung des auf dem früher unbebaut gewesenen Grund und Boden stehenden Gebäudeteils so weit verlangt werden, daß der frühere Zustand wiederhergestellt wird (OTrib. E. 16 S. 520, Bd 81 S. 21, Arch. 27 S. 281, Bd 71 S. 207, Bd 98 S. 134). Hat das

abgebrochene Gebäude z. B. nur 6 Zoll von der Grenze entfernt gestanden, das an seiner Stelle wiederhergestellte ist aber ganz an die Grenze gerückt, so kann der Nachbar nur Zurückrückung bis auf 6 Zoll Entfernung von der Grenze verlangen (OTrib. E. 81 S. 21, Arch. 98 S. 134). Wird aber das Gebäude in diesem Falle verlängert, so kann der Nachbar Zurückrückung des der Länge nach neuen Teiles (der Verlängerung) nicht nur um 6 Zoll, sondern um 3 bzw. 1½ Werkschuhe verlangen (OTrib. Arch. 27 S. 281). Ob es sich um einen Wiederaufbau oder um einen Neubau handelt, wenn seit dem Abbruche des alten Gebäudes eine geraume Zeit verstrichen und der Platz inzwischen anderweitig benutzt ist, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen (OTrib. E. 13 S. 27, Bd 81 S. 21). Wenn es sich um einen Wiederaufbau handelt, kann also der Nachbar nur Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß der frühere Zustand ein berechtigter ist. Daher kommen Ausbauchungen, die sich in der Mauer des alten Gebäudes im Laufe der Zeit gebildet hatten, dem Bauenden nicht zugute (OTrib. Arch. 95 S. 82). — Unter Gebäuden sind hier nur Häuser (Wohnhäuser, Fabrikhäuser, Scheunen, Ställe), nicht andere Bauwerke, als Mauern, Zäune, Planken, ausgemauerte Mistgruben, Treppen und Abtritte, zu verstehen (OTrib. E. 13 S. 27, Bd 23 S. 53, Bd 36 S. 32, Bd 45 S. 63, Arch. 42 S. 353, Bd 48 S. 240, Bd 88 S. 74, Bd 95 S. 331, Bd 97 S. 93; RG. Gruch. 32 S. 939, Bd 24 S. 960). Eine unmittelbar an der mit Fenstern versehenen Mauer des Nachbargebäudes errichtete, die Fenster verdeckende Mauer ist jedoch wegen § 144 ALR. I 8 als Gebäude im Sinne des § 139 anzusehen (OTrib. Arch. 35 S. 48).

Die in den §§ 139, 140 vorgeschriebenen Entfernungen, die auch dann einzuhalten sind, wenn das Nachbargebäude viel weiter als 3 Werkschuhe von der Grenze entfernt ist (OTrib. Präj. 780 a. PräjS. I S. 27), werden zwischen der Grenze und der zutage stehenden Umfassungsmauer in deren ganzer Höhen- und Breitenausdehnung gemessen (OTrib. Präj. 780 b. PräjS. I S. 27, E. 23 S. 46, Arch. 5 S. 98). Die weiter vor- oder zurückliegenden Fundamentmauern kommen dabei nicht in Betracht (OTrib. Arch. 28 S. 86, Bd 95 S. 82). Nicht berücksichtigt werden bei dieser Berechnung Dachausladungen, Vorsprünge der Dachtraufe, vorspringende Mauerpfeiler. Diese dürfen bis an die Grenze reichen (OTrib. E. 36 S. 32, Arch. 61 S. 353). Das Bestehen einer Grenzmauer entbindet den Bauenden nicht von der Innehaltung der vorgeschriebenen Entfernung (OTrib. Arch. 81 S. 138).

Der Grundsatz der §§ 139, 140 gilt auch dann, wenn der Eigentümer vor Ausmittlung und Feststellung der Grenze gebaut hat. Der Bauende muß dann den Bau so weit zurückrücken, daß die gesetzliche Entfernung von der Grenze gewahrt wird (RG. Gruch. 24 S. 962).

Für das Geltungsgebiet des PALR. wurde bisher in der Praxis unter analoger Anwendung des § 43 I 22 allgemein angenommen, daß der Nachbar das Recht auf Zurückrückung des Gebäudes verliere, wenn er dem Überschreiten der Baugrenze nicht sofort nach erlangter Kenntnis widersprochen hat (vgl. z. B. RG. E. 6 S. 255, Gruch. 24 S. 962, Bd 36 S. 965). Die Aufnahme einer jenem § 43 entsprechenden Vorschrift in das BGB. ist von der 2. Komm. ausdrücklich abgelehnt (Prot. III S. 325 f.). Nur im § 912 BGB. findet sich etwas Ähnliches; jedoch ist diese für den Überbau gegebene Sondervorschrift analoger Anwendung nicht fähig. Demnach braucht nach BGB. der Nachbar der Überschreitung der Grenze nicht zu widersprechen, sondern behält bis zum Ablaufe der dreißigjährigen Verjährungsfrist das Recht, Zurückrückung bis zu der vom Gesetze vorgeschriebenen Entfernung zu verlangen. § 924 BGB. findet keine Anwendung, da der Anspruch auf Zurückrückung unter keinen der dort der Verjährung entzogenen Ansprüche fällt, insbesondere nicht unter § 907.

Die Bestimmungen der §§ 139, 140 sind nur subsidiärer Natur. In erster Reihe sind die von den zuständigen Polizeibehörden auf Grund des G. über die Polizeigewalt v. 11. März 1850 erlassenen Vorschriften maßgebend (OTrib. E. 13 S. 27, Bd 52 S. 27,

Arch. 42 S. 12, Bd 47 S. 93, Bd 55 S. 167). Für die Städte sind meist besondere Baupolizeiordnungen erlassen, die öffentlich-rechtlichen Charakter haben und daher durch Verträge der Beteiligten nicht geändert werden können. Dagegen sind die Bestimmungen der §§ 139, 140 der Änderung durch Privatabkommen zugänglich. Die Baupolizeiordnungen dürfen das Bauwesen nur nach Rücksichten der Abwendung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Anwohner, nicht behufs Abwendung von Belästigungen oder wirtschaftlichen Nachteilen von den Nachbarn regeln (OVG. E. 35 S. 382, Bd 39 S. 381).

7. Nach dem Grundsatze des § 903 BGB. kann der Eigentümer in seinem Hause beliebig Öffnungen anbringen, um ihm Luft und Licht zuzuführen; nur darf er, wenn das Gebäude unmittelbar an der Grenze steht, nicht nach außen zu öffnende Fenster einrichten (OTrib. E. 19 S. 109). Ebenso kann der Eigentümer nach dem Grundsatze des § 903 auf seinem Grundstücke nach Belieben bauen. Landesgesetzlich sind jedoch diese Befugnisse sehr eingeschränkt und diese Beschränkungen sind aufrecht erhalten durch Art. 124 EG. z. BGB.

α. Das Preuß ALR. I 8 §§ 138, 142–144, 146 gibt folgende Bestimmungen:

αα. Steht ein Gebäude unmittelbar an der Grenze („hart an der Grenze"; OTrib. Arch. 23 S. 142) und ist der daran stoßende Teil des Nachbargrundstücks ein Hof oder Garten (d. h. nicht mit Gebäuden besetzt; OTrib. Arch. 23 S. 162, Bd 92 S. 164; RG. Gruch. 25 S. 429, während aber ein anderer Teil desselben Grundstücks bebaut ist, OTrib. Arch. 24 S. 35, Bd 65 S. 315, Bd 69 S. 313, Bd 70 S. 75, Bd 94 S. 206), so müssen neue (OTrib. Arch. 25 S. 300, Bd 41 S. 298) Öffnungen (insbesondere Fenster; OTrib. Arch. 58 S. 335, Bd 78 S. 153) in der an das Nachbargrundstück anstoßenden Mauer, durch die Licht oder Luft (OTrib. E. 19 S. 104, Arch. 41 S. 300, Bd 92 S. 167) in das Gebäude gebracht werden soll, wo es die Umstände gestatten, sechs Fuß vom Boden des Zimmers oder Behältnisses (d. h. eines nicht zum Bewohnen bestimmten Raumes; RG. Gruch. 30 S. 939, JW. 1897 S. 258 Nr. 96, Gruch. 41 S. 641) erhöht; in allen Fällen aber mit eisernen, nur zwei Zoll voneinander stehenden Stäben oder mit einem Drahtgitter verwahrt sein (ALR. I 8 § 138). Bei der Berechnung der 6 Fuß vom Boden werden die Fensterfutter und Zargen nicht mitgerechnet (OTrib. Arch. 10 S. 309). Die Vorschriften des § 138 sind einschränkend auszulegen (RG. JWBl. 1880 S. 229). Sie finden keine Anwendung auf Fenster und andere Öffnungen, die über dem Dache eines Nachbargebäudes eingerichtet werden, und auf alle Fälle, wo das Gebäude in einer wenn auch noch so geringen Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks steht (OTrib. Präj. 957 PräjS. I S. 26, E. 27 S. 42, Arch. 58 S. 219, Bd 61 S. 26, Bd 92 S. 167). Stößt aber der untere Teil der Mauer unmittelbar an das Nachbargrundstück, so ist § 138 anzuwenden, wenn der obere Teil der Mauer, in dem die Öffnungen angebracht werden sollen, etwas zurückgebaut ist (OTrib. Arch. 58 S. 339, E. 68 S. 357; RG. Gruch. 32 S. 939). Steht dem, der die Öffnungen anlegen will, gegen das Nachbargrundstück das Recht der freien Aussicht zu (ALR. I 22 § 62), so braucht er zwar das Fenster nicht 6 Fuß über dem Fußboden anzulegen, aber er muß es mit eisernen Stäben oder mit einem Drahtgitter versehen (OTrib. Arch. 64 S. 108; RG. Gruch. 26 S. 939). Wird ein unmittelbar an der Grenze stehendes Gebäude, in dem sich bereits Fenster oder andere Öffnungen befanden, niedergerissen und an seiner Stelle ein Neubau aufgeführt, so ist für die Frage, ob es sich um neue Fenster ꝛc. handelt, der frühere Zustand zur Vergleichung heranzuziehen; erhebliche Abweichungen in der Höhenlage und der Größe der Fenster begründen die Anwendung des § 138, wenn das Recht des Nachbars mehr als früher beschränkt wird (OTrib. Arch. 25 S. 300, Bd 41 S. 298). Letzteres liegt unzweifelhaft dann vor, wenn in dem Neubaue nach der Nachbarseite mehr Fenster angebracht sind, als in dem früheren Gebäude (OTrib. Arch. 65 S. 314, 316, Bd 98 S. 136, E. 81 S. 23).

Die Entfernung von 6 Fuß vom Boden des Zimmers ist nur dann einzuhalten, wenn es die Umstände gestatten. Für die Beurteilung der Frage, ob dies der Fall sei,

ist vor allem die Beschaffenheit des Zimmers, aber auch die diesem vom Bauenden gegebene Bestimmung in Betracht zu ziehen (RG. E. 5 S. 229). Ist das Zimmer nur 6 Fuß hoch, so ist nicht etwa jedes Anbringen eines Fensters unzulässig, sondern das Fenster muß dann so hoch, wie möglich, aber immerhin doch so, daß es noch seinen Zweck erfüllen kann, angelegt werden (OTrib. Arch. 23 S. 142). Die Worte „wo es die Umstände gestatten" haben nur den Sinn, daß die Lichtöffnungen in der Höhe anzulegen sind, die ein für die Erleuchtung des Behältnisses noch ausreichendes Licht gewährt, wenn das Behältnis die Erhöhung bis auf 6 Fuß vom Boden nicht ermöglicht (OTrib. Arch. 55 S. 214, Bd 65 S. 316, Bd 99 S. 166). Wird solchenfalls das Zimmer bei einem späteren Umbaue erhöht, so kann der Nachbar Höherlegung des Fensters nicht verlangen.

Das dem Nachbar zustehende Recht ist privatrechtlicher Natur. Es kann durch Verträge geändert oder ganz aufgehoben werden. Dies kann nach dem vom BGB. angenommenen Prinzipe der Formfreiheit formlos geschehen. So wird darin, daß der Nachbar bei der Herstellung des Fensters mitgeholfen hat, ein dem Bauenden gegenüber ausreichend zum Ausdruck gebrachter Verzicht gefunden werden können (OTrib. Arch. 98 S. 94). Zur Wirksamkeit gegen Dritte bedarf es jedoch der Eintragung (vgl. Wolf im Recht 1901 S. 241).

Das Recht auf gesetzentsprechende Herstellung der Öffnungen steht dem jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks zu; aber nur so, wie es seinem Vorbesitzer zustand. Hat dieser das Recht durch Vertrag aufgegeben, so war es nach früherem Rechte definitiv erloschen (OTrib. E. 47 S. 88, 221); nach jetzigem Rechte bedarf es dagegen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber der Eintragung. Hat der Eigentümer zweier benachbarten Gebäude in dem einen Öffnungen anbringen lassen, die den Vorschriften des § 138 nicht entsprechen, so kann der spätere Erwerber des anderen Grundstücks aus § 138 Ansprüche nicht herleiten, weil angenommen werden muß, daß der Veräußerer diese Ansprüche nicht übertragen hat (OTrib. E. 47 S. 89, Arch. 44 S. 237), oder vielmehr, daß nach dem Willen der Kontrahenten eine diesen Ansprüchen entgegenstehende Grunddienstbarkeit begründet worden ist (vgl. Anm. I 3 zu § 1018). Der Anspruch auf Beseitigung oder gesetzmäßige Herstellung der Öffnungen geht durch Unterlassung des Widerspruchs gegen die Anlage nicht verloren (vgl. Anm. 6 Abs. 4 S. 354).

Zur Begründung der Klage aus § 138 genügt die Behauptung, daß die Öffnungen dem Gesetze nicht entsprechen. Behauptet der Beklagte Befreiung von der gesetzlichen Beschränkung aus einem besonderen Grunde, so trifft ihn die Beweislast (OTrib. Arch. 66 S. 213).

Auf Fälle, in denen das Nachbargrundstück eine öffentliche Straße oder ein öffentlicher Platz ist (OTrib. Arch. 24 S. 32) oder beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört (das. 18 S. 159), findet § 138 keine Anwendung. Handelt es sich um einen gemeinschaftlichen Zwischenraum, so kommen die §§ 921, 922 BGB. zur Anwendung.

ββ. Will der Eigentümer eines Grundstücks an der Grenze ein Gebäude aufführen und es steht auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude, das nach der Grenzseite zu Fenster hat, so braucht der Bauende, wenn diese Fenster noch nicht 10 Jahre bestehen, nur die im ALR. I 8 § 139 vorgeschriebene Entfernung einzuhalten (§ 144), wenn durch den Bau auch das Licht der an der Grenzseite liegenden Zimmer und Behältnisse des Nachbars beeinträchtigt wird und wenn diese Zimmer ꝛc. auch von keiner anderen Seite her Licht empfangen (OTrib. E. 45 S. 68; RG. Gruch. 24 S. 432), es sei denn, daß der Nachbar eine entgegenstehende Grunddienstbarkeit erworben hat. In letzterem Falle findet im Zweifel § 142 Anwendung (§ 146. Vgl. Art. 115 EG. z. BGB.).

Bestehen dagegen die Fenster des Nachbars schon seit 10 Jahren oder länger und haben die Behältnisse, in denen sie sich befinden, nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerks (d. h. des Erdgeschosses; OTrib. Arch. 55 S. 358) den Himmel

erblicken kann (§ 142). Hat das Gebäude (d. h. die Behältnisse; OTrib. E. 45 S. 68; RG. JMBl. 1880 S. 229, E. 2 S. 198), des Nachbars, in dem sich die Fenster befinden, noch von einer (oder mehreren; RG. E. 32 S. 192) anderen Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur so weit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern (d. h. durch irgend eine Scheibe jedes Fensters; RG. E. 32 S. 200) des zweiten Stockwerks (d. h. eine Treppe hoch; OTrib. Arch. 55 S. 358) den Himmel sehen kann (§ 143). Ein Geschoß, dessen Fußboden erheblich unter der Erdoberfläche liegt und das als Küche und Vorratsraum dient, kann nicht als unteres Stockwerk angesehen werden (RG. E. 47 S. 264). Bei der neueren Bauart kann es zweifelhaft sein, ob das Hochparterre oder das Souterrain als unteres Stockwerk anzusehen ist. Die Lage des einzelnen Falles entscheidet. Kellerräume haben kein selbständiges Lichtschutzrecht (RG. Gruch. 45 S. 611).

Unter Nachbarn sind hier nur die Eigentümer unmittelbar nebeneinander gelegener Grundstücke zu verstehen (OTrib. Arch. 61 S. 29). Werden die Grundstücke durch eine noch so enge öffentliche Gasse getrennt, so ist die Anwendung der §§ 142, 143 ausgeschlossen (RG. JW. 1900 S. 303 Nr. 26, E. 45 S. 294).

Unter Fenstern sind hier alle Öffnungen zu verstehen, die dazu bestimmt sind, den Räumlichkeiten Luft und Licht zuzuführen, z. B. auch Bodenluken (RG. Gruch. 41 S. 641).

Unter Behältnissen sind nicht nur Wohnzimmer, sondern schlechthin alle Räumlichkeiten (OTrib. Arch. 57 S. 148), insbesondere auch Treppenhäuser, Hausflure (RG. Gruch. 30 S. 929, E. 36 S. 218), Bodenräume (RG. Gruch 41 S. 644, JW. 1897 S. 258 Nr. 96) zu verstehen. Der Lichtschutz erstreckt sich auf die ganze dem neuen Baue zugekehrte Seite, gleichviel, ob diese die Front- oder die Giebelseite des Hauses ist (OTrib. E. 64 S. 26, Arch. 79 S. 113; RG. Gruch. 41 S. 644, JW. 1897 S. 258 Nr. 96).

Unter Neubau ist nicht nur ein Bau auf bisher unbebauter Stelle, sondern auch der Wiederaufbau eines abgebrochenen oder abgebrannten Gebäudes und das Höherführen eines bestehenden Gebäudes zu verstehen (OTrib. E. 13 S. 28, Bd 42 S. 51, Arch. 35 S. 196, Bd 95 S. 331; RG. JMBl. 1880 S. 230, E. 2 S. 196, JW. 1897 S. 258 Nr. 95). Wird das abgebrochene oder abgebrannte Gebäude ganz genau in seinen früheren Dimensionen hergestellt, dann können von dem Nachbar Rechte aus den §§ 142, 143 nicht hergeleitet werden.

Auf den Schutz der §§ 142, 143 haben die Fenster nach der Bauseite, die 10 Jahre oder länger bestehen, Anspruch. Darauf, daß das Fenster einem polizeilichen Verbote zuwider angelegt ist, kann der Bauende sich nicht berufen (RG. E. 35 S. 181, Bd 36, S. 218, JW. 1895 S. 232 Nr. 28, JMBl. 1882 S. 2, V. 214. 1901). Ein lebhafter Streit hat sich darüber erhoben, welche rechtliche Natur die zehnjährige Frist habe. Das OTrib. hielt sie für eine Verjährungsfrist (Schles. Arch. 4 S. 179, E. 37 S. 51, Bd 51 S. 69, Bd 77 S. 150, Bd 80 S. 279, Arch. 28 S. 112, Bd 42 S. 234, Bd 71 S. 130, Bd 93 S. 356, Bd 98 S. 19, Bd 99. S. 233). Im wesentlichen schließt sich Dernburg (SR. § 86 Anm. 17; anomale Verjährung) dem OTrib. an. Koch (Komm. zu § 142) hielt die Frist für eine Erklärungsfrist, mit deren Ablaufe der Nachbar für einwilligend erachtet werde. Paris (Gruch. 24 S. 67) nahm an, daß es sich um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung handle, deren Wirksamkeit im Gesetz an die tatsächliche Voraussetzung des mindestens zehnjährigen Besitzes der Fenster geknüpft sei. Eccius (Förster-Eccius 3 § 179 Anm. 37) ist der letzten Ansicht beigetreten. Ebenso das Reichsgericht (JW. 1899 S. 733 Nr. 22, 1900 S. 571 Nr. 19, E. 44 S. 312, Bd 46 S. 269), das, entgegen der Verjährungstheorie, annimmt, daß die Entstehung der Eigentumsbeschränkung nicht durch Klage und Protestation (vgl. ALR. I 9 § 603) gehindert werden kann. Die Eintragung einer Protestation (Widerspruch) in das Grundbuch kann demnach nicht mehr in Frage kommen.

Neben dem mindestens zehnjährigen Bestehen ist Voraussetzung des § 142, daß die Fenster nur von dieser, d. h. von der nach dem Neubaue gerichteten Seite des verdunkelten

Behältnisses (OTrib. Arch. 93 S. 353) her Licht haben (OTrib. E. 45 S. 67). Die Anwendung des § 142 ist aber nur ausgeschlossen, wenn auf einer anderen Seite des Behältnisses Fenster wirklich vorhanden sind; die Möglichkeit, auf der anderen Seite Fenster anzubringen und die Bereitschaft des Bauenden, dies auf seine Kosten zu tun, reichen nicht aus (OTrib. E. 80 S. 267, Arch. 87 S. 21, Bd 99 S. 230; RG. JW. 1895 S. 231 Nr. 27, 1897 S. 585 Nr. 67, E. 35 S. 181). Haben die Behältnisse nur von der Bauseite her Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des Erdgeschosses den Himmel erblicken kann. Dabei sind lediglich die realen Verhältnisse, wie sie seit mindestens 10 Jahren bestanden haben, zugrunde zu legen; der den Lichtschutz Beanspruchende kann nicht verlangen, daß der fiktive Zustand berücksichtigt werde, welcher vorhanden wäre, wenn sein Haus in gesetzlich zulässiger Weise näher an der Grenze stände (RG. Gruch. 39 S. 935). Hat das Gebäude zwar im Erdgeschosse keine Fenster, wohl aber in den oberen Stockwerken, so ist § 142 ebenfalls anzuwenden. Der Anblick des Himmels muß dann aus den Fenstern des nächsten Stockwerks möglich bleiben (OTrib. E. 46 S. 68, Bd 64 S. 32, Arch. 79 S. 113). Der Himmel muß in vertikaler Richtung erblickt werden können; es genügt nicht, daß er seitwärts erblickt werden kann (OTrib. E. 5 S. 166, Bd 46 S. 68, Bd 64 S. 26, Arch. 65 S. 256, Bd 79 S. 113). Bei der Frage, ob diese Möglichkeit vorliege, ist nicht von einer liegenden oder hockenden Stellung auszugehen (OTrib. E. 5 S. 166, Arch. 80 S. 200), sondern es ist dabei der Regel nach, d. h. wenn nicht ganz besondere Verhältnisse vorliegen (z. B. das Zimmer sehr niedrig und das Fenster sehr klein ist), an solche Stellungen zu denken, die dem natürlichen Körperbau und den Gewohnheiten der Menschen entsprechen (RG. Gruch. 31 S. 928, Bd 36 S. 964), an die aufrechte Haltung eines Mannes von mittlerer Größe (RG. E. 32 S. 194, JMBl. 1894 S. 242, JW. 1897 S. 585 Nr. 67); anderseits von einer gewöhnlichen Beschaffenheit der Wand, worin sich die Fenster befinden, so daß Altane und andere ungewöhnlichen oder erheblichen Vorbauten an dieser Wand zum Vorteile des den Lichtschutz Beanspruchenden nicht berücksichtigt werden dürfen (RG. Gruch. 39 S. 935, JW. 1895 S. 304 Nr. 42). Ist diese Möglichkeit durch den neuen Bau benommen, so muß dieser so weit zurückgerückt werden, bis sie vorhanden ist. Dieser Verpflichtung kann seitens des Bauenden durch Herstellung eines Lichtschachts, der auch trichterförmig sein kann, genügt werden (OTrib. E. 78 S. 16; RG. JW. 1897 S. 258 Nr. 96). Die Klage auf Zurückrückung kann nur gegen den bauenden Eigentümer, nicht gegen den, der für ihn den Bau ausführt, gerichtet werden (RG. JW. 1898 S. 620 Nr. 67); sie kann nur vom Eigentümer des Nachbargrundstücks, vom Erbbauberechtigten und Nießbraucher angestellt werden, nicht auch vom Mieter.

Den Erwerb des Lichtrechts kann der Nachbar nur dadurch hindern, daß er vor Ablauf von 10 Jahren seit dem Bestehen der Fenster baut oder durch Vertrag mit dem Eigentümer des Fenstergrundstücks das Recht, die Fenster zu verbauen, erwirbt. Geschieht dies durch dinglichen Vertrag und Eintragung, so ist das erworbene Recht eine Grunddienstbarkeit (BGB. § 1018).

Der nach ALR. I 8 § 142 Lichtberechtigte kann die Zurückrückung eines sein Recht beeinträchtigenden Baues innerhalb der dreißigjährigen Verjährungszeit verlangen. Sein Recht geht nicht dadurch verloren, daß er dem Baue nicht widerspricht (vgl. Anm. 6 Abs. 4 S. 354).

Hat das Behältnis, vor dem der neue Bau aufgeführt wird, noch von einer anderen Seite Licht (Fall des § 143 das.), so kommt der Lichtschutz zwar auch der ganzen, dem Baue zugekehrten Seite des Gebäudes zugute, aber das Maß des zu belassenden Lichtes bestimmt sich dann nach dem zweiten Stockwerke (RG. JW. 1897 S. 258 Nr. 96, Gruch. 41 S. 641). Vorausgesetzt wird auch hier, daß die Fenster, für die der Schutz begehrt wird, seit mindestens zehn Jahren bestehen (OTrib. E. 45 S. 68; RG. JMBl. 1880 S. 228, E. 2 S. 196). Unter „einer anderen Seite" ist jede Seite des Behältnisses mit Ausnahme der dem Baue zugekehrten, also auch die Zimmerdecke (Oberlicht) zu verstehen (RG. E. 36

S. 217, JW. 1895 S. 529 Nr. 41). Dagegen fällt darunter die dem Baue zugekehrte Seite auch dann nicht, wenn einem auf ihr befindlichen Behältnisse von mehreren Fenstern nur eines verbaut wird, sondern dann ist die Vorschrift des § 142 zu beachten (RG. Gruch. 36 S. 961, E. 2 S. 199, Bd 36 S. 217, JW. 1900 S. 303 Nr. 25; OTrib. Arch. 93 S. 353; abweichend RG. Gruch. 30 S. 939), da der Lichtschutz jedem einzelnen Fenster zugute kommt (RG. E. 32 S. 193). Ob das Licht von der anderen Seite unmittelbar oder mittelbar (z. B. durch die Glastür eines Nebenraums) zugeführt wird, ist gleichgültig (RG. E. 2 S. 196, JMBl. 1880 S. 227, JW. 1897 S. 585 Nr. 67); wesentlich ist nur, daß das zufließende Licht für sich allein ausreichend ist (RG. das. u. JW. 1899 S. 709 Nr. 32, E. 44 S. 335, JW. 1901 S. 854 Nr. 45; OTrib. Arch. 87 S. 21, Gruch. 16 S. 237, E. 80 S. 273).

Ein Haus, das nur ein Stockwerk hat, ist deshalb nicht vom Schutze des § 143 ausgeschlossen; es ist vielmehr unter Zuziehung von Sachverständigen und unter Berücksichtigung der Bauart des Hauses ꝛc. zu ermitteln, ob, wenn das Haus ein oberes Stockwerk hätte, dieses nur nach der Bauseite Fenster haben und aus diesen der Blick auf den Himmel noch möglich sein würde (OTrib. 72 S. 102, Arch. 91 S. 185; RG. E. 32 S. 194, JW. 1900 S. 571 Nr. 18), wobei dasjenige Licht nicht zu berücksichtigen ist, das dem Behältnisse durch das verbaute Fenster zufließt (RG. E. 44 S. 335, JW. 1901 S. 854 Nr. 45). Das zweite Stockwerk ist auf dem konkreten ersten Stocke, wie dieser besteht und ohne Rücksicht auf dessen Höhe zu fingieren, und zwar auf den Umfassungsmauern, nicht etwa über dem Dachraume (RG. JW. 1901 S. 214 Nr. 21, Gruch. 45 S. 610). Fälle, wo der Ausblick auf den Himmel zwar aus den Fenstern des Erdgeschosses, nicht aber aus den Fenstern der oberen Stockwerke möglich ist, fallen nicht unter § 143 (OTrib. Arch. 21 S. 44, Bd 22 S. 162); sondern es findet § 142 Anwendung. Dergleichen Fälle haben nach der Natur der Dinge eine ungewöhnliche Konstruktion des Hauses, für das der Lichtschutz verlangt wird, zur Voraussetzung (Dachausladungen ꝛc.), die bei der Frage der Lichtschutzberechtigung als nicht vorhanden betrachtet werden müssen (RG. Gruch. 39 S. 935, JW. 1895 S. 304 Nr. 42, 1900 S. 303 Nr. 25).

Im übrigen gelten für die Fälle des § 143 die zu § 142 besprochenen Grundsätze.

Keine Anwendung finden die §§ 142, 143 auf eine *gemeinschaftliche Grenzmauer*; sondern es regeln sich die Verhältnisse der Nachbarn nach §§ 921, 922 BGB. Das Recht, dem Bestehen eines Fensters in einer solchen Mauer zu widersprechen, kann durch Verjährung untergehen (argum. § 924 das.). Ob dann aber der Nachbar rechtlich behindert ist, das Fenster zu verbauen (OTrib. E. 49 S. 99; RG. E. 36 S. 217, JW. 1895 S. 529 Nr. 39), wenn das Fenster nach Vollendung der Verjährung mindestens 10 Jahre bestanden hat, ist zweifelhaft (§§ 922, 758 BGB.). Wird dem einen Nachbar das Recht, in der gemeinschaftlichen Mauer ein Fenster zu haben, durch dinglichen Vertrag und Eintragung von dem andern Nachbar eingeräumt, so fällt das Rechtsverhältnis unter die Kategorie der Grunddienstbarkeiten (Mot. III S. 277).

Die Vorschriften der §§ 142, 143 ALR. I 8 enthalten singuläre Beschränkungen der Baufreiheit, dürfen daher nicht ausdehnend ausgelegt werden. Sie sind z. B. nicht anzuwenden, wenn der Nachbar vor den Fenstern bewegliche Sachen, wie Holz, Ziegel ꝛc., aufstapelt oder Zäune und sonstige Scheidewände anlegt (OTrib. E. 45 S. 63, Arch. 42 S. 353, Bd 88 S. 74, Bd 95 S. 336). Zu einem derartigen Gebrauche seines Grundstücks ist der Nachbar nach der allgemeinen Regel des § 903 BGB. befugt, es sei denn, daß die Aufstapelung ꝛc. *nur* den Zweck hat, dem anderen Nachbar das Licht zu entziehen (§ 226 BGB.). Anderseits wird durch dgl. Aufstapelungen ꝛc. innerhalb 10 Jahren seit Anlegung der Nachbarfenster der Erwerb des Lichtschutzrechtes gegen *Neubauten* nicht verhindert (a. M. Dernburg SR. § 86 Anm. 17).

Für *Berlin* haben die §§ 142 ff. ALR. I 8 keine Geltung; hier kann nach der Bauordnung v. 30. November 1641 und nach den Spezial-Bauobservanzen bis an die Grenze

gebaut werden, gleichviel ob dadurch mehr als zehn Jahre bestehenden Fenstern das Licht entzogen wird. Ein Lichtrecht kann nur durch Erwerb einer Grunddienstbarkeit erworben werden (OTrib. E. 45 S. 73, Arch. 42 S. 12; RG. JW. 1897 S. 585 Nr. 67).

Ein Schadenersatzanspruch ist in den Fällen der Verletzung der §§ 142, 143 ALR. I 8 nur gegeben, wenn dem Bauenden ein besonderes Verschulden nachgewiesen werden kann (RG. V. 226. 1901).

β. Anders ist das Fensterrecht im c. civ. Art. 675—680 geregelt. Es wird unterschieden zwischen Fenstern, die nur dazu bestimmt sind, dem Gebäude Licht zuzuführen (jours), und solchen, die dazu bestimmt sind, Aussicht zu gewähren (vues). In einer gemeinschaftlichen Mauer darf kein Nachbar ohne Einwilligung des andern, Fenster irgend einer Art anbringen (Art. 675). In einer nicht gemeinschaftlichen Mauer, die unmittelbar an der Grenze steht, darf der Eigentümer Lichtfenster anbringen, nur müssen sie mit einem Drahtgitter versehen, nicht zum Öffnen eingerichtet und im Erdgeschosse 8 Fuß (260 cm), in den oberen Geschossen 6 Fuß (190 cm) vom Fußboden entfernt sein, wobei der Fensterrahmen nicht mitberechnet wird (Art. 676, 677). Aussichtsfenster dürfen nur in einer bestimmten Entfernung von dem Grundstücke des Nachbars angebracht werden. Ein Fenster, das die Aussicht geradeaus gewährt, muß 6 Fuß (ebenso Balkons oder ähnliche Vorbauten; RG. JW. 05 S. 192 Nr. 46), ein Fenster, das Seitenaussicht auf das Nachbargrundstück gewährt, muß 60 cm entfernt sein (Art. 678, 679). Diese Entfernungen werden berechnet von der Außenseite der Mauer, in der die Öffnung angebracht ist, und wenn es sich um einen Balkon oder ähnlichen Vorbau handelt, von dessen äußerster Linie. Bestehen Fenster, die diesen Vorschriften nicht entsprechen, seit mehr als 30 Jahren, so darf der Nachbar sie nicht verbauen (RG. Rhein A. 75 Abt. III S. 108, Bd 76 Abt. III S. 129, Bd 85 Abt. II S. 143, Bd 90 Abt. II S. 17, E. 13 S. 304, Bd 15 S. 328, Bd 31 S. 341, JW. 1895 S. 215 Nr. 66; ROHG. E. 18 S. 249), sondern er muß sich bei der Bebauung seines Grundstücks in einer angemessenen, nach der Lage des Einzelfalls zu bestimmenden Entfernung von solchen Fenstern halten (RG. Rhein. A. 93 Abt. II S. 43). Sind die nicht vorschriftsmäßigen Fenster auf Grund eines Vertrags mit dem Nachbar angelegt, so ist die Frage, ob der Nachbar die Fenster verbauen darf, nach dem Inhalte des Vertrags zu entscheiden (RG. Rhein. A. 79 Abt. III S. 112).

Keine Anwendung finden die Art. 676—680, wenn das Nachbargrundstück eine öffentliche Straße oder ein öffentlicher Platz ist (OLG. Köln. Rhein. A. 80 Abt. 1 S. 53).

γ. Über lübisches, frankfurter und hessisches Recht vgl. Förster-Eccius 3 § 170 Anm. 30.

δ. Nach Preuß. ALR. I 8 § 148 dürfen neue Türen, die unmittelbar auf des Nachbars Grund und Boden führen, wider dessen Willen nicht angelegt werden. Unter Tür ist hier jede Öffnung zu verstehen, die geeignet ist, das Betreten und Benutzen des Nachbargrundstücks zu vermitteln (OTrib. Arch. 80 S. 266). Neu ist die Tür, wenn bisher an der betreffenden Stelle keine solche oder keine Durchfahrt (Torweg) vorhanden gewesen ist. Die beim Wiederaufbau eines abgebrochenen Gebäudes an Stelle einer früheren eingerichtete Tür ist keine neue, auch dann nicht, wenn sie nicht genau an derselben Stelle und in denselben Maßen hergestellt ist (OTrib. Arch. 15 S. 95, Bd 59 S. 345, E. 81 S. 23). Gleichgültig ist dabei, daß das wiederhergestellte Gebäude eine andere Bestimmung hat, als das alte, daß z. B. an Stelle eines Schuppens ein Wohnhaus aufgeführt ist (OTrib. Arch. 44 S. 168). Es soll auch gleichgültig sein, daß die Ersatztür nach außen zu öffnen ist, während die frühere nach innen zu öffnen war (OTrib. Arch. 15 S. 95). Dies ist zu bestreiten. Durch eine nach außen zu öffnende Tür wird in das Eigentum des Nachbars unmittelbar eingegriffen. Das kann ohne Genehmigung des Nachbars nicht statthaft sein. „Unmittelbar" heißt auch hier „hart an der Grenze" (OTrib. Arch. 23 S. 142) Daraus, daß der Nachbar der Anlegung der neuen Tür nicht widersprochen hat, folgt nicht, daß sie mit seinem Willen angelegt ist (OTrib. Arch. 12 S. 215, Bd 94 S. 199, E. 76 S. 108, vgl. dagegen Arch. 23

S. 146). Auf eine Tür, die nach einem gemeinschaftlichen Zwischenraum eröffnet werden soll, finden die Vorschriften der §§ 921, 922 BGB. Anwendung. (Über bisher. Recht vgl. OTrib. Arch. 18 S. 159.)

Dadurch, daß der Nachbar über seinen Grund und Boden die öffentliche Passage gestattet, begibt er sich nicht des Rechtes, auf Beseitigung einer wider seinen Willen neu eingerichteten Tür zu dringen (OTrib. E. 76 S. 108, Arch. 94 S. 199). Dagegen kommt es auf seine Genehmigung nicht an, wenn auf baupolizeiliche Anordnung auf seinem Grundstück ein Bürgersteig angelegt ist und nach diesem zu eine neue Tür eröffnet werden soll (RG. Gruch. 26 S. 940).

9. Aufrecht erhalten sind durch Art. 124 EG. z. BGB. die Bestimmungen des PALR. I 8 §§ 152, 153, 155, 156, 162—167, 169—174 (vgl. PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1b) über Scheidungen (Mauern, Zäune, Hecken). Zur Anlegung von neuen Scheidungen ist niemand verpflichtet (OTrib. E. 43 S. 1, Bd 59 S. 43, Bd 74 S. 253, Bd 81 S. 155. Arch. 38 S. 181, Bd 69 S. 243, Bd 98 S. 250). Bezüglich der in der Feldflur errichteten Scheidungen besteht keine Unterhaltungspflicht. Beschränkt ist der Erwerber nur insofern, als er bei Planken die Abdachung der Stiele nach seinem Grundstücke zu einrichten muß (§ 156). Dagegen muß der Eigentümer, der außerhalb der freien Feldflur in Städten oder in Dörfern (OTrib. Präj. 235, PräjS. I S. 29, E. 81 S. 155, Arch. 98 S. 250; RG. JMBl. 1880 S. 249, E. 2 S. 213) auf einem nicht an die Feldflur grenzenden Grundstücke (OTrib. Arch. 69 S. 243, E. 59 S. 43, Bd 74 S. 189) Scheidungen einmal angelegt hat, diese in der Regel unterhalten und, wenn sie verfallen, wiederherstellen (OTrib. E. 43 S. 1) nach folgenden Bestimmungen: In Städten (nicht auch in Dörfern; OTrib. E. 74 S. 253, Arch. 93 S. 228) hat in der Regel (d. h. wenn nicht Ortsgewohnheiten entgegenstehen; OTrib. E. 58 S. 45) jeder Eigentümer Zäune und Wellerwände rechter Hand vom Eintritt in den Haupteingang zu unterhalten (§ 162). Eine spätere Verlegung des Haupteingangs ist für die einmal begründete Verbindlichkeit ohne Belang (§ 163). Wer ein Gebäude fortnimmt, das bisher das Halten eines Zaunes unnötig gemacht hat, muß an dessen Stelle einen Zaun bauen und unterhalten (§ 164), und zwar auch dann, wenn das Gebäude nicht unmittelbar an der Grenze, sondern in der im § 140 vorgeschriebenen Entfernung stand (OTrib. Präj. 960, PräjS. I S. 28). In diesem Falle kann aber der Zaun bis an die Grenze vorgerückt werden (OTrib. E. 37 S. 64). Der Eigentümer kann seinen Zaun, wenn der Nachbar nahe an und neben dem Zaune ein Gebäude aufführt, nicht beseitigen (OTrib. Arch. 100 S. 158). Wenn ein zur linken Hand neu anbauender Nachbar seinen Hof oder Garten schließen will, muß er den daselbst (zur rechten Hand) bereits vorhandenen Zaun (darunter fallen auch Planken; OTrib. E. 48 S. 28, Arch. 47 S. 97) seines Nachbars zur Unterhaltung übernehmen (§ 165). Das OTrib. hat in E. 48 S. 32 angenommen, daß der Neuanbauende diese Pflicht auch dann habe, wenn das Eigentum eines Nachbars an dem Zaune feststeht. Diese Annahme scheint in späteren Entscheidungen desselben Gerichts aufgegeben zu sein (Arch. 82 S. 256, E. 74 S. 253). Das RG. hat die Frage bisher nicht entschieden, aber ausgesprochen (JW. 1902 S. 640 Nr. 29), daß, wenn dem OTrib. beizupflichten sein sollte, die Übernahmepflicht des Neuanbauenden jedenfalls eine Ausnahme von der im § 153 ausgesprochenen und in den §§ 154—164, 167, 168 bestätigten Regel und daher einengend auszulegen sein würde; dann aber würde ein Erweiterungsbau nicht als ein Neubau im Sinne des § 165 angesehen werden können. In der Tat ist aber jene Ansicht des OTrib. unhaltbar. Quer- und Rückzäune müssen (wenn das Eigentum an ihnen nicht feststeht; OTrib. E. 43 S. 74, Arch. 82 S. 252) von beiden Nachbarn gemeinschaftlich unterhalten werden (§ 167). Scheidungen zwischen Höfen müssen in der Regel nicht unter 6, zwischen Gärten, sowohl in Städten als auf dem Lande, nicht unter 5 Fuß hoch sein (§ 169). Wo es die Umstände erlauben, sollen Gärten und geschlossene Ackerstücke durch lebendige Hecken geschieden werden (§ 170). Auch ist der Eigentümer eines hölzernen Scheidezauns befugt, an dessen Stelle eine lebendige Hecke anzulegen (§ 171). Die lebendige Hecke muß jedoch 1½ Fuß von der

Grenze des Nachbars zurücktreten (§ 174). Die 1½ Fuß werden nicht von der Mitte, sondern vom äußeren Rande eines Grenzrains berechnet (OTrib. Rechtsf. 3 S. 98). Das Recht auf Innehaltung dieser Entfernung verjährt in 30 Jahren (OTrib. E. 44 S. 59).

10. Code civ. Art. 648 bestimmt, daß der Eigentümer, der seine Grundstücke umfriedigen will, das Weiderecht (das droit au parcours und die vaine pâture verliere). Das droit au parcours (Koppelhut) ist durch § 5 Abs. 2 GemTO. v. 19. Mai 1851 aufgehoben: dagegen besteht das droit de vaine pâture (das Recht des öden Weidegangs innerhalb der selben Gemeinde). Insoweit bleibt die im Art. 648 enthaltene Eigentumsbeschränkung nach Art. 124 EG. z. BGB. unberührt.

11. Nach PALR. I 8 § 185 muß, wer seinen Grund und Boden erhöhen will, mit dieser Erhöhung 3 Fuß von dem Zaune, der Mauer oder der Planke des Nachbars zurückbleiben (anders nach gemein. Rechte; RG. E. 15 S. 205, Bd 30 S. 114). Befindet sich keine Mauer ꝛc. an der Grenze, so fehlt es an einer Voraussetzung der Beschränkung. Auch die Stadtgemeinden und der Fiskus, welche ihnen gehörige öffentliche Straßen erhöhen wollen, müssen mit der Erhöhung 3 Fuß von den Mauern der Anlieger entfernt bleiben (OTrib. Arch. 11 S. 164, E. 49 S. 92; RG. Gruch. 45 S. 76). Die Frage, ob selbst bei Einhaltung dieses Abstandes die Straßenanlieger einen Anspruch auf Entschädigung wegen Erschwerung der Kommunikation mit der Straße haben (vgl. RG. JW. 1896 S. 141 Nr. 59, Gruch. 43 S. 949), gehört nicht hierher. Nach § 186 I 8 ALR. folgt daraus, daß der Nachbar die Erhöhung in einer größeren Nähe ohne ausdrücklichen Widerspruch geschehen läßt, noch nicht, daß er dem Ersatze des in der Folge erwachsenen Schadens entsagt habe. Aus dieser Vorschrift, die stillschweigend einen Hinweis auf ALR. I 22 § 43 zu enthalten scheint, ist gefolgert worden, daß bei unterlassenem Widerspruche nur Schadenersatz, nicht auch Beseitigung der Erhöhung gefordert werden könne (OTrib. E. 43 S. 78). Der Grundsatz des § 43 ist jedoch in das BGB. nicht aufgenommen, sondern die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift von der 2. Komm. ausdrücklich abgelehnt (Prot. III S. 325). Demnach wird auch der Beseitigungsanspruch bis zum Ablaufe der Verjährungsfrist zulässig sein. Dieser Anspruch richtet sich gegen den jedesmaligen Eigentümer des erhöhten Grundstücks (OTrib. E. 70 S. 103).

12. Nach code civ. Art. 681 hat jeder Eigentümer seine Dächer so einzurichten, daß das Regenwasser auf seinen eigenen Grund und Boden oder auf die öffentliche Straße fällt; auf das Grundstück seines Nachbars darf er es nicht abfließen lassen. Abgesehen von der Einschränkung durch polizeiliche Bestimmungen kann demnach jeder Hausbesitzer das sogen. Hauswasser und das zu geschäftlichem Betriebe benutzte und abfließende Wasser in die Rinne der öffentlichen Straße leiten (RG. E. 46 S. 316).

Einige andere tatsächliche Eigentumsbeschränkungen sind noch bei § 907 BGB. zu erwähnen.

VII. Im BGB. selbst werden neben den in den §§ 904 ff. behandelten noch folgende Eigentumsbeschränkungen bestimmt:

1. Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist (§ 867 Satz 1).

2. Der Eigentümer eines ausgezogenen Bienenschwarms darf bei dessen Verfolgung fremde Grundstücke betreten (§ 962 Satz 1).

3. Nach §§ 1133—1135 ist der Eigentümer eines Grundstücks den Hypothekengläubigern gegenüber verpflichtet, jede die Sicherheit ihrer Hypotheken gefährdende Verschlechterung des Grundstücks und dessen Zubehörs zu unterlassen.

Endlich dürfen nach dem allgemeinen Grundsatze des § 226 die im Eigentume liegenden Befugnisse nicht lediglich zu dem Zwecke ausgeübt werden, dem Nachbar Schaden zuzufügen.

VIII. Es ist bereits hervorgehoben, daß die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen nicht eingetragen werden. Insbesondere trifft dies auch für die in den §§ 904 ff. BGB. behandelten, dem Nachbarrecht angehörenden Beschränkungen zu, und zwar auch auf solche, die, wie das Überbau- und Notwegrecht, erst beim Vorliegen eines besonderen Tatbestandes zur Entstehung gelangen. Denn es handelt sich nicht um eine Art der im BGB. zugelassenen Grundstücksbelastungen, sondern um eine dem Eigentumsbegriffe vom Gesetze gezogene Schranke. Nur mit dieser Beschränkung ist die Eigentumseintragung zu verstehen und daher wäre die Eintragung der Schranke überflüssig (Predari S. 169, Gutjahr Die Eintragungsfähigkeit der gesetzl. Eigentumsbeschr. Diss. 1904 S. 42, 55). und ebendaher ist sie unzulässig im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. (vgl. bayer. Dienstanw. für GBÄmter v. 23. Februar 1905 § 123 Nr. 2). Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen wirken eben von selbst gegen jedermann; das Grundbuch steht aber nur solchen Eintragungen offen, die des Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bedürfen. Eintragungsfähig und eintragungsbedürftig sind dagegen vertragsmäßige Änderungen der aus den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sich ergebenden Rechte und Pflichten, nicht wegen §§ 875, 877 BGB., sondern weil solche Änderungen die Bestellung von Grunddienstbarkeiten (BGB. § 1018) bedeuten. Ebenso liegt im Verzicht eines Grundeigentümers auf ein Recht, das ihm infolge einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung gegen den Eigentümer eines anderen Grundstücks nach § 1018 ganz von selbst die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des anderen Grundstücks. Voraussetzung ist, wie zur Begründung jeder Grunddienstbarkeit, daß ein dem § 873 BGB. entsprechender dinglicher Vertrag geschlossen und die Eintragung bewirkt wird, und zwar sowohl im Falle der Änderung als auch des Verzichts (anders nach §§ 43 ff. PrALR. I 22, die aber nicht mehr gelten; Gierke SR. S. 419 Anm. 5.) Unter dieser Voraussetzung liegt auch im Verzicht auf das Recht zum Dulden (z. B. eines Überbaues) die Bestellung einer Grunddienstbarkeit (Förster JJ. Bd 6 S. 244, Fuchs 1 S. 204, Willenbücher LiegenschaftR. S. 54; a. M. KG. RJA. 1 S. 25, Gutjahr S. 86). Das Recht des Überbaurentenberechtigten auf Übernahme des überbauten Teiles seines Grundstücks (§ 915 BGB.) ist zweifellos dinglicher Natur und steht daher jedem Eigentümer gegen jeden Eigentümer des anderen Grundstücks zu (a. M. Gutjahr S. 88). Der Verzicht auf dieses Recht muß mit dinglicher Wirkung möglich sein und eingetragen werden können; ob durch ihn eine Grunddienstbarkeit begründet wird, mag zweifelhaft sein, jedenfalls enthält er aber eine Einschränkung des gesetzlichen Rechtes des Rentenberechtigten, auf die die analoge Anwendung des § 914 Abs. 2 Satz 2 sich rechtfertigen möchte. Ein Verzicht auf den Abmarkungsanspruch ist mit dinglicher Wirkung nicht zulässig (Anm. 1 zu § 919). — Abgelehnt muß die Annahme Gutjahrs (S. 61 ff.) werden, daß Grunddienstbarkeiten, die lediglich den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen entsprechend bestellt werden, eingetragen werden können. Nur insoweit die Bestellung einen abweichenden Inhalt hat, ist die Eintragung zulässig. Ersitzung eines der Eigentumsbeschränkung widersprechenden Rechtes ist ausgeschlossen und der Regel nach auch die Verjährung der einzelnen aus dem Nachbarrechte fließenden Ansprüche (BGB. § 924).

Erster Titel.

Inhalt des Eigentums.

§ 903.

Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Literatur: Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums in Jherings J. 45 S. 289.

1. Aus dem Begriffe des Eigentums als der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache ergibt sich ohne weiteres, daß der Eigentümer zu tatsächlichen Verfügungen jeder Art über sein Grundstück befugt ist und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Nur von der Befugnis zu *tatsächlichen* Verfügungen handelt § 903 (Mot. III S. 258 Nr. 4, Prot. III S. 120), dessen wesentliche Bedeutung in der Negative liegt, daß die ausschließliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über die Sache nur so weit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird (Mot. III S. 262). Diese Bestimmung bringt die Elastizität des Eigentums zum Ausdrucke, vermöge deren beim Wegfallen einer Beschränkung Konsolidation zugunsten des Eigentümers eintritt (Prot. III S. 120). Wer behauptet, daß ihm ein beschränkendes Recht zustehe, hat dies zu *beweisen*. Auch nach BGB. spricht die Vermutung für die Freiheit des Eigentums. Daß dem Eigentümer, soweit ihm nicht durch Gesetz oder Verträge Schranken gesetzt sind, auch die ausschließliche *rechtliche* Herrschaft über die Sache zusteht, ist selbstverständlich (Mot. III S. 264). Über Einschränkungen des Eigentums an Grundstücken vgl. Nr. 7 S. 355 ff. Weitere Beschränkungen ergeben sich aus den §§ 905—923.

2. Wegen einer Benutzungsart, die in den durch Gesetz (d. h. jede Rechtsnorm, also auch die nach Landesgesetz zulässigen Polizeiverordnungen, welche eine einzelne Art der Benutzung verbieten; OVG. E. 39 S. 411, Bd 45 S. 404), oder Vertrag gezogenen Schranken bleibt und über die Grenzen des Grundstücks nicht sinnlich wahrnehmbar hinauswirkt, kann der Eigentümer auf Entschädigung auch dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Nachbarn infolge jener Benutzungsart höhere Feuerversicherungsbeiträge zahlen müssen oder der Wert ihrer Grundstücke sonst beeinträchtigt wird, es sei denn, daß die Voraussetzungen der §§ 226, 823 ff. BGB. vorliegen. Betreibt der Eigentümer mit der erforderlichen Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde auf seinem Grundstück ein feuergefährliches Gewerbe, so liegt darin weder ein Mißbrauch seines Eigentums noch eine unerlaubte Handlung. Anderseits reicht die behördliche Genehmigung nicht aus, um einer Handlung den Charakter des Unerlaubten zu nehmen. So bleibt der Bordellbetrieb unerlaubt, auch wenn die Polizeibehörde und die Staatsanwaltschaft das Einschreiten gegen ihn abgelehnt haben (RG. E. in StrS. 1 S. 88). In einem solchen Betriebe liegt ein gegen die guten Sitten verstoßender, den Wert der Nachbargrundstücke beeinträchtigender Mißbrauch des Eigentums (BGB. § 826), für den der Eigentümer verantwortlich ist (RG. E. 38 S. 380, Bd 57 S. 239). Unmöglich kann die erlaubte und über die Grenzen des Grundstücks nicht sinnlich wahrnehmbar hinauswirkende, aber die Nachbargrundstücke im Werte beeinträchtigende Benutzungsart unter den Begriff der Immissionen (§ 906) gebracht werden; denn dieser Begriff umfaßt nur körperliche (wenn auch imponderable) Hinüberwirkungen in fremde Grundstücke. Fehlt es an solchen, bleibt die körperliche Wirkung eines Betriebs innerhalb der Grenzen des Grundstücks, so liegt keine Immission vor. Der Begriff der *ideellen* Immission ist dem BGB. fremd und eine analoge Anwendung des § 906 ausgeschlossen, da diese Vorschrift sich als eine Ausnahme von der Regel des § 903 darstellt. Eine Entschädigungspflicht des Eigentümers besteht in solchen Fällen nur dann, wenn die Nachbarn infolge des Betriebs durch polizeiliche Anordnungen in der Ausnutzung ihrer Grundstücke (z. B. durch Bebauungsverbote) beschränkt werden. Der Grund der Entschädigungspflicht liegt dann aber nicht in einer unerlaubten Handlung oder in einer ideellen Immission, sondern in der teilweisen Enteignung der Nachbarn zugunsten des Eigentümers (RG. Gruch. 27 S. 438, JMBl. 1883 S. 324). Wegen nur (ungewiß) drohender Gefahr oder Enteignung kann z. B. vom Eigentümer, der mit obrigkeitlicher Genehmigung auf seinem Grundstück eine Petroleum-Raffinerie betreibt, seitens der Nachbarn eine Entschädigung nicht beansprucht werden. (RG. E. 50 S. 225.)

3. Das polizeiliche Verordnungsrecht beschränkt sich auf Wahrnehmung öffentlicher Interessen; es darf nicht zum Zwecke der Forderung von wirtschaftlichen Interessen eines Nachbars ausgeübt werden (OVG. E. 32 S. 425 ff., Bd 35 S. 382 ff., Bd 39 S. 279 ff.,

Bd 42 S. 353). Ein öffentliches Interesse wird z. B. verletzt, wenn ein Eigentümer in der Nähe einer Stelle, an der die Eisenbahn eine Chaussee kreuzt, einen Zaun errichtet, der infolge seiner Undurchsichtigkeit die Sicherheit des Eisenbahnbetriebs gefährdet. Die Ortspolizeibehörde kann dem Eigentümer aufgeben, den Zaun entweder ganz zu entfernen oder durch eine Umzäunung zu ersetzen, die den freien Durchblick gestattet (OVG. E. 41 S. 428). Ein öffentliches Interesse wahrt ferner eine Polizeiverordnung, durch die die Erbauung und Einrichtung von Fabriken (auch Brauereien) in bestimmten Teilen eines Gemeindebezirks verboten werden (OVG. E. 42 S. 361). Der Regel nach kann der Eigentümer jedem das Betreten seines Grundstücks verbieten. Liegt aber für die Polizei Veranlassung zur Annahme eines polizeiwidrigen Zustandes des Grundstücks vor, so muß der Eigentümer sich gefallen lassen, daß sie an Ort und Stelle durch beauftragte Beamte mittels Einnahme des Augenscheines die Feststellungen trifft, deren sie zum Zwecke ihrer Entschließung über ein polizeiliches Einschreiten bedarf (OVG. E 43 S. 414).

§ 904.

Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

Diese, dem bisherigen Rechte fremde Bestimmung bezieht sich auf Sachen aller Art. Da sie für Liegenschaften keine Besonderheiten enthält, entfällt ihre nähere Erläuterung dem Rahmen dieses Werkes. Die Schadenersatzpflicht setzt hier kein Verschulden voraus (Prot. I S. 248, 260, Bd II S. 578, Bd VI S. 212). Voraussetzung ist eine plötzlich auftretende, vorübergehende Gefahr. Besteht die Gefahr fort, so hat der Gefährdete anderweite Abhilfe zu suchen. Wird z. B. ein Bergwerk durch eindringendes Wasser gefährdet, so kann der Bergwerkseigentümer vorerst das Grubenwasser in die Vorflutgräben seines Nachbars ableiten; aber bei fortgesetztem Eindringen des Wassers muß er sich anderweite Hilfe schaffen (RG. E. 57 S. 187).

§ 905.

Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat.

1. Das Grundstück läßt sich nicht dahin definieren, daß es ein räumlich abgegrenzter, d. h. von einer in sich zurücklaufenden Grenzlinie umschlossener Abschnitt der Erdoberfläche sei, sondern erstreckt sich begrifflich auf den Raum über der Erdoberfläche und auf den Erdkörper[1] unter ihr, und zwar nach beiden Richtungen hin unbegrenzt. Für den Grundbuchverkehr kommt freilich das Grundstück nur als räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche in Betracht (Mot. III S. 54), den Nachbarn und jedem Dritten gegenüber setzt sich dagegen die Grenze als Fläche nach oben und nach unten fort. Die Bestimmung des § 905 Satz I ist nicht überflüssig; denn aus ihr ergibt sich, welche Handlungen anderer Personen rechtswidrige Eingriffe in das Recht des Eigentümers sind, wenn sie nicht aus einem das Eigentum oder den Eigentümer persönlich beschränkenden Rechte gerechtfertigt werden (Mot. III S. 263).

2. Auf das Grundstück in dieser Ausdehnung erstreckt sich das an sich ausschließliche Recht des Eigentümers (so auch nach code civ. Art. 552 Abs. I). Für den einzelnen Eigen-

[1] Zweifellos erstreckt sich das Recht des Eigentümers auch auf Hohlräume unter der Erdoberfläche und unterirdisches Wasser (RG. E. 28 S. 154, Bd 16 S. 229, Bd 27 S. 330 Bd 35 S. 172).

tümer ist jedoch die Möglichkeit, den Raum über und den Erdkörper unter der Erdoberfläche zu seinem Vorteil auszunutzen, sehr beschränkt. In bedeutender Höhe oder Tiefe hat der Raum oder Erdkörper und das im Eigentume liegende Ausschließungsrecht gar kein Interesse für ihn, während kapitalkräftigen Unternehmern (insbesondere dem Staate, Aktiengesellschaften 2c.) auch noch in solcher Höhe oder Tiefe erfolgreiche Benutzung (z. B. zu elektrischen Leitungen und zur Anlegung von Eisenbahntunneln) möglich ist. An und für sich könnte der Eigentümer diese Benutzung verbieten; wenn jedoch die Einwirkungen ihn an der Ausnutzung seines Eigentums nicht hindern oder stören und wenn sie auch seine sonstigen, nicht vermögensrechtlichen Interessen nicht verletzen (Prot. III S. 122), würde in der Untersagung eine schikanöse Ausübung seines Eigentumsrechts liegen (BGB. § 226). Diese Erwägungen haben zu der Vorschrift des § 905 Satz 2 geführt. Eine Verletzung des Interesses eines Hoteleigentümers kann darin gefunden werden, daß durch eine über sein Hotel geführte elektrische Kraftstromleitung Gäste aus Furcht vor Gefahren ausbleiben könnten (RG. E. 59 S. 116). Die Fälle, in denen dem Eigentümer das Verbietungsrecht entzogen ist, stellen sich als Ausnahmen von der Regel des § 905 Satz 1 dar. Daher hat, wer Einwirkungen beabsichtigt, im Streifalle zu *beweisen*, daß der Eigentümer an der Ausschließung kein Interesse hat (RG. E. 59 S. 116). An diesen Nachweis wird ein strenger Maßstab anzulegen sein, insbesondere wenn es sich um Einwirkungen in der Tiefe handelt, deren Folgen (z. B. auf den Stand des Grundwassers, auf den Bestand von Quellen und Brunnen) sich schwer übersehen lassen. Für die Entscheidung der Frage, ob der Eigentümer an der Ausschließung Interesse hat, wird nicht die derzeitige Art der Benutzung des Grundstücks allein ausschlaggebend, sondern jede mögliche Art der Benutzung in Betracht zu ziehen, also ein abstrakter Maßstab anzulegen sein. Diese Vorschrift des § 905 Satz 2 darf nicht dazu führen, den Unternehmer für befugt zu erklären, einen Telegraphendraht in geringer Höhe über dem Dache des einstöckigen Hauses des Grundeigentümers zu ziehen, weil dieser (zur Zeit) kein Interesse an der Verbietung habe, und den Eigentümer so an der künftigen Erhöhung seines Hauses oder an der Errichtung von Flaggenstangen auf dem Dache zu hindern. Der Eigentümer hat ein Interesse an der Ausschließung nicht nur solcher Einwirkungen, die der Ausnutzung seines Eigentums zur Zeit hinderlich sind, sondern auch solcher, die in Zukunft hinderlich sein *können* (RG. JW. 1898 S. 620 Nr. 68, E. 42 S. 205, Bd 59 S. 116). Aber auch durch ein Urteil, das unter Berücksichtigung aller zur Zeit denkbaren Möglichkeiten den Grundeigentümer nach § 905 Satz 2 zur Duldung bestimmter Einwirkungen verurteilt, können die Interessen des Eigentümers gefährdet werden, weil künftige neue Erfindungen, die neue Arten der Grundstücksbenutzung ermöglichen, von niemand vorausgesehen und in Betracht gezogen werden können. Ist der Eigentümer zur Duldung rechtskräftig verurteilt, so wird er aus späterer Veränderung der Umstände ein Ausschließungsrecht schwerlich herleiten können. Es liegt demnach für den erkennenden Richter die dringendste Veranlassung zur Vorsicht bei Anwendung des § 905 Satz 2 vor. Nach dem Telegraphengef. v. 18. Dezember 1899 § 12 (RGBl. S. 705) ist der Eigentümer insofern weiter beschränkt, als er der Benutzung seines Luftraums zu Telegraphen- und Fernsprechlinien nur dann widersprechen darf, wenn dadurch seine eigene Benutzung nach der *zur Zeit der Herstellung der Anlage* bestehenden Verhältnissen *wesentlich* beeinträchtigt wird, und als, wenn später eine solche Beeinträchtigung eintritt, die Telegraphenverwaltung die Leitung (also erst dann) zu beseitigen hat.

Zu berücksichtigen ist z. B. das Interesse, das der Eigentümer eines Gartens daran hat, daß ihm der Anblick des freien Himmels nicht in erheblichem Maße durch die Überleitung (einer großen Menge) von Telegraphendrähten beeinträchtigt wird. Die Annahme daß dieses Interesse kein Vermögensinteresse sei (Prot. III S. 122), dürfte nicht richtig sein.

Das Verbietungsrecht steht auch dem Erbbau- und Dienstbarkeits-Berechtigten zu, wenn und soweit ihr Recht beeinträchtigt wird (BGB. §§ 1017 Abs. 2, 1027, 1065, 1090 Abs. 2). Ebenso auch dem Besitzer des Grundstücks.

3. Eine erhebliche Einschränkung erleidet das Ausschließungsrecht des Eigentümers durch die im Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen bergrechtlichen Bestimmungen, wonach er den Bergwerksbetrieb eines Dritten unter der Oberfläche seines Grundstücks gestatten muß. Gemildert ist diese Einschränkung durch die dem Bergwerksbesitzer auferlegte Pflicht (vgl. § 148 PBergG.), für allen Schaden, der dem Grundeigentume durch den unterirdisch oder mittels Tagebaues geführten Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, volle Entschädigung zu leisten, ohne Unterschied, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet ist und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht. Insbesondere haftet der Bergwerksbesitzer auch für den Schaden, der dadurch entsteht, daß der Bergwerksbetrieb eine Veränderung des Grundwasserstandes oder das Versiegen einer Quelle oder eines Brunnens zur Folge hat. Mangels einer besonderen Bestimmung ist dem Eigentümer solches Recht auf Entschädigung nicht zuzugestehen, wenn Einwirkungen, welche einem Dritten nach § 905 Satz 2 BGB. durch richterlichen Spruch gestattet sind, sich hinterher als das Grundstück schädigend herausstellen.

4. Das Verbietungsrecht erlischt nicht, wenn die Einwirkungen durch rechtsverjährte Zeit stattgefunden haben. Das Recht zu solchen Einwirkungen kann nur als Dienstbarkeit bestellt werden (§§ 1018, 1090, 873; a. M. ohne Begründung Biermann zu § 905). Tabularersitzung ist möglich (§§ 900 Abs. 2, 1029, 1090 Abs. 2).

§ 906.

Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

1 a. Vgl. S. 334 ff. u. Anm. 2 S. 364. Wie der Wortlaut des § 906 ergibt, handelt es sich bei ihm nicht eigentlich um eine Eigentumsbeschränkung (Gierke SR S. 420 Anm. 10).

1 b. Innerhalb der Grenzen seines Grundstücks kann der Eigentümer grundsätzlich nach Belieben schalten und walten, muß sich aber aller Einwirkungen auf fremde Grundstücke enthalten. Jede Immission ist an sich als ein Eingriff in das Eigentum des leidenden Grundstücks anzusehen (Prot. III S. 124). „Die rechtliche Abscheidung der Grundstücke würde jedoch mit den Bedürfnissen des Lebens in einen unversöhnlichen Widerspruch treten, wenn sie als eine so strenge zu verstehen wäre, daß die zugunsten des Besitzers und des Eigentümers bestehenden gesetzlichen Verbote — Verbot der Eigenmacht (§ 858) und Verbot der Beeinträchtigung (§ 1004) — eine jede nicht autorisierte mechanische oder physikalische Hinüberwirkung als objektive Rechtswidrigkeit erscheinen ließen. Vor allem läßt sich eine gewisse Art der Hinüberwirkung nicht in bestimmte Grenzen bannen. Wir leben auf dem Grunde eines Luftmeers. Dieser Umstand führt mit Notwendigkeit eine Erstreckung der Wirkungen der menschlichen Tätigkeit in die Ferne mit sich. Einerseits überliefern schon die gewöhnlichen Lebensfunktionen und mehr noch die wirtschaftlichen und gewerblichen Vorgänge dem Luftmeer eine Menge von gasförmigen und in der Luft suspendierten Körpern, die der Bewegung des Luftmeers folgen. Anderseits ist die menschliche Tätigkeit von physikalischen Wirkungen begleitet, die sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch, Licht. Ob die Erregung von Gerüchen der einen oder der anderen Art der bezeichneten Vorgänge beizuzählen ist, bleibt gleichgültig. Um einen kurzen Ausdruck zu gewinnen, möge für alle Arten der Hinüberwirkung der Ausdruck Immission von Imponderabilien gewählt werden. Nach einem in allen Fällen

klar entscheidenden Merkmale läßt sie sich nicht wohl bezeichnen. Das Gesetz hat deshalb den Ausweg gewählt, die hauptsächlichen Beispiele anzuführen und die weitere Entwickelung des leitenden Gedankens der Praxis zu überlassen. Die Immission von Flüssigkeiten, die nicht in der Luft suspendiert sind, wird . . . nicht getroffen. Wenn über die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer solchen Immission bestimmt werden soll, hat man nicht bloß . . . das Verhältnis von Nachbar zu Nachbar zu berücksichtigen, vielmehr ist der Umfang des Rechtes des Eigentümers gegen alle anderen Personen festzusetzen." (Mot. III S. 264.) Gegen Immissionen kann der Eigentümer grundsätzlich nur den Schutz der ordentlichen Gerichte anrufen. Die Polizei darf in die privatrechtlichen Nachbarrechte nur eingreifen, wenn der vorhandene Zustand mit dem Gemeinwohl unverträglich und bei seiner Fortdauer eine Gesundheitsgefahr zu befürchten ist (OVG. E. 39 S. 402).

2. § 906 enthält eine Kodifikation der von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze (RG. JW. 1901 S. 19 Nr. 30, Gruch. 45 S. 1013, 1016, Bd 46 S. 370). In Preußen begann diese Rechtsentwickelung im wesentlichen erst mit dem Plenarbeschlusse des OTrib. v. 7. Juni 1852 (E. 32 S. 256). Eine vollständige Mitteilung der bisherigen Rechtsprechung kann mit Rücksicht auf den Inhalt des § 906 entbehrt werden. Die in diesem besonders aufgezählten Beispiele sind der Praxis entlehnt. Weitere Beispiele sind das Hinüberfliegen von Asche (RG. E. 40 S. 182), von Funken (RG. E. 17 S. 103), von Pilzkeimen, die sich auf Berberizensträuchern entwickeln und notorisch Rost in den Roggenähren herbeiführen (OTrib. Arch. 95 S. 1). Auch die schädliche Hinüberwirkung von künstlich erzeugter Kälte ist als Immission aufgefaßt (RG. V 344. 97) und es steht zu erwarten, daß man diesen Fall unter § 906 bringen wird, obwohl eine Immission im eigentlichen Sinne vielleicht nicht vorliegen mag. Der Begriff der „ähnlichen Einwirkungen" ist dehnbar und läßt der Rechtsprechung den nötigen Spielraum. Jedenfalls ist erforderlich, daß die Hinüberwirkungen sinnlich wahrnehmbar sind. Die Prot. III S. 124 rechnen auch das Eindringen von Bienen (vgl. RG. E. 12 S. 173), Tauben und Steinen von einem Steinbruch und das RG. (Gruch. 45 S. 1016) sogar Kugeln, die von einem Schießplatze hinüberfliegen, hierher, obwohl man diese Dinge kaum als Imponderabilien bezeichnen kann.

3. Unzulässig ist die Zuführung von Gasen, Dämpfen ꝛc. durch eine besondere Leitung, falls nicht ein besonderes Recht dazu erworben ist. Eine solche kann der Eigentümer auch dann verbieten, wenn die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigt. Besteht das Recht auf Zuleitung von Wässern (z. B. bei der städtischen Kanalisation), werden diese aber mit schädlichen Substanzen vermischt zugeführt, so findet § 906 auf einen solchen Mißbrauch des Zuleitungsrechts Anwendung. Die Klage kann gegen die Stadt, welche die Leitung auf ihrem Grund und Boden angelegt hat, gerichtet werden, wenn auch die schädlichen Substanzen gegen ihr Verbot von den zur Benutzung der Kanalisationsanlage berechtigten Bürgern in die Anlage geleitet werden (RG. Gruch. 45 S. 1008, JW. 1901 S. 52; vgl. auch E. 45 S. 289). Aus der Gegenüberstellung der Worte „Zuführung" und „Leitung" ergibt sich, daß hier das Wort Zuführung nicht in dem gemeinüblichen Sinne gebraucht, daß vielmehr ein von menschlichem Zutun unabhängiges Hinüberwirken des auf einem Grundstück erzeugten Rauches ꝛc. auf ein anderes Grundstück gemeint ist. Wird dem auf einem Grundstück erzeugten Rauche ꝛc. von dessen Eigentümer die Richtung auf ein anderes Grundstück gegeben, so liegt eine unmittelbare Immission vor. § 906 Satz 1 handelt aber nur von der mittelbaren Immission, d. h. lediglich von der natürlichen Verbreitung der Imponderabilien über die Grenze hinaus (Mot. III S. 265, Prot. III S. 124). Auch die mittelbare Immission stellt sich an sich als ein Eingriff in das leidende Grundstück dar. „Wer zur Entstehung oder Verbreitung der Imponderabilien die Ursache liefert, muß wissen, daß diese ihren eigenen Weg nehmen. Ihre Fortpflanzung über die Grenze ist ihm mithin als Folge seiner Tat zuzurechnen und ist direkte und indirekte Immission insofern von einander nicht zu scheiden" (Mot. III S. 265). Beim Mangel besonderer Ausnahmebestimmungen kann der Eigentümer auch solche

mittelbaren Einwirkungen auf sein Grundstück verbieten. Rücksichten auf die Bedürfnisse des Lebens fordern solche Ausnahmebestimmungen. Das BGB. trifft sie dahin, daß der Eigentümer derartige Einwirkungen insoweit nicht verbieten könne, als:

a. die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder

b. durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.

Für die Frage, ob eine wesentliche Beeinträchtigung vorliege, kommt es nicht auf die regelmäßige oder bisherige Benutzung des leidenden Grundstücks an (Prot. III S. 125). Der Eigentümer kann die Art der Benutzung seines Grundstücks beliebig ändern und kann Einwirkungen verbieten, welche die neue Benutzungsart wesentlich beeinträchtigen. Welches Maß von Beeinträchtigung er sich gefallen lassen muß, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach Lage des Einzelfalls bestimmen. Dabei ist stets ein objektiver Maßstab anzulegen. So kommt bei der Frage, ob Geräusche die Benutzung beeinträchtigen, nicht die Nervosität des Eigentümers in Betracht, sondern der Durchschnittsmensch (RG. Seuff. A. 45 S. 396, Bd 52 S. 269, JW. 1904 S. 143 Nr. 12, S. 203 Nr. 15, S. 384 Nr. 6). Die Durchschnittseigenschaft ist nach den im Einzelfall in Betracht kommenden Durchschnittsverhältnissen zu beurteilen (RG. V 181. 04). Die Hinüberwirkungen der gewöhnlichen Haushaltung (z. B. Küchengerüche) müssen ertragen werden. Dagegen können Belästigungen, die ein Gastwirtschaftsbetrieb mit sich führt, zur Eigentumsfreiheitsklage berechtigen (RG. JW. 1904 S. 203 Nr. 15). Die Annahme, daß die ungewöhnliche Benutzung des beeinträchtigten Grundstücks (z. B. als Nervenheilanstalt) in Betracht zu ziehen sei (Biermann Nr. 2 a zu § 906), findet im Gesetze keinen Anhalt. Dagegen kann in Gegenden, wo die Benutzung der Grundstücke zur Aufnahme von Kranken üblich ist (z. B. in Badeorten), diese Benutzungsart für die Frage, welche Immissionen erlaubt sind, wesentlich sein (RG. a. a. O.), weil die Durchschnittsqualität der Menschen an solchen Orten geringer ist. Die Gewohnheit, bei offenen Fenstern zu schlafen, gibt keinen Rechtsanspruch gegen den Nachbar, sein Verhalten danach einzurichten (RG. JW. 1904 S. 384 Nr. 6). Das Gesetz verlangt nicht, daß die Beeinträchtigung dauernd sei (RG. V 369. 03). Einmalige vorübergehende Immissionen, die sich nicht gegen das Eigentum als solches richten und auf deren Unterlassung der Störer selbst bedacht ist, berechtigen nicht zur Klage. Auch der Lärm und die Erschütterungen müssen ertragen werden, die dadurch hervorgerufen werden, daß der Nachbar ein Haus neu oder umbaut oder die Maschine in seiner neuerbauten Fabrik montieren läßt. Die durch den Großstadtverkehr, namentlich durch den Betrieb der Straßenbahnen verursachten Beeinträchtigungen und Störungen müssen die Straßenanlieger sich gefallen lassen; dagegen nicht die wesentlichen, über das Maß des Ortsüblichen hinausgehenden Beeinträchtigungen, die von einem Grundstück ausgehen, das von der Straßenbahnverwaltung zur Einstellung ihrer Wagen benutzt wird (RG. E. 57 S. 224). Die Immission muß vom Grundstücke des Beklagten ausgehen. Dieses Erfordernis liegt nicht vor, wenn auf dem Grundstücke des Beklagten ein Gewerbe betrieben wird, das zu Ansammlungen und zum Lärmen des Publikums auf der Straße Anlaß gibt (RG. E. 57 S. 240, V 447. 04). Eine selbst wesentliche Beeinträchtigung muß sich der Eigentümer in dem Falle zu b gefallen lassen. Die Benutzung muß aber gerade in der Lage, der das Grundstück angehört, innerhalb des Bereiches, in dem es liegt, gewöhnlich sein. „Beispielsweise wird der Eigentümer eines Gartens in der Nachbarschaft eines Fabrikviertels auch eine erhebliche Beeinträchtigung durch Rauch ꝛc. dulden müssen, dagegen wird gegen den Eigentümer einer auf freiem Felde angelegten einzelnen Fabrik dem Eigentümer einer benachbarten Wiese der negatorische Anspruch auch dann nicht zu versagen sein, wenn er die Wiese als Bleiche benutzen will und deshalb durch Rauch und Ruß der Fabrik erheblich

beeinträchtigt wird" (Prot. III S. 125). Gleichgültig ist dabei, ob der Eigentümer des leidenden Grundstücks bei dessen Erwerbe die schädliche Einwirkung der Anlagen des Nachbargrundstücks auf die veränderte Benutzung seines Grundstücks voraussehen konnte; denn er durfte annehmen, daß der Nachbar Vorkehrungen treffen werde, die schädlichen Einwirkungen auf das Maß des Gemeingewöhnlichen zurückzuführen (RG. JW. 1901 S. 19 Nr. 30, 1904 S. 487 Nr. 12, E. 57 S. 224, Gruch. 45 S. 1013). Anders liegt die Sache beim Bergbaue. Der Bergbauende ist dem Grundeigentümer gegenüber unbeschränkt privilegiert, zur Schonung des Grundeigentums nicht verpflichtet. Wer sich in erkennbar gefahrdrohender Nähe des umgehenden Bergbaues anbaut, kann daher auf Vorkehrungen des Bergbauenden nicht rechnen (RG. daf.). Ein Antrag, die Bestimmung unter b, die mit der bisherigen Praxis im Einklange steht (vgl. RG. Gruch. 36 S. 476, Seuff. A. 52 S. 270), zu streichen, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt (Ber. S. 121). Bei dieser Gelegenheit führten die Regierungsvertreter aus, das bisher Gewöhnliche solle maßgebend sein, eine Steigerung schädlicher Einflüsse brauche sich niemand gefallen zu lassen, das BGB. wolle nur zum Ausdrucke bringen, daß der Grundstückseigentümer sich nicht darüber solle beschweren dürfen, was hergebrachtermaßen die Nachbarn täten. Die Richtigkeit dieser Ausführung dürfte nicht über jeden Zweifel erhaben sein. Dehnt sich ein Fabrikviertel durch Errichtung immer neuer Fabriken aus, so wird der Eigentümer die Vermehrung des Rauches ꝛc. und die dadurch hervorgerufene größere Belästigung sich gefallen lassen müssen, da die Beeinträchtigung durch eine Benutzung anderer Grundstücke herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, handelt es sich z. B. um eine einzelne Fabrik, so kommt es nicht darauf an, ob die Fabrikanlage länger besteht, als die Art der Benutzung des anderen Grundstücks, die durch den Rauch ꝛc. aus jener wesentlich beeinträchtigt wird (vgl. RG. JW. 1901 S. 19 Nr. 30, Gruch. 25 S. 960, Bd 27 S. 905, Bd 32 S. 931, Seuff. A. 46 S. 390). Der Begriff des Gemeingewöhnlichen ist wesentlich tatsächlicher Natur und wechselt mit der Veränderung der allgemeinen örtlichen Verhältnisse (RG. Gruch. 46 S. 370, V 179. 02, JW. 1903 S. 86 Nr. 199). Die Ortsüblichkeit einer Immission in einer bestimmten Stadt hängt nicht davon ab, daß von jedem Grundstücke der Stadt eine solche Immission stattfindet. Hieraus folgt aber nicht, daß es darauf ankomme, ob die Immission in der Gegend der Stadt, in der sich das Grundstück des Beklagten befindet, als ortsüblich angesehen werden könne. Eine Beschränkung der Prüfung der Ortsüblichkeit auf einzelne Ortsteile ist nicht unzulässig, setzt aber voraus, daß es sich dabei um Stadtteile handelt, denen durch die besondere Art der Bebauung (Villenstil, herrschaftliche Miethäuser) oder durch den in ihnen vorherrschenden Betrieb bestimmter gewerblicher Unternehmungen (Fabrikgegend) ein einheitliches charakteristisches Gepräge gegeben wird, durch das sie sich in objektiv erkennbarer Weise von anderen Stadtdezirken unterscheiden (RG. Gruch. 48 S. 604). Für die Frage, was ortsüblich ist und im nachbarlichen Zusammenleben ertragen werden muß, ist die Anschauung der Bevölkerung, nicht die Auffassung der Polizeibehörde maßgebend (RG. JW. 1905 S. 232). Ungewöhnlich ist z. B. die Benutzung eines in einem großstädtischen Villenviertel belegenen Grundstücks zum Einstellen kranker Versuchstiere; zur Feststellung der nicht unwesentlichen Beeinträchtigung reicht die Annahme des Richters aus, daß die Mietpreise durch jene Benutzung herabgedrückt werden (RG. V 264. 1901). Die Grenze der Ortsüblichkeit ist im allgemeinen fest, nicht nach Parteibelieben verrückbar. Ist in einem Fabrikviertel nur Tagesbetrieb üblich, so kann der Nachbar den Nachtbetrieb verbieten. (RG. JW. 1902 Beil. S. 202, E. 57 S. 224.) Ist ein Betrieb, mit dem ein gewisser Grad von Geräusch verbunden ist, infolge seiner Gewöhnlichkeit unverbietbar geworden, so erstreckt sich die Duldungspflicht nicht ohne weiteres auch auf Steigerungen des Geräusches, die über das von Grundstücken gleicher Beschaffenheit innegehaltene Maß hinausgehen, sondern der Betriebsinhaber muß nachweisen, daß das gesteigerte Maß von Einwirkung ebenfalls ortsüblich ist (RG. Gruch. 47 S. 952). Bloß

einmalige, vorübergehende Beeinträchtigungen sind nicht wesentlich, wohl aber periodisch wiederkehrende (RG. Seuff. A. 48 S. 394).

Der § 906 setzt nicht voraus, daß die in Betracht kommenden Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen (RG. E. 50 S. 322); dagegen setzt er sinnlich wahrnehmbare Hinüberwirkungen voraus (S. 364 Anm. 2). Der Beklagte kann nicht mit Erfolg einwenden, daß die von den Einwirkungen betroffenen Zimmer des Nachbarhauses als Speise- oder Billardzimmer benutzt und daher die Einwirkungen nicht empfunden würden; denn der Nachbar ist nicht gehindert, die Art der Benutzung der Zimmer zu ändern (RG. V 458. 03).

4. Weil § 906 Satz 1 sich als Ausnahmebestimmung darstellt, hat der Kläger (der Eigentümer des leidenden Grundstücks) zur Begründung seiner Klage lediglich darzulegen, daß eine Immission auf sein Grundstück stattfinde. Die Beweislast dafür, daß eine der Ausnahmen des § 906 Satz 1 vorliege, trifft den Beklagten (Immittenten, vgl. Prot. III 125, Bd VI S. 225; RG. JW. 1901 S. 640, 1902 Beil. S. 202, V 458. 03). Dieser Einrede gegenüber steht dem Kläger die — von ihm zu beweisende — Replik zu, daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolge.

5. Die Klage (Eigentumsfreiheitsklage, § 1004 BGB.), die ein Verschulden des Immittenten nicht voraussetzt, geht darauf, daß die Einwirkung unterlassen oder auf ein Maß herabgemindert werde, daß sie eine nur unwesentliche Beeinträchtigung zur Folge habe. Darüber, welche Maßnahmen der Beklagte zu treffen habe, um diesen Erfolg herbeizuführen, braucht sich weder der Kläger auszulassen noch das Urteil Bestimmung zu treffen (RG. Seuff. A. 46 S. 390, Gruch. 35 S. 666; ObstLG. für Bayern Seuff. A. 51 S. 15). Der Kläger kann nicht einmal verlangen, daß bestimmte Einrichtungen zur Herbeiführung jenes Erfolges getroffen werden (RG. E. 37 S. 172, Bd 40 S. 184, JW. 1896 S. 343 Nr. 57, 1897 S. 636 Nr. 26, 1900 S. 501, 840 Nr. 6, 1901 S. 849 Nr. 32, 1902 Beil. S. 202, 1903 Beil. S. 103, Gruch. 45 S. 1096, Bd. 46 S. 999). In der Zwangsvollstreckungsinstanz aber kann von einer Individualisierung nach dieser Richtung umsoweniger abgesehen werden, als bei einem ganz allgemein gehaltenen Antrage das Prozeßgericht nicht zu beurteilen vermag, ob für die Vollstreckungsanordnung § 887 oder § 888 ZPO. anzuwenden ist, oder ob beide Maßregeln versagen und daher der Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses nach § 893 ZPO. zu verweisen ist (RG. Gruch. 43 S. 683, Bd 47 S. 916). Ganz besonders besteht die Notwendigkeit der Individualisierung des Zwangsvollstreckungsantrags, wenn der Schuldner behauptet, bereits alles in seinen Kräften Stehende getan zu haben, um dem Urteile zu genügen. Dann muß der dies bestreitende Gläubiger den Weg angeben, auf dem seiner Ansicht nach der richterlichen Anordnung Genüge zu geschehen hat (RG. E. 60 S. 120). Die bisher für die verschiedenen Rechtsgebiete Deutschlands verschieden beantwortete Frage, ob die bloße Tatsache der exzessiven Immission ohne hinzutretendes Verschulden einen Anspruch auf Schadenersatz begründe, ist nach § 1004 BGB. zu verneinen. Mit der Klage auf Unterlassung oder Herabminderung kann die Klage auf Entschädigung verbunden werden. Subjektiv genügt Voraussehbarkeit des Schadens. Der Eigentümer haftet unter Umständen auch für Immissionen seines Mieters (RG. JW. 1900 S. 840 Nr. 6, E. 47 S. 162, Gruch. 46 S. 650, V 179. 02, Gruch. 48 S. 949), nämlich dann, wenn eine mit seinem Grundstücke fest und dauernd verbundene Anlage der Grund der Störung ist oder wenn der Eigentümer die Störung durch seine Anordnung veranlaßt oder ungehörigerweise geduldet hat (RG. E. 2 S. 213, Bd 45 S. 298, Gruch. 38 S. 951, JW. 1901 S. 52; vgl. Mot. III S. 425). Erfährt der Eigentümer, daß die Nachbarn durch Immissionen aus dem Gewerbebetriebe seines Mieters beeinträchtigt werden, tut aber nichts zur Beseitigung dieser Beeinträchtigungen, so duldet er sie, und das Dulden steht dem Verursachen gleich, wenn eine Verpflichtung zum Verhindern besteht. Diese Verpflichtung liegt aber dem Eigentümer ob, und er kann sich von ihr nicht dadurch befreien, daß er sein Grundstück vermietet. Gestattet er dem Mieter im Mietvertrage die Übergriffe

in das Nachbarrecht, so macht er sie dadurch zu den seinigen. Ist in dem Mietvertrage nichts darüber bestimmt, so liegt in der die Nachbarn beeinträchtigenden Benutzung des Grundstücks ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache seitens des Mieters (BGB. § 550; RG. E. 47 S. 163 ff.), der den Vermieter zum Einschreiten berechtigt. Unterläßt er dieses Einschreiten, so macht er die Übergriffe zu den seinigen (RG. JW. 1904 S. 142 Nr. 11). Alles dies findet jedoch auf das Verhältnis eines Anliegers zum Eigentümer einer öffentlichen Straße keine Anwendung. Der Anlieger hat kein Recht, Einwirkungen zu verbieten, die durch Erweiterung der in der öffentlichen Straße liegenden, dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnanlagen hervorgerufen werden (RG. JW. 1900 S. 144 Nr. 16). Daraus, daß die Immission gegen ein Polizeigesetz verstößt, folgt nicht ohne weiteres, daß sie verschuldet ist (RG. E. 38 S. 271, V 325. 1900). Gegen Immissionen kann der Eigentümer grundsätzlich nur den Schutz der ordentlichen Gerichte anrufen. Die Polizei darf in die privatrechtlichen Nachbarrechte nur eingreifen, wenn der vorhandene Zustand mit dem Gemeinwohl unverträglich und bei seiner Fortdauer eine Gesundheitsgefahr zu befürchten ist (OVG. E. 39 S. 402 f.).

6. Die Klage steht außer dem Eigentümer auch dem Erbbauberechtigten (BGB. § 1017 Abs. 2), dem Dienstbarkeitsberechtigten (§§ 1027, 1090 Abs. 2) und dem Nießbraucher (§ 1065) zu. Sie ist, falls nicht öffentlich-rechtliche Grundsätze entgegenstehen, auch dann gegeben, wenn die unzulässige Immission von Grundstücken ausgeht, die im öffentlichen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen (RG. JW. 1900 S. 640).

7. Hat der Kläger das leidende Grundstück während der Anhängigkeit des Rechtsstreits veräußert, so ist nach § 266 ZPO. der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners auch verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen. Als Rechtsnachfolger gilt auch, wer das Grundstück in notwendiger Subhastation erstanden hat (RG. E. 40 S. 333, JW. 1897 S. 448 Nr. 7, 8, 1899 S. 143 Nr. 14, Gruch. 43 S. 512).

8. Die Vorschriften des BGB. § 906 sind zweifellos dispositiver Natur. Die Frage kann also durch die Beteiligten anders geregelt werden und eine solche Regelung kann auch konkludent erfolgen. Veräußert der Eigentümer einen Teil seines Grundstücks zu dem Zwecke oder in der Kenntnis davon, daß auf dem Trennstück eine Fabrik errichtet werden soll, oder erwirbt jemand einen Teil eines Fabrikgrundstücks, so ist als Wille der Kontrahenten anzunehmen, daß im ersten Falle der Veräußerer, im zweiten der Erwerber sich die mit dem Fabrikbetriebe notwendig verbundenen, wenn auch wesentlichen Beeinträchtigungen gefallen lassen müsse, die zur Zeit des Kaufes vorausgesehen werden konnten (RG. E. 29 S. 268, JW. 1895 S. 172 Nr. 35, S. 173 Nr. 37, 1896 S. 214 Nr. 59, Seuff. A. 58 S. 271). „Liegt ein solcher Fall vor, dann kann ein Anspruch nicht darauf gegründet werden, daß die Schädlichkeit der (gestatteten) Immission erst durch spätere wissenschaftliche Erfahrungen erkannt worden sei; nur die Anfechtung des Vertrags wegen wesentlichen Irrtums würde in Frage kommen (RG. Seuff. A. 58 S. 271). Ebenso können aber auch Vereinbarungen getroffen werden, daß der Eigentümer des leidenden Grundstücks selbst unwesentliche Beeinträchtigungen sich nicht gefallen zu lassen brauche. Nach dem bisherigen preuß. Rechte reichte ein derartiges Übereinkommen für die Bestellung einer Servitut an dem einen oder dem anderen Grundstück aus und dieser Rechtszustand erhält sich nach Art. 189 EG. z. BGB. bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Später haben dergleichen Vereinbarungen Wirksamkeit gegen Dritte nur, wenn die Voraussetzungen des § 873 BGB. (dingliche Einigung und Eintragung) erfüllt sind.

9. Der Eigentümer kann die im § 906 Satz 1 aufgeführten Einwirkungen nicht verbieten; er muß sie aber nicht etwa in dem Sinne dulden, daß er zu ihrer Abwehr nichts unternehmen darf. Er ist nicht an der Errichtung von Schutzwänden ꝛc., sondern nur in dem Gebrauche der Eigentumsfreiheitsklage beschränkt (Mot. III S. 268). Ander-

seits ist er aber auch nicht verpflichtet, Maßregeln zum Schutze seines Grundstücks zu treffen (vgl. RG. JW. 1898 S. 447 Nr. 39).

10. Die Klage aus § 906 kann unter Umständen auf Einstellung des beeinträchtigenden Betriebs gehen, oder auf Beseitigung der Anstalt, z. B. einer Bedürfnisanstalt (RG. JW. 1900 S. 640). In Kraft bleibt jedoch § 26 RGewO., wonach die Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung (§§ 16, 24 das.; vgl. RG. E. 11 S. 183, Bd 37 S. 174, Bd 40 S. 182, JW. 1900 S. 895 Nr. 7, Seuff. A. 50 S. 336) errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes (RG. Gruch. 42 S. 137) unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden kann. Ist Ausschließung unmöglich, so kann der Eigentümer des leidenden Grundstücks verlangen, daß Einrichtungen getroffen werden, welche die benachteiligenden Einwirkungen mindern (RG. JW. 1896 S. 210 Nr. 37, Seuff. A. 47 S. 442). Dieser Anspruch besteht natürlich auch gegenüber dem Militärfiskus (RG. E. 44 S. 225). Der Anspruch auf Herstellung und Unterhaltung solcher Einrichtungen ist ein dauernder; er besteht so lange wie die beeinträchtigende Anlage. Daher ist die Klage nicht abzuweisen, wenn der Beklagte im Laufe des Rechtsstreits Vorrichtungen getroffen hat, welche die beeinträchtigenden Einwirkungen beseitigen (RG. E. 36 S. 178, JW. 1896 S. 210 Nr. 37, 1898 S. 610 Nr. 41, 1899 S. 757, Gruch. 44 S. 866, V 154. 1901, JW. 1902 Beil. S. 203, V 369. 03), es sei denn, daß der Beklagte beweist, daß fernere Störungen nicht vorkommen können, weil eine Beseitigung oder Nichtbenutzung der abhelfenden Einrichtungen unmöglich erscheint und überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann (RG. JW. 1902 S. 70). Hat der zur Herstellung von abhelfenden Einrichtungen verurteilte Beklagte alles mögliche getan, so ist eine gegen ihn beantragte Zwangsvollstreckung auch dann aufzuheben, wenn volle Beseitigung der Beeinträchtigung nicht erreicht ist (RG. Gruch. 46 S. 1097). Ist die Herstellung von Einrichtungen unmöglich, so kann nur auf Schadenersatz geklagt werden (RG. JW. 1901 S. 11 Nr. 16, Gruch. 45 S. 1016). Der § 26 RGewO. hindert nicht, auf eine gänzliche Betriebseinstellung für gewisse Stunden des Tages (z. B. für die Nachtstunden) zu erkennen, sofern eine solche Einstellung tunlich und mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes vereinbar ist (RG. JW. 1902 S. 202). Sind die Immissionen (z. B. infolge einer einstweiligen Verfügung) schon monatelang vor Erhebung der Klage eingestellt, so fehlt es an der Nativität der Klage (RG. JW. 1902 Beil. S. 203). Zur Schadloshaltung ist der Gewerbtreibende, abgesehen von den Fällen des § 26 GewO., nur im Falle des Verschuldens verpflichtet; ein Verschulden ist ihm aber stets zur Last zu legen, wenn er die beeinträchtigenden Einwirkungen auf andere Nachbargrundstücke voraussehen konnte (RG. Gruch. 32 S. 890, Bd 38 S. 712, Bd 44 S. 869, E. 32 S. 341) und keine ausreichenden Abhilfvorrichtungen getroffen hat (RG. V 25. 04). Der Bkl. muß beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft. Im Falle des § 26 GewO. wird kein besonderes Verschulden des Beschädigers gefordert (RG. E. 17 S. 104, Bd 30 S. 114, Bd 47 S. 99, 249). Dies gilt aber nur, soweit die Schadenersatzklage die Klage auf Einstellung des Betriebes vertritt, also nicht, soweit ein Ersatz für Schäden verlangt wird, die in der Vergangenheit liegen, die mithin mit der Klage auf Einstellung des Betriebes nicht verhindert worden wären, deren Ersatz vielmehr auch neben der Klage auf Betriebseinstellung nur beim Nachweis eines Verschuldens hätte gefordert werden können (RG. JW. 1905 S. 503 Nr. 36). Ist die Beschädigung durch Immissionen mehrerer Gewerbtreibenden herbeigeführt, so haftet, wenn ein Verschulden der einzelnen nicht nachgewiesen ist, jeder Immittent nur für den von ihm selbst angerichteten Schaden. Eine analoge Anwendung des § 840 BGB., der vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraussetzt, ist ausgeschlossen (RG. E. 36 S. 279, JW. 1901 S. 260 Nr. 27). Die Klage darf nicht deshalb abgewiesen werden, weil der Anteil des einzelnen an dem Gesamtschaden sich nicht ermitteln lasse, sondern das Gericht

hat nach § 287 ZPO. den Anteil nach freiem Ermessen zu schätzen (RG. E. 36 S. 276, Gruch. 42 S. 853, JW. 1898 S. 460 Nr. 5, 1901 S. 250 Nr. 5). Dagegen braucht das Gericht die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, nicht unter allen Umständen zu entscheiden; es kann aussprechen, daß ein Schaden nicht erwiesen sei (RG. JW. 1899 S. 485 Nr. 12).

Im Art. 125 EG. z. BGB. ist der Landesgesetzgebung gestattet, die Vorschrift des § 26 GewO. auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen zu erstrecken. Nach dem durch das BGB. nicht berührten preuß. G. über Eisenbahnunternehmungen v. 3. November 1838 § 25 haften die Eisenbahngesellschaften für die Schäden, die durch die Immission von Funken, Asche, Erschütterungen ꝛc. aus Anlaß ihres Betriebes entstehen, auch ohne besonderes Verschulden. Diese Bestimmung findet auf Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen keine (direkte) Anwendung (RG. Gruch. 36 S. 1073, JW. 1897 S. 593 Nr. 85) und ist auch durch das preuß. G. über Kleinbahnen v. 28. Juli 1892 darauf nicht ausgedehnt worden. Ebensowenig hat Preußen von der im Art. 125 EG. erteilten Befugnis Gebrauch gemacht. Aber es bedurfte dessen auch nicht; denn § 26 GewO. ist nur die Einzelanwendung des allgemeinen (z. B. auch im § 25 G. v. 3. November 1838, Art. 9 preuß. Verf.Urk., § 75 Einl. z. ALR.), auch für das gemeine Recht anerkannten (RG. E. Bd 17 S. 103) Rechtsgrundsatzes, daß in Fällen, wo (wie in den §§ 11 Abs. 2, 42 preuß. Kleinbahngef. v. 28. Juli 1892) dem Eigentümer durch staatliche Konzessionierung eines Nachbarbetriebes die Möglichkeit entzogen ist, auf Beseitigung und künftige Unterlassung von Störungen oder auf Einstellung oder Verbesserung des Betriebes zu klagen, die Klage auf Schadenersatz vom Nachweise eines Verschuldens nicht abhängig ist (RG. E. 58 S. 130, JW. 1905 S. 131). In allen Fällen von landespolizeilich genehmigten Anlagen ist in Preußen den Klagen auf Änderung der Anlagen und auf Unterlassung von Immissionen der ordentliche Rechtsweg verschlossen (RG. E. 59 S. 70).

11. Die Immission von Flüssigkeiten, die nicht in der Luft suspendiert sind, und von festen Körpern ist nach dem Rechte des BGB. unter allen Umständen unzulässig; den Landesgesetzen ist aber im Art. 124 EG. z. BGB. die Befugnis zu Vorschriften gegeben, die das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen Beschränkungen unterwerfen, und gewisse Materien (z. B. das Wasserrecht, Art. 65 das.) sind überhaupt vom BGB. nicht geregelt. Die Verunreinigung von Privatwässern, insbesondere Privatflüssen kann nach § 906 verboten werden, da es sich dabei nicht nur um eine Wasserstreitigkeit handelt (RG. JW. 1901 S. 52). Mit Rücksicht darauf, daß die Flüsse die natürlichen Rezipienten der Abwässer sind, können nur Verunreinigungen, die das Maß des Gemeinüblichen überschreiten, verboten werden, und eine Schadenersatzverbindlichkeit des Zuleitenden tritt nur ein, wenn die Zuleitung sich als ein Verschulden darstellt (RG. E. 16 S. 178, Bd 38 S. 268, Gruch. 32 S. 889, JW. 1901 S. 18 Nr. 27). Richtiger möchte es sein, das Verbietungsrecht nicht auf § 906 zu gründen, sondern auf das gleichmäßige Recht aller Anlieger, die vorüberfließende Welle zu ihren besonderen Vorteilen zu benutzen. Aus diesem Rechte aller ergibt sich von selbst die Beschränkung des einzelnen in der Benutzung. Niemand kann den Fluß in der Art benutzen, daß die Benutzung der anderen ausgeschlossen oder wesentlich beeinträchtigt wird. In den landrechtlichen Gebieten Preußens, wo der Privatfluß im Eigentume der Anlieger steht, wurzelt diese nachbarrechtliche Beschränkung im Eigentume (RG. E. 16 S. 178); im Gebiete des rheinischen Rechtes, wo der Privatfluß in niemandes Eigentume steht (RG. E. 12 S. 340, Bd 30 S. 307), beruht sie auf Art. 645 c. civ., welcher ein Nachbarrecht schafft, das seine Grundlage nicht im Eigentume hat. Verbreitet das verunreinigte Wasser üble Gerüche, dann findet insoweit § 906 BGB. Anwendung (RG. E. 53 S. 43). Ein rechtswidriger Eingriff in das Privateigentum liegt auch vor, wenn der Anlieger eines öffentlichen Flusses in diesen Stoffe einführt, die das Wasser zum Tränken des Viehes eines anderen mit Wiesen am Flusse angesessenen Eigentümers untauglich machen. Denn dadurch wird letzterem der durch PALR. II 15 § 55 gewährleistete und durch Art. 65 EG. z. BGB. aufrecht erhaltene Gemeingebrauch des

öffentlichen Flusses zum Tränken des für die ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks unentbehrlichen Weideviehs unmöglich gemacht und er auf diese Weise an der Fortsetzung des seitherigen bestimmungsmäßigen Gebrauchs seines Eigentums gehindert (RG. JW. 1902 S. 240). Die Gemeinüblichkeit wird nicht dadurch hergestellt, daß außer dem Beklagten auch noch andere Anlieger Schmutzwässer in den Fluß leiten (RG. E. 16 S. 178, Bd 21 S. 298, V. 322. 03); wird erwiesen, daß die Zuleitungen des Bekl. schädlich sind, so ist er zu verurteilen, den durch seine Zuleitung verursachten Schaden zu ersetzen (RG. Gruch. 48 S. 1123).

Auf Einstellung des Glockenläutens der Kirchen kann in Preußen wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht geklagt werden (RG. E. 56 S. 25).

12. Auf Immissionen, die vor dem 1. Januar 1900 erfolgt sind, hat der nach diesem Tage urteilende Richter die §§ 906, 907, 1004 BGB. (RG. JW. 1900 S. 639, 890, 895 Nr. 7), auf die verbundene Entschädigungsklage jedoch, soweit die schädigende Handlung vor dem 1. Januar 1900 begangen ist, das frühere Recht anzuwenden (RG. JW. 1901 S. 72, V 365. 1900).

13. Der Anspruch aus § 906 unterliegt nicht der Verjährung. Die entgegenstehende Übung kann nur durch Bestellung einer Servitut zu einem Rechte werden (Biermann Nr. 4 zu § 905). Verjährbar ist dagegen der Schadensersatzanspruch.

§ 907.

Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

1. Während §§ 906, 1004 voraussetzen, daß ein unzulässiger Eingriff in das Eigentum an einem Grundstücke bereits stattgefunden hat, schützt § 907 das Grundeigentum vor drohenden künftigen Eingriffen (RG. E. 50 S. 225). Der Eigentümer kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken Anlagen nicht hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre ordnungsmäßige Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Der § 907 erweitert gegenüber den Bestimmungen der §§ 903, 905, 906 den Schutz gegen unzulässige Einwirkungen nach zwei Richtungen hin. „Während der Eigentümer ohne den § 907 nur nach dem Eintritt einer unzulässigen Einwirkung außer dem etwaigen Schadenersatz aus einer unerlaubten Handlung mit dem negatorischen Eigentumsanspruche Wiederaufhebung der Beeinträchtigung und gegebenenfalls Verurteilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen verlangen könnte, kann er nach § 907 schon vor dem Eintritt unzulässiger Einwirkungen gegen die Herstellung oder die Haltung von Anlagen negatorisch vorgehen . . ., und zwar kann er die Beseitigung der Anlagen verlangen; ebenso kann er nach dem Beginne der unzulässigen Einwirkungen, falls die weitere Benutzung der Anlage die Fortdauer solcher Einwirkungen zur notwendigen Folge hat, über den gewöhnlichen negatorischen Anspruch hinaus Beseitigung der Anlage verlangen" (Prot. III S. 159). Begründet ist diese Bestimmung in den Mot. III S. 294 dahin: „Bei Anlagen, die ihre Wirkungen allmählich und unter kaum merklichen Fortschritten auf das Nachbargebiet erstrecken, wird die Lage beider Teile verschlimmert, wenn erst das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Beeinträchtigung konstatiert werden muß, da die Erlangung der Wiederherstellung des

früheren Zustandes für den Beeinträchtigten erschwert und die Restitution für den anderen Teil mit größeren Mühen und Kosten verbunden sein würde. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich ein prinzipielles und allgemeines Präventivverbot, das die von der Anlage ausgehenden Wirkungen, bevor sie die Grenze überschreiten und fremdes Recht verletzen, zu verhüten sucht." Ob eine Einwirkung unzulässig ist, entscheidet sich nach den §§ 904—906 (Prot. III S. 160). Ist die unzulässige Einwirkung nur die Folge des ordnungswidrigen Zustandes der Anlage, so kann nur Beseitigung dieses Mangels verlangt werden (Marienwerder Rsp. 4 S. 59).

Unter § 907 Abs. 1 fallen sowohl Anlagen, die von selbst, ohne Hinzutritt einer weiteren menschlichen Tätigkeit fungieren, als auch solche, die nur, wenn sie in Funktion gesetzt werden, einwirken (Mot. III S. 295). Beispiele gibt § 907 Abs. 1 nicht. Es fallen also unter ihn Anlagen aller Art, die durch ihren Bestand oder ihre Benutzung unzulässige Einwirkungen zur Folge haben können. Gedacht ist wohl zunächst an Kloaken, Abtritte, Dunggruben, Schweineställe, Rauchfänge, Backöfen (Mot. III S. 294), Aufschüttung von Schlamm- und Sandmassen (RG. E. 60 S. 138). Bei der allgemeinen Fassung der Bestimmung ist jedoch ihre Anwendung auf gewerbliche Anlagen unbedenklich. Nur solche gewerblichen Anlagen, die nach §§ 16, 24 GewO. der behördlichen Genehmigung bedürfen und diese erhalten haben, können nicht unter § 907 BGB. gebracht werden, da nach § 26 GewO. nicht einmal die Einstellung des Betriebs, geschweige denn die Beseitigung der Anlage verlangt werden kann. Widersprüche gegen beabsichtigte gewerbliche Anlagen solcher Art hat der Nachbar bei der Polizeibehörde anzubringen (§ 19 das.) Ist mit Sicherheit vorauszusehen, daß eine behördlich genehmigte Anlage (z. B. eine Petroleumraffinerie) eine unzulässige Einwirkung auf ein Nachbargrundstück zur Folge hat, so kann der Nachbar, dem das Recht auf Nichtherstellung oder Beseitigung solcher Anlage durch § 26 GewO. entzogen ist, Entschädigung für die Entziehung nach den Grundsätzen der Enteignung (z. B. nach § 75 Einl. z. PALR.) verlangen (RG. E. 50 S. 226). Wo dagegen § 907 BGB. Anwendung findet, kann neben der Beseitigung der Anlage Entschädigung nur verlangt werden, wenn ein Schaden bereits entstanden ist (Mot. III S. 295). Ist dies nicht der Fall, dann kann eine Entschädigung für die durch die drohende Gefahr herbeigeführte Wertminderung des Nachbargrundstücks nur aus dem Gesichtspunkte der teilweisen Enteignung gerechtfertigt werden (RG. E. 50 S. 225, 229). In Preußen kann auf Beseitigung von Eisenbahnanlagen nur dann geklagt werden, wenn sie nicht nach § 14 EisenbG. v. 3. Nov. 1838 und § 14 EnteigG. v. 11. Juni 1874 landespolizeilich genehmigt sind. Liegt diese Genehmigung vor, dann ist der Nachbar auf Erhebung von Entschädigungsansprüchen beschränkt (RG. E. 31 S. 285, V 223. 02). Der Schadensanspruch ist dann nicht vom Nachweis eines Verschuldens abhängig (vgl. S. 374 Nr. 10).

Unter den Einwirkungen sind nur solche zu verstehen, die in der Überführung greifbarer oder sinnlich wahrnehmbarer Stoffe bestehen, also positive Eingriffe in das Nachbareigentum enthalten. Anlagen, die nicht stofflich hinüberwirken, sondern das Nachbargrundstück in anderer Weise beeinträchtigen, z. B. durch Schattenwerfen, Entziehen der Aussicht ꝛc., fallen nicht unter § 907. So geben z. B. bloße Erhöhungen des Straßenterrains den Anliegern nach BGB. nicht das Recht auf Beseitigung oder auf Schadenersatz (RG. E. 51 S. 251). Die weiter gehenden Rechte, die nach Landesgesetzen dem Nachbar im Falle der Bodenerhöhung zustehen, sind aufrecht erhalten (vgl. S. 362 Nr. 11). § 907 findet auch auf öffentliche Anlagen Anwendung, soweit nicht das öffentliche Recht entgegensteht (RG. JW. 1900 S. 639).

Die Klage auf Unterlassung der Herstellung oder auf Beseitigung der Anlage ist nur gegeben, wenn ihre unzulässige Einwirkung mit Sicherheit vorauszusehen ist (RG. JW. 1902 Beil. S. 203, E. 57 S. 224). Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat der Kläger zu beweisen. Zur Klage legitimiert ist der Eigentümer des bedrohten Grundstücks und der Nutzungs- oder Servitutberechtigte, dessen Recht gefährdet ist. Die Klage ist

gegen den Eigentümer des Nachbargrundstücks oder gegen solche Personen zu richten, welche die Anlage (z. B. als Pächter) für sich hergestellt haben. Zur Begründung der Klage genügt nicht die Behauptung, daß, wenn auf dem Nachbargrundstücke Feuer entstehen sollte, mit Sicherheit vorauszusehen sei, daß die Flammen in das Grundstück des Klägers hinüberwirken, sondern es muß auch nachgewiesen werden, daß Feuer mit Sicherheit vorauszusehen sei (RG. E. 50 S. 226).

2. Genügt eine Anlage landesgesetzlichen Vorschriften über einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln, so kann ihre Beseitigung erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung bereits eingetreten ist, was der Kläger zu beweisen hat. Mit der bloßen Unterlassung der Benutzung der Anlage braucht sich der Eigentümer des leidenden Grundstücks nicht zu begnügen (Prot. III S. 160). Eine Einschränkung der Negatorienklage nach dieser Richtung hin steht der Landesgesetzgebung nicht zu (Art. 124 EG. z. BGB.; Prot. III S. 160, 163, 378). Landesgesetzliche Bestimmungen der im § 907 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Art sind:

a. Art. 674 code civ., wonach neben gemeinschaftlichen und nicht gemeinschaftlichen Mauern Brunnen, Vertiefungen für Abtritte, Schornsteine, Feuerherde, Schmieden, Backöfen oder andere Öfen, Ställe, Salzmagazine, Vorräte ätzender Materialien nur in der durch besondere Verordnungen und das Herkommen bestimmten Entfernung oder unter Errichtung der in derselben Art bestimmten Schutzvorrichtungen angelegt werden dürfen.

b. Nach PALR. I 8 §§ 125–128, 131 müssen

α. Schweineställe (wenn auch in festen Gebäuden angelegt; OTrib. Arch. 72 S. 223), Kloaken, Dünger- und Lohgruben und andere den Gebäuden schädliche Anlagen (z. B. Mist- und feuchte Kalkhaufen, bewegliche Wasserbehälter; OTrib. E. 9 S. 192, dagegen nicht Eisenbahndämme; OTrib. Arch. 32 S. 172, und Holzhaufen; OTrib. Arch. 74 S. 321, überhaupt nicht Anlagen, die nicht Flüssigkeiten ansammeln; OTrib. E. 17 S. 118) wenigstens drei Fuß rheinländisch (d. h. 0,31385 m, zu messen von der inneren Seite der Einfassungsmauer der Anlagen; OTrib. E. 17 S. 114) von benachbarten (bei Herstellung der Anlagen schon vorhandenen; OTrib. Rechtsf. 4 S. 246, E. 30 S. 27, Arch. 25 S. 295) Gebäuden, Mauern, Scheunen und Bäumen (§ 127) entfernt bleiben (§ 125). Auch müssen solche Gruben und Behältnisse von Grund aus (auch die Sohle; OTrib. Arch. 72 S. 223) aufgemauert werden (§ 126). Letzte Vorschrift ist polizeilicher Natur und findet auch auf in größerer Entfernung errichtete Anlagen Anwendung; die Polizeibehörde kann daher verlangen, daß schon vorhandene Anlagen dieser Vorschrift entsprechend hergestellt werden, und diese Befugnis der Behörde geht durch Verträge der Nachbarn nicht verloren (vgl. OTrib. E. 29 S. 56, Bd 31 S. 47, Bd 75 S. 11, Arch. 11 S. 58, Bd 87 S. 117). Auch der Nachbar kann darauf dringen, daß Anlagen, die zwar die Entfernung des § 125 einhalten, aber nicht dem § 126 entsprechen, von Grund aus aufgemauert werden, wenn ihm Benachteiligung droht (OTrib. E. 75 S. 14);

β. Rinnen und Kanäle (auch unterirdische, OTrib. E. 17 S. 119) zur Abführung des Wassers (oder anderer Flüssigkeiten) von der Wand des Nachbars wenigstens einen Fuß, (von der inneren Wand der Rinne ꝛc. gemessen; OTrib. E. 17 S. 114) abbleiben (§ 128).

γ. Innerhalb dreier Werkschuhe von der Grenze des Nachbars darf kein neuer Brunnen angelegt werden (§ 131).

3. Der Anspruch aus § 907 Satz 1 BGB. unterliegt nicht der Verjährung (§ 924). Er richtet sich gegen den jedesmaligen Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, und zwar auch dann, wenn die vom Eigentümer hergestellte Anlage von einem anderen (z. B. vom Pächter) für eigene Rechnung benutzt wird. Entsteht die Beeinträchtigung dadurch, daß der andere die Anlage ordnungswidrig benutzt, so ist die Klage in erster Reihe gegen den anderen gegeben, unter Umständen aber auch gegen den Eigentümer (vgl. S. 371 Nr. 5). Der Anspruch steht außer dem Eigentümer auch dem Erbbauberechtigten

(§ 1017 Abs. 2), dem Dienstbarkeitsberechtigten (§§ 1027, 1090 Abs. 2) und dem Nießbraucher (§ 1065) zu.

4. Auf Pflanzenanlagen ist § 907 Abs. 1 nach Abs. 2 nicht anwendbar. Inbezug auf diese ist der Nachbar durch § 910 und durch den in Art. 124 EG. z. BGB. enthaltenen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung genügend geschützt (Prot. III S. 158, Ber. d. RTKomm. S. 122 f.). Nach Art. 124 bleiben insbesondere die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, wonach Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen. Ist also z. B. eine lebendige Hecke, entsprechend der Bestimmung des ALR. I 8 § 174, mindestens anderthalb Fuß von der benachbarten Grenze angelegt, so kann ihre Beseitigung nicht verlangt werden. Die Polizei ist nicht befugt, dem Eigentümer die Beseitigung von Planzenanlagen im wirtschaftlichen Interesse des Nachbars zu verbieten. (OVG. E. 39 S. 398 ff.).

5. Die Bestimmung PALR. I 8 § 129, wonach Anlagen, durch die der schon vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden würde, unzulässig sind, dürfte durch § 907 BGB. ersetzt sein. Wird angenommen, daß sie dem Wasserrecht angehört, so würde sie durch Art. 65 EG. z. BGB. aufrecht erhalten sein (vgl. PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b). Grundsätzlich stimmt sie mit der Vorschrift des § 907 überein.

6. Der Anspruch aus § 907 Satz 2 unterliegt nach § 924 nicht der Verjährung. Die Zulassung der Verjährung würde den tatsächlichen Erfolg herbeiführen, die Ersitzung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit für zulässig zu erklären (Prot. VI S. 231), während das BGB. die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten grundsätzlich abgelehnt hat.

§ 908.

Droht einem Grundstücke die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft.

1. Die Bestimmung ist getroffen, um einen privatrechtlichen (neben dem öffentlichrechtlichen aus PALR. I 8 §§ 38 ff.) Anspruch auf Ergreifung gewisser Vorsichtsmaßregeln zu schaffen. „Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 807 liegen in diesem Falle nicht vor. Die Nachteile, die dem Nachbar durch den Einsturz zugefügt werden, sind nicht die Folgen des Bestehens oder der Benutzung einer konkreten Anlage, sondern die Folgen eines allgemeinen Naturgesetzes, kraft dessen Gebäude, wie alle irdischen Dinge, mit der Zeit zugrunde gehen. Es reicht nicht aus, den Nachbar lediglich auf den polizeilichen Schutz zu verweisen, da die Polizei ihr Augenmerk vorzugsweise nur auf die an einer öffentlichen Straße gelegenen Gebäude richtet" (Prot. III S. 161). Der Eigentümer ist nicht darauf angewiesen, den Eintritt des Schadens abzuwarten und dann erst Entschädigungsansprüche zu erheben, sondern er hat einen Anspruch darauf, daß dem Eintritte des Schadens vorgebeugt wird.

2. Der Anspruch steht dem Eigentümer, dem Miteigentümer (§ 1011), dem Erbbauberechtigten (§ 1017 Abs. 2), dem Dienstbarkeitsberechtigten (§§ 1027, 1090 Abs. 2) und dem Nießbraucher (§ 1065) zu. Er richtet sich je nach der Wahl des Anspruchsberechtigten gegen den jetzigen Eigenbesitzer des Nachbargrundstücks (§ 836 Abs. 1, 3) oder gegen den, der auf diesem ihm fremden Grundstück in Ausübung eines eigenen Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt (§ 837), oder gegen den, der die Unterhaltung des Gebäudes oder anderen Werkes für den Eigenbesitzer übernommen hat oder dazu vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts verpflichtet ist (§ 838); dagegen nicht gegen den früheren

Besitzer des Nachbargrundstücks (§ 836 Abs. 2). Analog anwendbar sind die §§ 836, 908 auch auf den Besitzer eines Baumes (RG. E. 52 S. 373). Irgend ein Verschulden (Baufehler, mangelhafte Unterhaltung ꝛc.) ist nicht Voraussetzung des Anspruchs (vgl. Biermann SR. Anm. § 908). Die Vorkehrungen müssen auch dann getroffen werden, wenn der gefahrdrohende Zustand des Gebäudes durch ein Naturereignis (Sturm, Erdbeben) herbeigeführt ist. Läßt sich der Gefahr nicht anders vorbeugen, so kann auch das Abbrechen des Gebäudes verlangt werden. Beweispflichtig für die Gefahr ist der die Vorkehrung Verlangende.

Der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung (§ 924).

§ 909.

Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist.

1. Im römischen Rechte wird im Falle des gefährlichen Grabens in der Nähe der Grenze nur der Anspruch auf cautio damni infecti gegeben. Im PrALR. I 8 § 187 ist bestimmt, daß ein Wall von 3 Fuß Breite gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleiben müsse. „Der c. civ. Art. 674 geht von dem allgemeinen Prinzip aus, daß niemand auf seinem Grundstück eine für das angrenzende Grundstück gefährliche oder nachteilige Anlage machen darf, und rechnet zu solchen Anlagen auch einfache excavations" (Mot. III S. 295). In der im ALR. und im c. civ. bestimmten Entfernung kann jeder Eigentümer auf seinem Grund und Boden graben, auch wenn dadurch das Nachbargrundstück geschädigt wird. Maßregeln zum Schutze des Nachbargrundstücks hat er nach dem Zivilrechte nicht zu treffen (vgl. OTrib. Arch. 91 S. 154; RG. Gruch. 26 S. 100, Bd 42 S. 937), doch kann er durch besondere Polizeiverordnungen dazu verpflichtet werden (StGB. § 367 Nr. 14; vgl. RG. E. 6 S. 260, Bd 37 S. 198). Der § 367 Nr. 14 StGB. ist nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch zum Schutze des einzelnen gegeben. Er ist ein Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. (RG. JW. 1902 Beil. S. 231).

Das BGB. verbietet jedes Vertiefen des Grundstücks, wodurch der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, gleichviel in welcher Entfernung vom Nachbargrundstücke die Vertiefung angelegt wird. Dabei wird kein Unterschied gemacht, ob die Vertiefung dauernd oder vorübergehend hergestellt wird. Auch das stückweise Ausgraben von Fundamentgruben behufs sofortiger Aufmauerung fällt unter § 909 (RG. E. 51 S. 177). Das Verbot greift nicht Platz, wenn, was der Vertiefende zu beweisen hat, für eine anderweitige genügende Befestigung gesorgt ist. Die abweichenden Bestimmungen der Landesgesetze, insbesondere des PrALR. I 8 § 187, sind durch Art. 124 EG. z. BGB. nicht aufrecht erhalten (PrAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b).

2. Der Nachbar kann auf Unterlassen der Vertiefung negatorisch klagen und Einstellung der schon begonnenen Vertiefungsarbeiten im Wege der einstweiligen Verfügung erlangen. Er kann wohl auch auf Zuwerfung der Vertiefung, nicht aber auf Herstellung anderweitiger Befestigung klagen, da der andere Eigentümer zu solcher Vorsorge zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist (a. M. Köln RheinA. 101. 1 S. 84). Die Klage, die ein Verschulden des Beklagten nicht voraussetzt, ist gegen den zu richten, der als Eigentümer, Besitzer, Nutzungsberechtigter oder in Ausübung einer Dienstbarkeit die Vertiefung vorgenommen hat. Die Klage auf Zuschüttung der Vertiefung ist auch gegen die Sondernachfolger des Eigentümers, der vertieft hat, gegeben (Braunschweig Seuff. Arch. 56 S. 355, Endemann 2 § 73 Anm. 14, Cosack 2 § 214 Nr. III 1). Dafür spricht die Unverjährbarkeit der Klage (924; vgl. auch Prot. VI S. 232). Daß vertieft und dadurch dem Boden die Stütze entzogen sei, hat der Kläger zu beweisen.

Ob der Eigentümer für den durch die Vertiefung seines Grundstücks dem Nachbargrundstück entstehenden Schaden haftet, ist nach § 823 Abs. 2 BGB. zu entscheiden, wo-

nach die Verpflichtung zum Schadensersatze den trifft, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt; jedoch mit der Maßgabe, daß, wenn nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist, die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens eintritt. Ein Gesetz letzterer Art ist offenbar § 909 (RG. E. 51 S. 177, V 114 05; a. M. Cassel JW. 1902 S. 390). Verboten ist nicht das Vertiefen schlechthin, sondern nur ein Vertiefen, wodurch dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzogen wird. Ein Verschulden ist nur anzunehmen, wenn die schädliche Folge vorauszusehen war. Dabei wird auf die Bodenbeschaffenheit beider Grundstücke und auf die Entfernung der Vertiefung von der Grenze entscheidendes Gewicht zu legen sein.

Der Anspruch steht dem Eigentümer, dem Miteigentümer (§ 1011), dem Eigenbesitzer, dem Erbbauberechtigten (§ 1017 Abs. 2), dem Dienstbarkeitsberechtigten (§§ 1027, 1090 Abs. 2) und dem Nießbraucher (§ 1065) zu. Er unterliegt nicht der Verjährung (§ 924).

3. Verboten ist im BGB. nicht das Vertiefen, das einen anderen, als den im § 909 vorgesehenen, schädlichen Erfolg für das Nachbargrundstück hat. Danach sind Grabungen, durch die der Grundwasserstand des Nachbargrundstücks sinkt oder der Brunnen des Nachbars versiegt, wie nach bisherigem Rechte (l. 1 § 12, l. 21 Dig. XXXIX. 3; ALR. I 8 § 130) zulässig und begründen — abgesehen von den besonderen Bestimmungen der Enteignungsgesetze (OTrib. E. 79 S. 132, Arch. 90 S. 353, Bd 92 S. 344, 348) und des PBergG. § 148 (RG. JW. 1896 S. 720 Nr. 84, E. 16 S. 229, 234) — keinen Schadenersatzanspruch. Dasselbe gilt für das französische Recht (Zweibrücken Puchelt Z. 34 S. 24). Sollte anzunehmen sein, daß die eben erwähnten Vorschriften vom § 909 BGB. nicht betroffen werden, weil sie dem Wasserrecht angehören, so würden sie durch Art. 65 EG. z. BGB. aufrecht erhalten sein.

§ 910.

Der Eigentümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das gleiche gilt von herüberragenden Zweigen, wenn der Eigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen.

1. 1. „Da das Hinübertragen von Zweigen und Wurzeln nicht ein Akt verbotener Eigenmacht ist, gegen den man sich mit Gewalt verteidigen darf, so würde der Nachbar, wenn das Gesetz schwiege, auf das negatorische Rechtsmittel beschränkt sein" (Mot. III S. 288, Prot. III S. 142). Im geltenden Rechte ist die Frage meist besonders geregelt. Das gemeine Recht hat nur für überhängende Zweige eine besondere Bestimmung. Der Nachbar kann unter bestimmten Voraussetzungen den Überhang abhauen und sich zueignen (Mot. III S. 288). Das PALR. I 9 §§ 287, 288 gibt dem Nachbar das Recht auf eigenmächtige Beseitigung hinüberragender Zweige und Wurzeln, jedoch unter der Verpflichtung, das Holz dem Eigentümer des Baumes auszuliefern. Der c. civ. Art. 672 erteilt dem Nachbar das Recht, hinüberragende Wurzeln selbst abzuschneiden; wegen überhängender Zweige hat er nur die Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung.

Nach BGB. ist der Eigentümer berechtigt, Wurzeln und Zweige, obwohl sie wesentliche Bestandteile des Baumes sind und daher dem Baumeigentümer gehören (BGB. §§ 93, 94), abzuschneiden und ohne Entschädigung zu behalten, jedoch (abweichend vom bish. Rechte) nur, wenn die Wurzeln oder Zweige die gegenwärtige oder künftige Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigen (Planck Nr. 4 a zu § 910). Daß dies nicht der Fall sei, hat der Eigentümer des Baumes oder Strauches einzuwenden und zu beweisen (Prot. III S. 141). Der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks hat nicht das Recht,

zu verlangen, daß der Eigentümer des Strauches oder Baumes die Zweige oder Wurzeln selbst beseitige (Prot. III S. 142, Denkschr. z. BGB. S. 188; Kober Nr. 3 zu § 910).

Bezüglich der herüberragenden Zweige ist das Recht des Eigentümers des beeinträchtigten Grundstücks noch davon abhängig, daß er dem jeweiligen Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt und daß diese Frist fruchtlos verstrichen ist. Ist der Besitzer des Nachbargrundstücks mit dem Eigentümer des Baumes nicht identisch (was nach dem Vorbehalte des Art. 181 Abs. 2 EG. z. BGB. landesgesetzlich auch künftig, aber nur bezüglich der Bäume, nicht der Sträucher, vorkommen kann), so ist die Frist dem Eigentümer zu bestimmen (Prot. III S. 142). Darüber, ob die bestimmte Frist angemessen ist, entscheidet das richterliche Ermessen im Einzelfalle. Hat der beeinträchtigte Eigentümer die Beseitigung nach Ablauf einer vom Richter nicht für angemessen erachteten Frist oder ohne Fristsetzung vorgenommen, so hat er nicht das Recht, das abgeschnittene Holz zu behalten, und ist unter Umständen auch schadenersatzpflichtig, z. B. wenn er bei dem Ausästen wertvoller Obstbäume nicht sorgfältig verfahren hat. Angemessen wird es sein, die Frist in besonderen Fällen so weit auszudehnen, daß die Beseitigung der Äste nicht gerade in die Periode des Wachstums fällt (Prot. III S. 143). Schneidet der Baumeigentümer selbst die überhängenden Zweige ab und fallen die abgeschnittenen Zweige auf das Nachbargrundstück, so finden die §§ 867, 1005 BGB. Anwendung.

Die Vorschriften des § 910 finden auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. schon vorhandenen Bäume Anwendung.

Anträge, die Ausübung des Rechtes des beeinträchtigten Eigentümers für eine gewisse Jahreszeit auszuschließen oder im Umfange zu beschränken, wurden von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 143); ebenso Anträge, wonach der beeinträchtigte Eigentümer den Überhang oder die Übervurzelung gegen eine Entschädigungsrente sollte dulden müssen (das. S. 144). Endlich wurde abgelehnt, für Waldgrundstücke besondere Bestimmungen zu treffen (das. S. 140, 144).

2. Einem anderen als dem beeinträchtigten Eigentümer stehen die Befugnisse aus § 910 nicht zu (a. M. Dernburg SR. § 82 Nr. II).

II. Die Bestimmungen des § 910 gelten nicht nur für einzelne Bäume und Sträucher, sondern auch für Waldungen; jedoch bestimmt Art. 183 EG. z. BGB.:

Zugunsten eines Grundstücks, das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mit Wald bestanden ist, bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Nachbargrundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf dem Waldgrundstücke stehenden Bäume und Sträucher abweichend von den Vorschriften des § 910 und des § 923 Abs. 2, 3 BGB. bestimmen, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft.

Art. 183 enthält nur eine Übergangsbestimmung; für Waldungen, welche nach Inkrafttreten des BGB. angelegt werden, ist lediglich § 910 maßgebend. Für Preußen bestehen keine Bestimmungen, wie sie Art. 183 voraussetzt.

III. Eine nicht bloß vorübergehende Bedeutung hat Art. 122 EG. z. BGB.:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf dem Nachbargrundstücke stehenden Obstbäume abweichend von den Vorschriften des § 910 und des § 923 Abs. 2 BGB. bestimmen.

In Preußen bestehen zurzeit solche Vorschriften nicht.

IV. Aufgehoben sind für Preußen die §§ 287, 288 ALR. I 9, § 177 ALR. I 8, Code civ. Art. 672 Abs. 2, 3 (PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b).

§ 911.

Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

Vgl. Anm. 5 a. E. und Anm. 6 Abs. 1 zu § 94 S. 25. — Solange die Früchte hängen, sind sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht (§ 94), und der Eigentümer des Baumes kann auch die Früchte an überhängenden Ästen von seinem Grundstück aus abpflücken. Nach der Trennung gelten sie als Früchte des Nachbargrundstücks, auf das sie hinübergefallen sind, und gehören dem nach den §§ 953—957 BGB. Bezugsberechtigten. Ist dies der Eigentümer des Grundstücks, so haften sie bis zur Veräußerung und Entfernung für die auf diesem Grundstücke ruhenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§ 1121 BGB.). Der Nachbar ist nicht befugt, das Hinüberfallen der Früchte durch seine Tätigkeit zu befördern. Er wird nicht Eigentümer der von ihm abgeschüttelten Früchte (a. M. Planck Nr. 1 zu § 911; wie hier Dernburg SR. § 82 Nr. IV, Biermann zu § 911, Gierke SR. S. 434 Anm. 65).

Die Ausnahmevorschrift des § 911 Satz 1 findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient. Satz 1 bezweckt Abschneidung der Streitigkeiten wegen Betretens der Nachbargrundstücke. Bei Grundstücken, die dem öffentlichen Gebrauche dienen und also jedem zugänglich sind, fehlt es an einer Veranlassung zu einer gleichen Ausnahmevorschrift (vgl. Denkschr. z. BGB. S. 189, Prot. III S. 149). Der Baumeigentümer oder der Fruchtbezugsberechtigte kann die auf ein solches Grundstück hinübergefallenen Früchte holen.

§ 912.

Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.

Literatur: Wolff, Der Bau auf fremdem Boden (1900). Hagena, Der Grenzüberbau (1902).

I. Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, so würde in Ermangelung besonderer Vorschriften der Eigentümer des Grundstücks, dessen Grenze überschritten ist, die Beseitigung des über die Grenze reichenden Gebäudeteils nach §§ 903, 1004 BGB. verlangen können (Denkschr. z. BGB. S. 189). Die strenge Durchführung dieser Eigentumskonsequenz würde zur Zerstörung des Gebäudes führen, und dies würde wirtschaftlichen Grundsätzen, die auch in den Vorschriften des BGB. über wesentliche Bestandteile (§§ 94, 95) und über Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 946—951) Anerkennung gefunden haben, widersprechen und für den Eigentümer des Gebäudes häufig große Härten zur Folge haben. Mit Rücksicht hierauf regelt das BGB. nach dem Vorgange neuerer Gesetzgebungen (z. B. PALR. I 9 §§ 340, 341) den Fall der Grenzüberschreitung beim Bauen durch besondere (dispositive) Bestimmungen, die unter Berücksichtigung der verschiedenen in Betracht kommenden Interessen die Erhaltung des Gebäudes bezwecken (Denkschr. a. a. O., Mot. III S. 282). Der Nachbar hat unter gewissen Voraussetzungen den Überbau gegen Entschädigung durch eine Geldrente zu dulden (§ 912); er kann aber jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat (§ 915 Abs. 1 Satz 1). Das BGB. faßt die Duldungspflicht als Eigentumsbeschränkung auf, die sich aber von anderen Eigentumsbeschränkungen dadurch unterscheidet, daß sie nur beim Vorliegen eines besonderen Tat-

bestandes zur Entstehung gelangt. Sie ist der Eintragung weder bedürftig noch fähig; dagegen muß der Verzicht des Berechtigten eingetragen werden, um Wirksamkeit gegen Dritte zu erlangen. Die Eintragung muß auf dem Grundstücke des Berechtigten erfolgen. (Prot. III S. 136.)

II. Der Eintritt der den Bauenden begünstigenden Rechtsnorm des § 912 ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Als Bauender ist der Eigentümer des Nachbargrundstücks zu denken, da ihm ein grunddienstbarkeitsartiges Recht erworben werden soll. Doch wird die Vorschrift dem Eigentümer auch zur Aufrechthaltung eines von einem Vorbesitzer, der nicht Eigentümer war, aufgeführten Baues dienen können (a. M. Biermann Nr. 1 zu § 912). Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Grenzüberbau eines Erbbauberechtigten (§ 1017 Abs. 2) oder eines nach Art. 63 EG. z. BGB. Berechtigten ist nicht ausgeschlossen, wohl aber auf Überbauten des Pächters oder Nießbrauchers (Planck Nr. 1 b zu § 912).

2. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Gebäude, nicht auch auf bloße Mauern und derartige Bauwerke. Diese sind auf Verlangen des Eigentümers unter Herstellung des früheren Zustandes abzubrechen und zu entfernen (§§ 903, 905, 985, 1004 BGB.). Dasselbe trifft zu, wenn es sich nicht bloß um eine Überschreitung der Grenze handelt, sondern das ganze Gebäude auf dem Nachbargrundstück aufgeführt ist. Besondere Bestimmungen für diesen Fall enthält das BGB., abweichend vom PrALR. (I 9 §§ 327 ff.), nicht. Auf ein vom Eigentümer zu vorübergehenden Zwecken errichtetes Gebäude passen die §§ 912 bis 916 nicht, sondern es kann sofortige Beseitigung des übergebauten Teiles verlangt werden (Hagena S. 34; a. M. Wolff S. 90, Biermann a. a. O.). Zweifellos finden die Bestimmungen über den Überbau keine Anwendung, wenn der Eigentümer beim Bauen die Grenze eines anderen ihm gehörigen Grundstücks überschreitet. Veräußert er demnächst das vom Überbau betroffene Grundstück, so ist die Frage, welche Rechte der Erwerber hat, nach dem Inhalte des Vertrags zu beurteilen. Ist keine Bestimmung getroffen, so wird anzunehmen sein, daß der Erwerber einen ihm bekannten Überbau ohne Entschädigung dulden muß. Stellt sich erst später heraus, daß die richtige Grenze verletzt ist, so wird der Erwerber die Wegschaffung des Überbaues fordern können (vgl. über diese Fragen aber auch Biermann a. a. O. u. Kohler im A. f. ziv. Pr. 87 S. 288). Veräußert der Bauende das andere Grundstück und behält das überbaute zurück, so wird als Vertragswille anzusehen sein, daß er den Überbau ohne Entschädigung dulden muß. Ein dritter Erwerber aber wird den Überbau nicht zu dulden brauchen (a. M. Kohler a. a. O.). — Ob unter der „Errichtung" eines Gebäudes auch ein Reparaturbau verstanden werden kann, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden (a. M. Biermann u. Planck Nr. 1 zu § 912). Die Grenze ist auch dann überschritten, wenn zwar nicht die Fundamente, aber Ausbauten (z. B. Erker) in das Nachbargrundstück hinüberragen. Die durch Alter oder Baufehler veranlaßten Ausbauchungen von Mauern fallen nicht unter § 912, sondern unter § 905 Satz 1 oder unter § 908. Endemann (§ 72 Nr. 2), Monich (in Iherings J. 38 S. 179), Wolff (S. 92) und Biermann (a. a. O.) nehmen an, daß der Nachbar solche Ausbauchungen ohne Entschädigung dulden muß, wenn sie die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen. — Von einem Überbaue kann nur da gesprochen werden, wo es sich um die Überschreitung einer örtlich bestimmten Grenze handelt; davon kann aber nicht die Rede sein, wo das aus einer Dienstbarkeit entspringende Verbietungsrecht der Verwendung des dienenden Grundstücks für gewisse Bauten nicht bloß jenseits einer örtlich bestimmten Linie, sondern schlechthin entgegensteht. Macht z. B. die dem herrschenden Grundstücke zustehende Dienstbarkeit es unzulässig, das dienende Grundstück für die Anlage einer Terrasse zu verwenden; ist also dem Nachbar nicht eine Grenze gesetzt, bis zu der eine solche Anlage reichen darf, sondern ist diese in ihrem ganzen Umfang unzulässig: so kann die Terrasse nicht als Überbau im Sinne des § 912 BGB. gelten. Der durch die Anlegung der Terrasse in seinem Servitutrechte Verletzte kann daher die Beseitigung der Terrasse, nicht bloß Entschädigung

Digitized by Google

durch eine Geldrente verlangen (BGB. §§ 1027, 1004). War eine Dienstbarkeit der bezeichneten Art vor dem 1. Januar 1900 begründet, so findet der Art. 184 EG. z. BGB. Anwendung, auch wenn deren Beeinträchtigung schon vor diesem Zeitpunkte klagend geltend gemacht war (RG. E. 48 S. 262). Überbau liegt auch dann vor, wenn die Grenze derart überschritten wird, daß ein Nachbargrundstück (von unbedeutender Größe) von den übergebauten Gebäudeteilen ganz bedeckt wird (RG. E. 52 S. 15). Dagegen liegt kein Überbau vor, wenn ein ganzes Gebäude auf einem fremden Grundstück errichtet wird. Geschieht dies nicht auf Grund eines Rechtes an dem Grundstücke, so wird das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (RG. JW. 1904 S. 139 Nr. 3).

3. Der Bauende hat nur dann einen Anspruch auf die Vergünstigung, wenn die Nichtbeachtung der richtigen Grenze *nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit* beruht. Vorsatz liegt vor, wenn der Bauende die Grenze wissentlich und willentlich (Mot. I S. 280) überschritten hat. Eine Definition der groben Fahrlässigkeit gibt das BGB. nicht. Es ist nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen, ob eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.) anzunehmen ist. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit können verneint werden, wenn der Bauende zwar die Grenze gekannt hat oder hätte kennen müssen, aber nach Lage der Umstände ohne grobe Fahrlässigkeit seine Berechtigung zum Überschreiten der Grenze annehmen durfte. Eine solche Annahme ist nicht schlechthin berechtigt, wenn der Bauende den überbauten Grundstücksteil vom Nachbar gekauft hatte; hat er aber seinerseits den obligatorischen Vertrag durch Zahlung des Kaufpreises erfüllt oder hat der Verkäufer ihn den ausdrücklich oder nach der erkennbaren Absicht der Beteiligten zum Zwecke der Überbauung gekauften Landstreifen schon vor Zahlung des Kaufpreises in Besitz nehmen lassen, so können Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit verneint werden. (RG. E. 52 S. 15). Fällt dem Bauenden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last, so kann der Nachbar nach §§ 903, 1004 auch dann Beseitigung des Überbaues verlangen, wenn er keinen Widerspruch gegen die Grenzüberschreitung erhoben hat. Hat er aber den überbauten Landstreifen an den Bauenden verkauft, so kann er, auch wenn der Bauende sich ohne grobe Fahrlässigkeit nicht zum Überbauen für berechtigt halten durfte, die Beseitigung nicht verlangen, bevor er den nach den Gesetzen etwa zulässigen Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat. Wer die Begünstigung des § 912 für sich anruft, hat die Abwesenheit von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu beweisen (Prot. III S. 135; RG. E. 47 S. 114).

4. Der Bauende steht nicht unter der Wohltat des § 912, wenn der Nachbar gegenüber dem Bauenden vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung (nicht etwa erst nach erlangter *Kenntnis* von ihr) *Widerspruch* erhoben hat. Der Widerspruch ist gegen den Bauenden oder seinen Vertreter (z. B. den Bauleiter) zu richten. Die Wirksamkeit des Widerspruchs ist an keine bestimmte Form gebunden (Gierke SR. S. 435 Anm. 77). Nicht nötig ist (abweichend v. PrR. I 9 § 341), daß der Bauende sein Vorhaben dem Nachbar angezeigt hat. Der Nachbar muß sein Recht ganz selbständig wahren. Hat er aber rechtzeitig Widerspruch erhoben, so hat der Bauende auch dann keinen Anspruch auf die Vergünstigung des § 912, wenn er sich in entschuldbarem Irrtum über die Grenze befindet. Billigerweise hat der Irrende die Nachteile seines Irrtums zu tragen, nicht sein Gegner. Zum Widerspruche berechtigt ist jeder, der kraft seines dinglichen Rechtes dem Bauenden die überbaute Fläche entziehen könnte und der deshalb durch die eintretende Duldungspflicht entschädigungsberechtigt werden würde, also der Eigentümer, jeder der mehreren Miteigentümer (§ 1011), der Erbbauberechtigte und der Dienstbarkeitsberechtigte; die letzten beiden jedoch nur dann, wenn das Erbbaurecht oder die Dienstbarkeit durch den Überbau beeinträchtigt wird. Durch den Widerspruch eines der Berechtigten wird das Recht der anderen nicht erhalten (Wolff S. 129, Biermann a. a. O. gegen Hagena und Lehmann). — *Die Beweislast* dafür, daß der Widerspruch vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung erhoben ist, trifft den Widerspruchsberechtigten, der Widerspruch erhoben zu

haben behauptet. (Vgl. Mot. III S. 281, Prot. III S. 135.) Zur Erhebung des Widerspruchs genügt es (wie bisher), wenn der Widerspruch dem, gegen den er sich richten soll, zugegangen ist. Dies kann auch durch einen Boten, z. B. in der Weise geschehen, daß die Bauarbeiter und der Schachtmeister dem Bauherrn vom Widerspruche des Nachbars Mitteilung machen. (RG. V 249. 1901.)

Hat der Nachbar den Widerspruch infolge eines Irrtums unterlassen, so muß er den Überbau dulden, weil Kenntnis nicht Voraussetzung der Duldungspflicht ist. Beruht die Unterlassung auf Betrug oder Zwang seitens des Bauenden, so wird der Regel nach keine Duldungspflicht begründet sein (RG. E. 38 S. 286), weil dann Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Bauenden anzunehmen sein wird. Übrigens würden Zwang und Betrug Schadensersatzpflicht und daher nach §§ 823, 249 BGB. den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes begründen (vgl. über diese Streitfrage Biermann u. Planck Nr. 1 zu § 912, Männer § 22 Anm. 49).

5. Das Urteil, welches die Duldungspflicht feststellt, hat nur deklaratorische Wirkung.

III. In den Eigentumsverhältnissen am überbauten Grundstücksteile wird nichts geändert, bevor der Rentenberechtigte von dem ihm im § 915 eingeräumten Rechte Gebrauch gemacht und das Eigentum an den Rentenpflichtigen übertragen hat. Liegen die Voraussetzungen für die gesetzliche Duldungspflicht vor, so ist das hinüberreichende Gebäude vom Bauenden in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstück in seinem Interesse mit dem fremden Grundstücke verbunden; folglich trifft die in § 95 Abs. 1 Satz 2 bestimmte Ausnahme von dem Satze superficies solo cedit zu (Mot. III S. 287). Über den Einfluß der Überbauung auf die Rechte der Hypothekengläubiger des Grundstücks, dessen Grenzen durch den Überbau überschritten sind, vgl. Anm. B I 1 g zu § 1120.

IV. Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen, für deren Höhe die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend ist. Die Entschädigung in Gestalt einer Rente ist gewählt, weil von der Substanz des Rechtes an dem überbauten Grundstücke nichts abveräußert wird und für jeden Rechtsnachfolger die nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Duldungspflicht für die Zeit der stattfindenden Duldung durch den Genuß einer Entschädigung ausgeglichen werden muß. Nichtzahlung der Rente hat nicht zur Folge, daß der Rentenberechtigte die dingliche Klage auf Herausgabe der überbauten Fläche anstellen kann, sondern er kann die Rückstände nur aus dem Grundstücke, von dem der Überbau ausgegangen ist, und aus dem persönlichen Vermögen der Eigentümer dieses Grundstücks beitreiben, aus diesem jedoch nur die während der Dauer des Eigentums jedes der aufeinander folgenden Eigentümer fällig gewordenen Rentenbeträge (§§ 913, 914 Abs. 3, 1105 Abs. 2, 1108 Abs. 1 BGB.). Der Rentenberechtigte ist noch besonders dadurch gesichert, daß sein Recht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vorgeht (§ 914 Abs. 1 Satz 1 BGB.) und daß im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks das Recht auf die Rente auch dann bestehen bleibt, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist (ZVG. § 52 Abs. 2). Wird das belastete Grundstück geteilt, so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner (§ 1108 Abs. 2 BGB.) nach Maßgabe der §§ 421 ff. BGB. Die Annahme, daß in diesem Falle nur der Teil, auf dem sich der Überbau befindet, für die Rente hafte (Biermann, Fuchs, Männer, Kretzschmar, Wolff), läßt außer acht, daß den Realgläubigern des rentenberechtigten Grundstücks das ganze ursprüngliche rentenpflichtige Grundstück haftet (Planck Nr. 3 zu § 914). Wird das berechtigte Grundstück geteilt, so ist der Fall des § 1109 Abs. 3 gegeben, d. h. das Rentenrecht bleibt nur mit dem Teile verbunden, auf dem sich der Überbau befindet. Daraus ergibt sich die Nichtanwendbarkeit des § 1109 Abs. 1, 2. Diese aus § 914 Abs. 1 Satz 2 herzuleiten (Planck Nr. 3 zu § 914), ist nicht möglich.

Für die Höhe der Rente ist der Zeitpunkt der Grenzüberschreitung gewählt, um fortgesetzte nachbarliche Streitigkeiten über den jeweiligen Wert der überbauten Fläche

abzuschneiden (Denkschr. z. BGB. S. 190, Prot. III S. 137). Mit diesem Zeitpunkte beginnt auch die Verpflichtung zur Entrichtung der Rente, und zwar kraft Gesetzes. Ihre Höhe muß nötigenfalls im Prozeßwege festgesetzt werden.

V. Ein Antrag, die Vorschriften über den Überbau auf den Fall des Bauens über den nach Landesgesetzen (z. B. nach PALR. I 8 §§ 139, 140; vgl. S. 353) einzuhaltenden Abstand von der Grenze zu übertragen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt, weil die Regelung dieses Falles der Landesgesetzgebung überlassen werden müsse, übrigens aber die entsprechende Anwendung jener Vorschriften kein Bedenken habe (Prot. III S. 378). Von einer auch nur entsprechenden Anwendung auf diesen Fall kann jedoch nicht die Rede sein (Biermann Nr. 4 zu § 912; a. M. Dernburg SR. § 80 II 1 d, Gierke SR. S. 435 Anm. 74).

VI. Die Ansprüche aus einem Überbaue sind nach Art. 181 Abs. 1 EG. z. BGB. nach dem Inkrafttreten des BGB. auch dann nach den §§ 912 ff. zu beurteilen, wenn sie schon vor diesem Zeitpunkte durch Erhebung der Klage geltend gemacht waren, sofern der Bauende nicht bereits nach den bisherigen Vorschriften das Eigentum an der überbauten Fläche (ALR. I 9 §§ 340 ff.) erworben hat (RG. E. 46 S. 143, Bd 47 S. 114, Rhein. Arch. 97 II S. 142, V 259, 03 mit Habicht und Niedner gegen Dernburg und Fuchs). Die §§ 912—916 sind auch da anzuwenden, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist (Biermann a. a. O.).

§ 913.

Die Rente für den Überbau ist dem jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigentümer des anderen Grundstücks zu entrichten. Die Rente ist jährlich im voraus zu entrichten.

1. Aus der Bestimmung, daß die Rente für den Überbau dem jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks vom jeweiligen Eigentümer des anderen Grundstücks zu entrichten ist, folgt ohne weiteres, daß sie als Bestandteil des berechtigten Grundstücks gilt, dessen rechtliche Schicksale teilt (vgl. § 96 u. Anm. 1—3 S. 33), und aus BGB. § 914 Abs. 3 in Verb. mit § 1110, daß sie von dem Eigentum am berechtigten Grundstücke nicht getrennt werden kann.

2. „Entschädigungsberechtigt ist nach §§ 913 Abs. I, 916 der, der duldet, während er nach dem Inhalte seines dinglichen Rechtes — Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeit — dem Eigentümer des Gebäudes die Fläche entziehen könnte; der Schadensbetrag wird für jeden Duldungspflichtigen dieser Art nach Maßgabe der ihm widerfahrenden Beeinträchtigung festzusetzen sein. Weitere Realberechtigte kommen nicht in Betracht, da für diese, insbesondere die Pfandberechtigten, der geschehene Abbruch durch die damit verbundene Entschädigung indifferent gemacht wird. Nur werden die weiteren Berechtigten in Ansehung der Fixierung des Entschädigungsbetrags weder durch die von anderer Seite abgeschlossenen Rechtsgeschäfte noch durch die unter anderen Personen ergehenden Urteile gebunden und können für die künftige Duldung die Fixierung eines angemessenen Betrags verlangen" (Mot. III S. 286). Demnach haben alle an dem einem oder dem anderen Grundstücke dinglich Berechtigten einen klagbaren Anspruch darauf, daß die Höhe der Rente auf einen angemessenen Betrag (unter Zugrundelegung des Zeitpunktes der Grenzüberschreitung) festgesetzt wird. Der Hypothekengläubiger des rentenpflichtigen Grundstücks hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, daß die Rente nicht zu hoch, der des rentenberechtigten Grundstücks daran, daß die — für seine Hypothek haftende — Rente nicht zu niedrig festgesetzt wird. Jedem dinglich Berechtigten steht das Recht zu, dieses Interesse klagend geltend zu machen (vgl. Prot. III S. 136). Das zum Nachteile des einen Berechtigten ergangene Urteil wirkt nicht gegen die anderen; dagegen wirkt es für und gegen die Gesamt- und Sonderrechts-Nachfolger der Eigentümer der beteiligten Grundstücke. Ein Vertrag über die Höhe der Rente wirkt nicht den nicht zugezogenen Berechtigten gegenüber. Demnach

können die Bestimmungen der §§ 912 ff. die Quelle zahlloser Rechtsstreitigkeiten werden. Unter den Kontrahenten hat der Vertrag obligatorische Wirkungen, den Sondernachfolger im Eigentume des einen oder des anderen Grundstücks bindet er nicht, ebensowenig andere an den Grundstücken dinglich Berechtigte. Eine Bindung aller Interessenten wird nur durch einen dinglichen Vertrag und Eintragung erreicht. Dazu bedarf es aber, wie aus den §§ 876, 877 unmittelbar folgt, der Zustimmung aller an den beteiligten Grundstücken dinglich Berechtigten.

3. Die Rente ist jährlich im voraus zu entrichten. Das erste Jahr beginnt mit dem Tage der Grenzüberschreitung. Eine abweichende Regelung ist zulässig, bedarf aber zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch.

4. Das Recht auf die Rente ist, obwohl es im § 924 nicht besonders aufgeführt ist, auch dann der Verjährung entzogen, wenn es nicht eingetragen ist (a. M. Fischer-Henle Nr. 3. zu § 912, Kohler im Arch. f. ZW. Pr. 87 S. 287; wie hier Gierke SR. S. 436 Anm. 81). Dies ergibt sich (wie die Mot. III S. 286 zutreffend bemerken) sowohl daraus, daß das gesetzliche Recht auf Entschädigung für die geübte Duldung mit Fortdauer der Beeinträchtigung stets neu entsteht (BGB. § 198), als auch daraus, daß das Rentenrecht dem gebuchten Rechte am Grundstück entfließt (§ 902). Es ergibt sich aber wohl auch aus § 915, wonach die Rente für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums fortzuentrichten ist, wenn der Rentenberechtigte von seinem nach § 924 unverjährbaren und jederzeit ausübbaren Rechte, zu verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat, Gebrauch macht. Endlich kann bezweifelt werden, daß ein von den einzelnen Leistungen verschiedener Gesamtanspruch auf die Rente besteht (Planck Nr. 2 zu § 224; Prot. I S. 212, III S. 139). Dagegen bleibt es in Ansehung der Ansprüche auf fällige Rentenbeträge, bei der Anwendung der Vorschriften über die Anspruchsverjährung. Sie verjähren nach § 197 in vier Jahren.

§ 914.

Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor. Es erlischt mit der Beseitigung des Überbaues.

Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Zum Verzicht auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich.

Im übrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten.

1. Die Rente wird dafür gezahlt, daß dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks die Benutzung eines fremden Grundstücksteils durch das Gesetz gestattet wird. Die Vorteile dieser Benutzung fließen dem Eigentümer und den am belasteten Grundstücke dinglich Berechtigten zu. Folgerecht muß das Recht auf das Entgelt für diese Vorteile — die Rente — allen anderen Rechten am belasteten Grundstück, auch den älteren vorgehen, denn sonst würden die Gläubiger des belasteten Grundstücks auf Kosten der Gläubiger des berechtigten Grundstücks einen ganz unberechtigten Vorteil erhalten. Das Recht wird durch die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks nicht berührt (vgl. S. 385 Anm. IV). Die dem Rechte entfließenden jährlichen Raten können an der Stelle des Rentenrechts nach § 10 Nr. 4 ZVG nur so weit beansprucht werden, als sie für das bei der Zwangsversteigerung laufende und für die beiden vorhergehenden Jahre zu entrichten sind. Ältere Rückstände haben den Rang in der achten Klasse des § 10, in dieser aber den Vorrang vor allen sonstigen Rückständen. Das Rangverhältnis mehrerer Überbaurenten untereinander oder zu Notwegrenten richtet sich nach der Zeitfolge ihrer Entstehung (Planck Nr. 6 zu § 879, Gruch. 46 S. 708 unten, Gierke SR. S. 436 Anm. 80).

Der Vorrang kann der Rente vor anderen Rechten aber nur insoweit beigelegt werden, als ihre Höhe den gesetzlichen Vorschriften entspricht (Denkschr. z. BGB. S. 191). Soweit sie der Eintragung bedarf, sind die §§ 879 ff. maßgebend.

2. Der Wegfall der Duldungspflicht hat kraft Gesetzes auch den Wegfall der Rente zur Folge. Sie erlischt daher mit der Beseitigung des Überbaues ohne Löschung auch dann, wenn sie eingetragen ist (vgl. Anm. 3), und zwar auch einem gutgläubigen Erwerber des berechtigten Grundstücks gegenüber. Es ist dann ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) gegeben.

3. Die Rente hat die Natur einer subjektiv-dinglichen Reallast und wird als solche im BGB. (§ 914 Abs. 3) behandelt. Abweichend von der, auch für Reallasten geltenden, allgemeinen Regel des § 873 Abs. 1 ist aber die Eintragung des Rentenrechts in das Grundbuch zu seiner Entstehung nicht erforderlich (§ 914 Abs. 2), ja nicht einmal zulässig („das Recht wird nicht eingetragen"). Sie wirkt ohne Eintragung gegen jeden, also auch gegen den gutgläubigen Dritten (Prot. III S. 136). Da das Recht zur Aufnahme in das Grundbuch weder des berechtigten, noch des belasteten Grundstücks bestimmt ist, finden die Grundsätze von dem Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) darauf keine Anwendung. Diese Ausnahme von der allgemeinen Regel bezieht sich jedoch nur auf die Rente in ihrer gesetzlichen (d. h. angemessenen) Höhe (S. 386 Nr. 2). Die vertragsmäßige Feststellung der Höhe und der Verzicht auf das Rentenrecht erlangen dingliche Wirksamkeit nur durch hinzukommende Eintragung (§ 914 Abs. 2 Satz 2), die ohne Zustimmung sämtlicher an den beteiligten Grundstücken dinglich Berechtigten nicht erfolgen darf (vgl. Anm. II 2 S. 383). Wesentlich ist nur die Eintragung auf dem mit der Rente belasteten Grundstücke; der Berechtigte kann jedoch nach § 8 GBO. die Eintragung auch auf seinem Grundstücke beantragen. Nach PrAVf. v. 20. November 1899 § 11 Nr. 4 soll freilich die Eintragung in Abt. II des Grundbuchs des berechtigten Grundstücks bewirkt werden. Obligatorische Wirkung hat ein Vertrag über die Höhe oder den Erlaß der Rente auch ohne Eintragung (Prot. VI S. 230).

4. Abgesehen von den in Anm. 1, 3 erwähnten Abweichungen finden auf das Rentenrecht die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten (§ 914 Abs. 3). Demnach kann das Rentenrecht nicht vom Eigentum am berechtigten Grundstücke getrennt (§ 1110), auch nicht durch Vereinigung des berechtigten Grundstücks mit einem anderen in Verbindung zu diesem gebracht werden (Mot. III S. 592). Das Recht auf einzelne Renten kann selbstverständlich auf jeden Dritten übertragen werden. Inwieweit eine solche Verfügung den Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldgläubigern gegenüber wirksam ist, richtet sich nach §§ 1126, 1107 (vgl. Anm. III 4, 5 S. 49 f. und Anm. 2 zu § 1126). Es finden ferner auf das Rentenrecht Anwendung die §§ 1108, 1109 Abs. 3 (vgl. Anm. IV S. 385), dagegen nicht die §§ 1111, 1112 (vgl. § 1104 Abs. 2) und § 1109 Abs. 1, 2. § 1108 Abs. 2 findet Anwendung, weil den Realberechtigten des ganzen Grundstücks die Rente haftet (vgl. S. 385 Nr. IV).

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Reallasten beschränkt sich aber auf die im BGB. getroffenen Bestimmungen. Nicht anwendbar sind die im EG. z. BGB. Art. 113—115 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Reallasten (Art. 116 das.). Über die Anwendbarkeit des Vorbehalts im Art. 120 vgl. Anm. IV 1 a. E. zu § 1120.

5. Zur Gültigkeit des Verzichts auf das Rentenrecht bedarf es im Falle der Minderjährigkeit des Rentenberechtigten der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (BGB. § 1821 Nr. 1). Der Verzicht auf das Rentenrecht, soweit es nicht eintragungsfähig, ist im Grundbuche des rentenberechtigten Grundstücks einzutragen (Boethke in Gruch. 45 S. 724, Fuchs 1 S. 206; a. M. Biermann Anm. f. zu § 914). Die Eintragung auf dem rentenpflichtigen Grundstück ist statthaft, aber nicht wesentlich. Auf dem berechtigten Grundstücke wird der Verzicht in Preußen in das Verzeichnis der mit dem Eigentume verbundenen Rechte

einzutragen sein. Dies ist unbedenklich, wenn die Höhe der Rente durch Vertrag festgesetzt und eingetragen ist. Dann ist nur zu vermerken: „Gelöscht am . . .“ Andernfalls wird der Vermerk lauten: „Die von dem Grundstücke . . . zu zahlende Überbaurente ist durch Verzicht aufgehoben. Eingetragen . . .“ In das Grundbuch des pflichtigen Grundstücks wird in Preußen der Verzicht in Abt. II eingetragen (AVf. v. 20. November 1899). Ist die der Höhe nach durch Vertrag oder Urteil festgesetzte Rente eingetragen, so wird der Verzicht durch Löschung des Rentenvermerks eingetragen. Dem Verzicht auf die Rente müssen in jedem Falle die Realberechtigten des rentenberechtigten Grundstücks zustimmen.

6. Die in den Mot. III S. 287 ausgesprochene Ansicht, daß die Geltendmachung der Entschädigungs- und Rentenansprüche für die Vergangenheit, falls die Grenzüberschreitung erst später entdeckt wird, sich nach den Vorschriften über die Geltendmachung von Schadenansprüchen im Vindikationsfalle beschränke, findet im BGB. keinen Anhalt. Der Rentenanspruch entsteht mit der Tatsache des Überbaues, gleichviel wann die Grenzüberschreitung entdeckt wird, und der Rentenberechtigte hat Anspruch auf die noch nicht verjährten Raten in der gesetzlichen Höhe (Biermann Nr. 2 zu § 912, Wolff S. 144).

7. Die durch den Überbau herbeigeführte Eigentumsbeschränkung wird nicht eingetragen (Prot. III S. 136).

§ 915.

Der Rentenberechtigte kann jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile nach den Vorschriften über den Kauf.

Für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente fortzuentrichten.

Das BGB. gibt dem Eigentümer, und nur diesem, das Recht, zu verlangen, daß der Rentenpflichtige gegen Übertragung des Eigentums am überbauten Teile des Grundstücks dessen Wert ersetzt. Da dieses Recht jederzeit ausgeübt werden kann, braucht der Berechtigte sich auf Duldung gegen Empfang einer Rente nicht erst einzulassen. Bis er aber sein Recht auf Abnahme des Grundstücksteils durchgefochten und die Übertragung des Eigentums stattgefunden hat, kann immerhin geraume Zeit vergehen, und während dieser Zeit muß er den Überbau dulden, hat dafür aber auch Anspruch auf die gesetzliche Rente für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums, und zwar neben dem Anspruch auf den Wert, den der überbaute Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung hatte. Neben der Rente können nicht noch Zinsen vom Übernahmekapitale gefordert werden. Dieses Recht des Eigentümers ist ein gesetzliches und unverjährbares (§ 924). Der Übergang des Eigentums wird jedoch nicht durch das Gesetz vermittelt, sondern es bedarf dazu der Auflassung und Eintragung. Die Auflassungserklärung des Rentenpflichtigen kann durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden (ZPO. § 894). Der Rentenpflichtige kann Überlassung des Eigentums nicht verlangen.

Der Wert ist Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums zu ersetzen. Vorauszahlungen braucht der Nachfolger im Eigentume des rentenberechtigten Grundstücks nicht gegen sich gelten zu lassen (Biermann zu § 915).

Macht der Eigentümer des überbauten Grundstücksteils von dem ihm im § 915 BGB. eingeräumten Rechte Gebrauch, so würde es ohne besondere Bestimmung an einem geeigneten Anhalte für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses, das in diesem Falle entsteht, fehlen. Insbesondere würde es zweifelhaft erscheinen, ob der Eigentümer, wenn er Wertentschädigung verlangt, die Überlassung des überbauten Teiles frei von Lasten bewirken muß (Prot. IV S. 589). Das BGB. hat sich dafür entschieden, daß sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile nach den Vorschriften über den Kauf bestimmen

(BGB. §§ 433 ff.). Danach ist zweifellos, daß der Berechtigte das Eigentum frei von Lasten zu übertragen hat und daß er nur Zug um Zug gegen eine solche Übertragung Zahlung des Wertes verlangen kann. Bis zur Beseitigung der Lasten hat er nur einen Anspruch auf die gesetzliche Rente. Aber nur unter den Beteiligten, nicht auch Dritten gegenüber kommen die Vorschriften über den Kauf zur Anwendung, also kann z. B. ein Dritter ein ihm zustehendes Vorkaufsrecht nicht ausüben (Biermann a. a. O.).

Mit der Beitreibung des Entschädigungskapitals hört das Recht des Empfängers auf die Rente gegenüber dem Zahlenden auf, aber die Eigentumsbeschränkung und das mit ihr verbundene subjektiv-dingliche Rentenrecht finden erst mit der Eigentumsübertragung ihre Erledigung (Mot. III S. 287).

Für die Bestimmung des Wertes ist derselbe Zeitpunkt für entscheidend erklärt, wie für die Bestimmung der Höhe der Rente, weil der Kapitalbetrag zur Ablösung einer solchen Rente dient (Mot. III S. 287). Die Höhe des Betrags ist beim Mangel einer Einigung durch den Prozeßrichter festzusetzen.

§ 916.

Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zugunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 912—914 entsprechende Anwendung.

1. Die Vorschrift des § 915 paßt offensichtlich nicht auf den Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigten. Es sind daher nur die §§ 912—914 für entsprechend anwendbar erklärt. Auch der Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigte hat, wenn sein Recht durch den Überbau beeinträchtigt wird, nur unter den Voraussetzungen des § 912 einen Anspruch auf Rente gegen den jedesmaligen Eigentümer des Grundstücks, von dem aus der Überbau stattgefunden hat. Mit Wegfall des Erbbaurechts oder der Dienstbarkeit hört der Anspruch auf die Rente auf; ebenso mit der Beseitigung des Überbaues. Konkurrieren mehrere solche Realberechtigte, so ist für jeden von ihnen die Rente selbständig zu bestimmen (Prot. III S. 138). Auf andere am Nachbargrundstücke bestehenden Rechte (z. B. auf Hypotheken) findet § 916 keine Anwendung.

2. Der § 916 ist nicht analog anwendbar auf den Fall, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teiles auf den belasteteten Teil hinüberbaut (RG. E. 47 S. 356, JW. 1902 Beil. S. 258), oder wenn der Eigentümer eines mit der Servitut der Nichtbebaubarkeit belasteten Grundstücks dieses bebaut (RG. E. 48 S. 262), oder wenn ein Mitberechtigter an einer der gemeinsamen Benutzung unterliegenden Scheidemauer (BGB. § 922, PAG. z. BGB. Art. 23) eine ihm nicht zustehende Änderung vorgenommen und hierdurch den anderen Mitberechtigten beeinträchtigt hat (RG. Rhein. A. 97 II 142).

3. Der Anspruch ist unverjährbar (vgl. Anm. II zu § 924).

§ 917.

Fehlt einem Grundstücke die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, daß sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt.

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Vorschriften des § 912 Abs. 2 Satz 2 und der §§ 913, 914, 916 finden entsprechende Anwendung.

I. Die §§ 917, 918 handeln vom Notwege. „Für den Eigentümer eines Grundstücks kann ein Notstand entstehen, wenn z. B. infolge elementarer Ereignisse die Verbindung zwischen dem öffentlichen Wegenetze und seinem Grundstücke dergestalt abgeschnitten wird, daß der Eigentümer nur unter Benutzung fremder Grundstücke zu dem öffentlichen Wege gelangen kann. Das bisher geltende Recht hilft durch das Institut des Notwegs." (Mot. III S. 289.) Die gemeinrechtliche Praxis hat unter Benutzung der einen ganz singulären Fall behandelnden l. 12 Dig. XI. 7 eine besondere richterliche Enteignungsgewalt angenommen, um dem bedürftigen Grundstücke durch richterliches Urteil ein Wegerecht zu schaffen. Das PALR. I 22 §§ 3—10 hat jene Vorschrift der Digesten noch viel weiter verallgemeinert, indem es jedem Eigentümer eines Grundstücks Einschränkungen seines Eigentums auferlegt, ohne die ein anderes Grundstück ganz oder zum Teile völlig unbrauchbar sein würde, und indem ferner unter Umständen auch verbesserungshalber die Notservitut verlangt werden kann. Der code civ. Art. 682—685 gibt unter der Voraussetzung des Notstandes ein Notwegrecht gegen die Eigentümer benachbarter Grundstücke (Mot. a. a. O.).

Das BGB. kennt nur eine (von ihm als Eigentumsbeschränkung aufgefaßte) Notservitut, die Notwegservitut und gibt diese nur, wo eine wirkliche Notlage vorliegt. Eine Notlage ist vorhanden, wenn das Grundstück durch fremde Grundstücke vom öffentlichen Wege abgeschnitten ist. Kann der Eigentümer über andere ihm gehörende Grundstücke zum Wege gelangen, so ist eine Notlage nicht vorhanden. Ebensowenig, wenn und solange dem Eigentümer ein dingliches oder persönliches Recht zusteht, über ein fremdes Grundstück zum öffentlichen Wege zu gelangen (Dernburg SR. § 84 Nr. II 1). Eine Notlage kann nach Lage des Einzelfalles auch dann angenommen werden, wenn die Verbindung zwar vom eigenen Grundstück, aber nur durch unverhältnismäßig kostspielige Anlagen hergestellt werden kann (Biermann Nr. 1 zu § 917). Bloße Unbequemlichkeiten genügen nicht (Dresden Sächs. A. 14 S. 236). Eine Notlage nimmt das BGB. nicht an, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers (z. B. durch das Abbrechen einer den Zugang vermittelnden Brücke, vgl. Prot. III S. 153) aufgehoben wird (§ 918 Abs. 1). Beweispflichtig ist der Nachbar. Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob der Eigentümer die Notlage verschuldet hat. Neben dem Eigentümer steht der Anspruch auch dem Erbbauberechtigten zu. Die Frage, ob der Weg, mit dem die Verbindung verlangt wird, ein öffentlicher ist, entscheidet sich nach Landesrecht. Sie gehört dem öffentlichen Rechte an, ist aber, wenn es sich, wie im Falle des § 917, um einen Privatrechtsstreit handelt, in Preußen von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden (OTrib. E. 46 S. 298; RG. E. 14 S. 262, JW. 1900 S. 451 Nr. 33). Über die Voraussetzungen der Öffentlichkeit eines Weges nach preuß. Rechte vgl. RG. JMBl. 1896 S. 161, Gruch. 40 S. 1173, Bd 42 S. 720, Bd 43 S. 1101, JW. 1901 S. 170 Nr. 28, S. 585 Nr. 29.

Ein Notweg kann nur verlangt werden, wenn die zur ordnungsmäßigen Benutzung des bebauten oder unbebauten Grundstücks notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt. Ordnungsmäßig kann auch eine von der bisherigen Benutzung abweichende Art der Benutzung sein. „Es muß danach objektiv und nach vernünftigem Ermessen erwogen werden, ob die geplante Benutzung den wirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht. Nicht jede spekulative Änderung in der Benutzung genügt . . . . , sondern es muß das Grundstück seiner Natur nach zu einer der Änderung entsprechenden Benutzungsart bestimmt sein. Daß der Eigentümer selbst irgend eine neue Benutzung, die nicht als ordnungswidrig bezeichnet werden kann, der bisherigen vorzuziehen geneigt ist, kann nicht entscheiden. Anderseits bietet das Wort „ordnungsmäßigen" einen gewissen Spielraum, um bei wirklich veränderten Bedürfnissen die Erzwingung eines Notwegs zu ermöglichen" (Prot. III S. 152). Ist eine solche Notlage vorhanden, dann müssen die Nachbarn, auch die nur mittelbaren (RG. E. 50 S. 322), bis zur Hebung des Mangels die Benutzung

ihrer Grundstücke zur Herstellung der Verbindung mit dem öffentlichen Wege dulden. „Die umliegenden Grundstücke werden also kraft Gesetzes für dienstbar erklärt und die Frage, wer dieses subjektiv-dinglich mit dem herrschenden Grundstücke verbundene Recht geltend zu machen und auszuüben befugt sei, beurteilt sich in analoger Weise wie bei den Grunddienstbarkeiten. Dieses Recht besteht mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen und wird nicht etwa durch einen Urteilsspruch des Richters erst begründet" (Mot. III S. 292). Das Urteil hat also nur deklaratorische Wirkung. Daraus ergibt sich, daß, abweichend vom preuß. Rechte (OTrib. E. 48 S. 465), das Notwegrecht auch als Einrede gegen die Eigentumsfreiheitsklage geltend gemacht werden kann (Biermann Nr. 2 zu § 917). Die Duldungspflicht ist der Eintragung weder bedürftig, noch fähig. Dagegen bedarf der Verzicht des Berechtigten zur dinglichen Wirksamkeit der Eintragung. Wenn der Mangel behoben, z. B. ein neuer öffentlicher Weg neben dem bisher notleidenden Grundstücke vorbeigeführt wird, so erlischt die gesetzliche Wegegerechtigkeit und damit auch die Rente.

Nur die Benutzung seines Grundstückes als Weg braucht der Nachbar zu dulden, nicht auch die Legung eines Gas- oder Wasserleitungsrohrs in den Wegekörper (Köln. Rh. A. 93 I S. 134).

Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt (§ 917 Abs. 1. Satz 2), d. h. wenn eine Einigung unter den Interessenten nicht zustande kommt. Stellt sich heraus, daß der Weg über das Grundstück eines nicht verklagten oder nicht mitverklagten Nachbars zu legen sein würde, so muß die Klage abgewiesen werden (Planck Nr. 8 zu § 917); denn der Anspruch geht nur gegen den oder die Eigentümer geeigneter Grundstücke (Braunschweig in Seuff. A. 56 S. 267). Der Anspruch steht nur dem Eigentümer und dem Erbbauberechtigten (BGB. § 1017) zu. Als Beklagte kommen außer dem Eigentümer in Betracht die Erbbau- und Dienstbarkeits-Berechtigten, nicht aber Besitzer (Braunschweig Seuff. A. 56 S. 267). Ein einzelner Miteigentümer ist zur Klage auf Einräumung des Notwegs nicht legitimiert, weil diese Einräumung von einer alle Miteigentumsanteile belastenden Gegenleistung abhängig ist (RG. Gruch. 30 S. 443). Die mehreren Miteigentümer des verpflichteten Grundstücks müssen gemeinsam belangt werden. Die Frage, von welcher Behörde das Urteil zu erlassen sei, wurde bei den Beratungen der 2. Komm. offen gelassen. In Preußen sind bisher die ordentlichen Gerichte zuständig (vgl. Prot. III S. 152). Das Urteil hat nur deklarative Wirkung (Gierke SR. S. 438). Die Frage, ob der Besitz des Notwegs geschützt wird (BGB. § 1029), ist streitig. Sie wird zu bejahen sein. Freilich gibt § 1029 den Schutz nur den eingetragenen Grunddienstbarkeiten, aber die entsprechende Anwendung auf Grunddienstbarkeiten, die nicht eingetragen werden dürfen, scheint dem BGB. nicht zu widersprechen (vgl. EG. z. BGB. Art. 191).

Der Berechtigte hat auf seine Kosten den Weg anzulegen und die zum Schutze des belasteten Grundstücks erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Der Anspruch aus § 917 Abs. 1 ist unverjährbar (§ 924).

II. 1. „Mit der Duldungspflicht ist hier, wie im Falle des § 912, ein Entschädigungsrecht verbunden, das dem zusteht, der kraft seines Rechtes am Grundstücke zum Verbieten berechtigt sein würde und durch die Duldungspflicht eine Beeinträchtigung erfährt. Wegen der Ähnlichkeit der Fälle ist das Entschädigungsrecht in analoger Weise konstruiert. Der tatsächliche Unterschied, daß in jedem Falle der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den von der Eigentumsbeschränkung betroffenen Teil des dienenden Grundstücks inne hat und in der Verteidigungslage sich befindet, während im vorliegenden Falle das umgekehrte Verhältnis eintritt, rechtfertigt keine Besonderheiten, namentlich nicht die, daß der Eigentümer des mit dem Notwege belasteten Grundstücks für befugt erklärt wird, der Ausübung des Rechtes zu widersprechen, wenn und solange die Rentenzahlung im Rückstande ist." (Mot. III S. 292.) Eine Bestimmung dahin, daß der Eigentümer des belasteten Grund-

stücks durch vertragsmäßige Bestellung einer Wegegerechtigkeit gegen eine Kapitalentschädigung von der gesetzlichen Einschränkung seines Eigentums frei werden könne, ist in das BGB. nicht aufgenommen (Mot. a. a. O.). Trotzdem ist eine solche vertragsmäßige Erledigung nicht ausgeschlossen, nur müssen, um dem Abkommen dingliche Wirksamkeit zu verschaffen, alle Realberechtigten der in Betracht kommenden Grundstücke zustimmen und es muß Eintragung in das Grundbuch hinzukommen.

2. Auf die Notwegrente finden die Vorschriften über die Überbaurente entsprechende Anwendung (§ 917 Abs. 2 Satz 2), jedoch mit Ausschluß des § 915, der auf die Notwegrente nicht paßt, da eine fakultative Eigentumsabtretung dem Wegebedürftigen mehr, als erforderlich, und dies zu einem unverhältnismäßig hohen Preise geben würde (Mot. III S. 293). Die Notwegrente, die dem jeweiligen Eigentümer des mit dem Notwege belasteten Grundstücks jährlich im voraus zu entrichten ist (§ 913), gilt nach § 96 BGB. als Bestandteil des mit dem Notwege belasteten Grundstücks und haftet als solcher den Realgläubigern dieses Grundstücks. Die dem Rentenrecht entfließenden Jahresleistungen unterliegen dem Rechte derselben Realgläubiger mit den sich aus § 1126 BGB. ergebenden Beschränkungen. Die Gläubiger sowohl des belasteten als auch des notwegberechtigten Grundstücks sind an der Festsetzung der Höhe der Rente interessiert. Eine Vereinbarung über die Höhe hat daher nur dann dingliche Wirkung, wenn die Realgläubiger aller beteiligten Grundstücke ihr zustimmen und Eintragung im Grundbuche hinzutritt. Dagegen ist die Rente in ihrer gesetzlichen Höhe ohne weiteres mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet, ihre Eintragung nicht einmal statthaft (§§ 914 Abs. 2 Satz 1, 917 Abs. 2 Satz 2). Für die Höhe der Rente ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Duldungspflicht des Rentenberechtigten zur Entstehung gelangt ist, d. h. der Zeitpunkt, in dem die Notlage des rentenpflichtigen Grundstücks eingetreten und das Verlangen auf Duldung des Notwegs gestellt ist (§§ 912 Abs. 2 Satz 2, 917 Abs. 1 Satz 1). Eine Erhöhung der Rente wegen Steigens des Grundwerts kann nicht verlangt werden. Selbstverständlich gilt die einmal getroffene Festsetzung der Rente nur so lange, als die ursprüngliche Richtung des Weges und der ursprüngliche Umfang der Wegebenutzung fortdauern (Prot. III S. 156); bei Änderungen kann Erhöhung oder Herabsetzung der Rente verlangt werden. Die Rente geht allen Rechten an dem mit ihr belasteten Grundstücke, auch den älteren, vor, jedoch nur in ihrer gesetzlichen Höhe; in der mit dinglicher Wirksamkeit vereinbarten und eingetragenen Höhe bestimmt sich ihr Rang nach §§ 879 ff. Bei der Zwangsversteigerung des rentenpflichtigen Grundstücks bleibt das Recht auf die Rente auch dann bestehen, wenn es bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist (ZVG. § 52 Abs. 2). Das Rentenrecht kann nicht vom Eigentum am berechtigten Grundstücke getrennt (§§ 917 Abs. 2 Satz 2, 914 Abs. 3, 1110 BGB.), durch Vereinigung dieses Grundstücks mit einem anderen nicht in Verbindung mit dem anderen gebracht werden (Mot. III S. 592); dagegen können die einzelnen Raten mit der sich aus § 1126 ergebenden Beschränkung auf Dritte rechtswirksam übertragen werden. Das Recht auf die Rente ist aus den in den Mot. III S. 286 (vgl. Anm. 4 S. 387) angegebenen Gründen (vgl. auch Prot. III S. 156, Bd VI S. 232) unverjährbar, während die Ansprüche auf die einzelnen fälligen Rentenbeträge in 4 Jahren verjähren. Im übrigen ist auf die Anm. IV S. 383, Anm. 1, 2 S. 387, Anm. 1, 3, 4, 5 S. 387 f. und auf die Anm. zu § 916 zu verweisen. Insbesondere finden auch auf die Notwegrente die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung im EG. z. BGB. Art. 113–115 keine Anwendung (Art. 116 das.).

III. Der vom Bundesrat eingefügte Art. 123 EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Notwegs zum Zwecke der Verbindung eines Grundstücks mit einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn gewähren.

Wo dergleichen Vorschriften nicht bestehen, können sie nach Art. 3 das. neu eingeführt

werden. In Preußen bestehen solche Bestimmungen nicht, da die §§ 3—10 ALR. I 22 durch Art. 89 Nr. 1 b PAG. z. BGB. aufgehoben sind.

IV. Die Bestimmungen der §§ 917, 918 finden auch dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen des Rechtes auf den Notweg vor dem 1. Januar 1900 vorlagen, der Anspruch aber erst nachher erhoben ist (EG. z. BGB. Art. 181 Abs. 1; vgl. Dernburg SR. § 84 Nr. II 8, Planck Nr. 3 zu § 917). Da das Notwegrecht nicht eingetragen wird, sind die Vorschriften der §§ 917, 918 nicht etwa bis zum Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts suspendiert.

§ 918.

Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird.

Wird infolge der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Der Veräußerung eines Teiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken gleich.

1. Zu Abs. 1 vgl. Anm. 1 Abs. 2 S. 391.

2. „Eine Einschränkung erfährt der Kreis der Duldungspflichtigen in den Fällen, in denen infolge der Veräußerung eines Grundstücksteils der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten ist. Hier wird ein Anspruch gegen die bisherigen Nachbarn dem abgeschnittenen Eigentümer nicht gewährt, da lediglich durch dessen eigene Entschließung die vorhandene Verbindung aufgehoben ist. Jedoch darf in einem solchen Falle der Eigentümer, der versäumt hat, sich ein Wegerecht bestellen zu lassen, nicht ohne Schutz bleiben. Das BGB. legt deshalb dem Eigentümer des Teiles, über den die Verbindung bisher stattgefunden hat, die Pflicht zur Duldung des Notwegs auf. In entsprechender Weise wird für den Fall Vorsorge getroffen, daß durch die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken das veräußerte oder das zurückbehaltene Grundstück von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten ist." (Denkschr. zum BGB. S. 192.) Gegen andere Nachbarn besteht in diesen Fällen ein Recht auf Einräumung eines Notwegs nicht, und zwar auch nicht für die Besitznachfolger des Eigentümers, der den Notstand herbeigeführt hat. Die bisherige preuß. Praxis kam zu annähernd gleichen Ergebnissen durch Auslegung des Willens des Veräußerers und Erwerbers (OTrib. E. 79 S. 283; RG. E. 13 S. 251, Bd 38 S. 286, JMBl. 1891 S. 244).

3. Das Recht aus § 918 Abs. 2 ist unverjährbar (§ 924).

§ 919.

Der Eigentümer eines Grundstücks kann von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks verlangen, daß dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.

Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt.

Literatur: Höniger, Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerl. Rechte (1901).

1. Der § 919 handelt von den Fällen, wo die Grenze unter Nachbarn nicht streitig ist, feste Grenzzeichen aber nicht vorhanden oder die vorhandenen unkenntlich geworden oder verrückt worden sind. In Anlehnung an das bisherige Recht (PALR. I 17 §§ 383, 384; code civ. Art. 646; sächs. GB. § 364) gibt das BGB. dem Eigentümer die privatrechtliche dingliche Befugnis, von dem Grenznachbar die Mitwirkung zur Errichtung oder Wiederherstellung zu verlangen. Der Anspruch setzt auf beiden Seiten gegenwärtiges Eigentum voraus. Neben den Eigentümern kommen als Berechtigte oder Verpflichtete nur noch der Erbbauberechtigte (a. M. Kretzschmar 2 S. 21, 236) und die nach Art. 63, 68 EG. z. BGB. Nutzungsberechtigten des einen oder des anderen Grundstücks in Betracht. Von mehreren Miteigentümern kann jeder den Anspruch geltend machen (BGB. § 1011). Verklagt müssen alle Miteigentümer werden. Unberührt bleibt eine etwaige publizistische Pflicht der Grundeigentümer gegenüber dem Staate, die sie zu einer bestimmten Art der Abmarkung nötigt (Mot. III S. 269). Ein Verzicht auf den Abmarkungsanspruch mit dinglicher Wirkung ist ausgeschlossen, da das Unterbleiben der Abmarkung dem öffentlichen Interesse widersprechen würde (Mot. III S. 270). Dagegen ist ein Verzicht mit obligatorischer Wirkung zulässig, jedoch einer etwa nach Landesrecht bestehenden öffentlichrechtlichen Pflicht zur Abmarkung gegenüber unwirksam.

2. „Der Zweck der Abmarkung geht dahin, daß solche Grenzzeichen gesetzt werden, die in der Zukunft fortdauernd geeignet bleiben, die erfolgte Anerkennung des Grenzzugs durch die Nachbarn zu beweisen. Diese Anerkennung, die als dingliches Rechtsgeschäft wegen Formmangels ohne Wirkungen bleibt und in der möglichen Gestalt als obligatorischer Anerkennungsvertrag nicht in Betracht kommt, hat hier ihre Bedeutung als außergerichtliches Geständnis. Die Beweiskraft des im Grenzzeichen beurkundeten vorausgegangenen Geständnisses unterliegt der freien Beweiswürdigung (ZPO. § 286), die aber gerade im vorliegenden Falle leicht dazu kommen wird, einem solchen Geständnisse Beweiskraft für und gegen jeden beizumessen. Nur muß der Schluß von dem Grenzzeichen auf die vorausgegangene nachbarliche Grenzanerkennung sicher sein." (Mot. III S. 269.) Die Realberechtigten der beteiligten Grundstücke sind, abgesehen von Erbbauberechtigten und nach Art. 63, 68 EG. z. BGB. zur Nutzung Berechtigten (vgl. Anm. 1), an der Abmarkung nicht interessiert, da im Bestande der Grundstücke keine Veränderung eintritt.

3. Die Art der Abmarkung und das Verfahren (aber auch nur diese) bestimmen sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften und beim Mangel solcher nach der Ortsüblichkeit. Die §§ 385, 386 PALR. I 17 über die Zuziehung aller beteiligten Nachbarn sind als selbstverständlich und der § 388 das., der die Zuziehung einer Gerichtsperson und die Aufbewahrung eines Protokolls vorschreibt, als überflüssig, weil die Abmarkung nicht von der Zuziehung einer Gerichtsperson abhängt (OTrib. Präj. Nr. 1033, PräjS. S. 100, E. 75 S. 308, Arch. 95 S. 75), aufgehoben (PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b und Begr. dazu). Dagegen sind die instruktionellen Vorschriften der §§ 362—371 PALR. I 17 über die Art der Grenzbezeichnung aufrecht erhalten. Danach muß die Bezeichnung deutlich (§ 362) und dauerhaft (§ 363) sein. Grenzgräben oder Raine zwischen einzelnen Besitzungen müssen mindestens einen Fuß, zwischen verschiedenen Feldmarken aber vier Fuß breit sein (§ 364). Doch kann eine bisher bestandene größere Breite zum Nachteile derer, die ein Nutzungsrecht darauf haben, solchergestalt nicht eingeschränkt werden (§ 365). Die Mitte des Grabens oder Raines ist für die eigentliche Grenzlinie zu achten (§ 366). Grenzpfähle, Bäume und Steine müssen durch oberhalb des Bodens eingehauene oder untergelegte unverwesliche Merkmale bezeichnet werden (§ 367). Ein Hügel hat die Eigenschaft eines Grenzhügels nur, wenn unter ihm sich dergleichen Merkmale finden oder wenn seine Bestimmung zu einem Grenzzeichen aus anderen Umständen deutlich zu entnehmen ist (§ 368). Wege, Fußstege und Bäche, die ihre Lage leicht verändern, sollen zur Bezeichnung der Grenzen in der Regel nicht angenommen werden (§ 369). Wo die Bezeichnung der Grenzen nicht durch Raine oder Gräben, sondern durch Steine, Pfähle oder Hügel

geschieht, müssen diese Grenzzeichen so angelegt werden, daß der Grenzzug durch eine gerade Linie von einem zum anderen bestimmt wird (§ 370).

Von den Ausführungsgesetzen z. BGB. enthält nur das Großherzogl. hessische über die Art der Abmarkung eine Bestimmung. Nach Art. 90 ist die Abmarkung durch Aussteinung, und zwar durch die Feldgeschworenen zu bewirken. In Schwarzburg-Sondershausen bleibt das G. vom 21. September 1869 maßgebend (AG. z. BGB. Art. 30).

Sehr zweckmäßig wird es sein, um das Anerkenntnis der Grenzzeichen als solcher festzulegen, ein Protokoll durch Urkundspersonen aufnehmen zu lassen. In Preußen sind dafür nach Art. 31 Abs. 1 Satz 2 PGFG. die Amtsgerichte und die Notare zuständig.

4. Der Anspruch auf Abmarkung unterliegt nicht der Verjährung (§ 924 BGB.).

5. Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt. Beruht die Verrückung ꝛc. auf dem Verschulden eines Beteiligten, so ist dies bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen (Mot. III S. 268). Betrifft das Abmarkungsverfahren eine größere Zahl von Grundstücken, so hat jeder beteiligte Grundeigentümer nur die Hälfte der auf die Abmarkung seiner Grenze entfallenden Kosten zu tragen (Prot. III S. 126). Hat ein Beteiligter die ganzen Kosten bezahlt, so unterliegt sein Erstattungsanspruch der Verjährung (Planck Nr. 8 zu § 919).

§ 920.

Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend. Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen.

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht.

1. § 920 behandelt den Fall der Grenzverwirrung und seine Lösung. Er setzt im Gegensatze zu § 919 voraus, daß Streit über die Grenze besteht. In erster Reihe muß versucht werden, die richtige Grenze zu ermitteln. Erweist sich dies als unmöglich, so entscheidet der Besitzstand. Damit wird eine Vermutung aufgestellt, daß das Eigentum sich bis zur Besitzgrenze erstrecke. Darüber, wie die Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzstandes zu widerlegen ist, entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Ist der gegenwärtige Besitz durch verbotene Eigenmacht, also fehlerhaft erlangt (§ 858), so ist die Vermutung widerlegt und der frühere Besitzstand maßgebend. Der aus dem Besitze Verdrängte braucht nicht die Klage auf Wiedererlangung des Besitzes (§ 861) anzustellen, um die vorteilhafte Beweislage des § 920 Abs. 2 zu erlangen, sondern der possessorische Anspruch gilt in Ansehung der Vermutung als Aquivalent des gegenwärtigen Besitzes (Mot. III S. 271). Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so wird, ohne Rücksicht auf die Größe der Grundstücke, die streitige Fläche in zwei gleich große Stücke zerlegt, von denen je eines jedem der beiden beteiligten Grundstücke zugewiesen wird. Führt aber eine diesen Grundsätzen entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, so ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht. Steht z. B. fest, daß das eine Grundstück 100, das andere 200 Ar groß ist, so kann die Bestimmung weder nach dem Besitzstande, noch durch Halbierung des Streitstücks erfolgen, sondern die Bestimmung muß so erfolgen daß jeder Nachbar ein Grundstück von dem ihm unzweifelhaft zustehenden Flächeninhalt erhält. Der Besitzstand ist also erst in zweiter Linie maßgebend und die Teilung in zwei gleich große Stücke greift erst in letzter

Linie Platz (Prot. III S. 126). Über den Antrag hinaus kann auch im Falle des § 920 Abs. 1 Satz 2 nicht erkannt werden (ZPO. § 308; Biermann Nr. 1 zu § 920), und zwar auch dann nicht, wenn die frühere Grenze nicht ermittelt werden kann.

2. Im Falle des § 920 ist nicht das Eigentum an einem bestimmten selbständigen Grundstücke streitig, sondern der Streit betrifft den Lauf der Grenze zwischen Nachbargrundstücken. Das BGB. geht davon aus, daß die Grenze zwar subjektiv ungewiß sein kann, aber objektiv gewiß bleibt und daß der Richter trotz dem subjektiven Dunkel die Grenze objektiv richtig feststellt. Für die Lösung des Streites sind die Vorschriften über die Eigentumsklage nicht maßgebend. Da hier im Sinne des Gesetzes eine Änderung in dem Bestande des Grundstücks nicht eintritt, ist die zwischen den Eigentümern der beiden Nachbargrundstücke getroffene richterliche Entscheidung auch für die Hypothekengläubiger, nicht auch für den Nießbraucher und andere Realberechtigte, maßgebend und es bedarf nicht etwa ihrer Zuziehung zu dem Rechtsstreite. Das Urteil hat nur deklaratorische Wirkung (a. M. Biermann Nr. 5 zu § 920; wie hier Planck Nr. 4 a zu § 920 u. Gierke SR. S. 442). Übrigens aber sind die Vorschriften des § 920 so gefaßt, daß sie in allen Fällen zur Anwendung kommen, in denen ein Realberechtigter die räumliche Erstreckung seines Rechtes geltend macht und nicht nur die Grenze streitig ist, sondern eine Grenzverwirrung vorliegt (Mot. III S. 273). Die Klage steht nicht nur dem Eigentümer und dem einzelnen Miteigentümer (§ 1011), dem Erbbauberechtigten und den nach Art. 63, 68 EG. z. BGB. Berechtigten, sondern allen Realberechtigten, z. B. dem Nießbraucher, dem Dienstbarkeitsberechtigten ꝛc. zu (Dernburg SR. § 87 Nr. I, Planck Nr. 3 zu § 920; a. M. Biermann Nr. 5 zu § 920, Höniger S. 95 u. Gierke SR. S. 442). Folgerecht muß die Klage außer gegen den Eigentümer auch gegen andere Realberechtigte zugelassen werden (Planck das.), doch können Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldgläubiger als Beklagte wohl kaum in Betracht kommen.

Auf Grund des rechtskräftigen Urteils kann der Eigentümer, der geklagt hatte, die Berichtigung des Grundbuchs erlangen (GBO. § 22). Der Zustimmung der Realberechtigten bedarf es nicht.

3. Für die Klage ist nach § 24 Abs. 1 ZPO. das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

4. Der Anspruch aus § 920 BGB. unterliegt nicht der Verjährung (§ 924).

§ 921.

Werden zwei Grundstücke durch einen Zwischenraum, Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vorteile beider Grundstücke dient, voneinander geschieden, so wird vermutet, daß die Eigentümer der Grundstücke zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien, sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört.

§ 922.

Sind die Nachbarn zur Benutzung einer der im § 921 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann jeder sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird. Die Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen. Solange einer der Nachbarn an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, darf sie nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden. Im übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft.

Literatur: Wolff. Die Grenzanlagen im Recht 1900 S. 447, Meißner Nachbarrecht § 6, Geiershöfer. Die Grenzmauer, insbesondere der Grenzmauervertrag, im Recht 1905 S. 401.

1. „Das BGB. geht von dem Prinzip aus, daß jedes Grundstück gegen das Nachbargrundstück eine geometrische Grenze haben muß und daß diese Grenze objektiv stets gewiß und in den Fällen subjektiver Ungewißheit stets auffindbar ist. Mit der strengen Durchführung dieses Prinzips ist der Weg, den die modernen Gesetzgebungen zum Zwecke der Erhaltung der Grenzanlagen einschlagen, unvereinbar. Diese suchen nämlich mit der Annahme eines Miteigentums und mit einer aus diesem Gesichtspunkte sich ergebenden Regelung des gegenseitigen Verhältnisses zu helfen (PALR. I 8 §§ 149 ff.; code civ. Art. 653, 666, 670). Für ein solches Miteigentum fehlt es aber an einem Gegenstande; denn ein drittes Grundstück außer den beiden Nachbargrundstücken gibt es nicht . . . Wollte man in der Grenzanlage ein selbständiges, von den beiderseitigen Grenzen der Nachbargrundstücke eingeschlossenes Grundstück erblicken, so müßte dieses Grundstück und das Recht an ihm gebucht oder es müßte von der Regel der Buchung eine Ausnahme gemacht werden. Außerdem müßten die angenommenen Miteigentumsrechte, entsprechend dem Zwecke ihrer Annahme als anomale Miteigentumsrechte gedacht werden, die als subjektiv-dingliche Rechte mit dem Eigentume der Nachbargrundstücke verbunden sind. Alle diese Konsequenzen weist das BGB. ab" (Mot. III S. 274) und es handelt sich nach ihm lediglich um gegenseitige Beschränkungen der sich aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 903, 905 ergebenden Rechte der Eigentümer benachbarter Grundstücke (vgl. RG. Gruch. 45 S. 1018). Miteigentum nach Bruchteilen ist ausgeschlossen (RG. E. 53 S. 311). Die Eigentumsfrage wird vom BGB. nicht entschieden, sondern nur eine Vermutung für die Berechtigung zur gemeinschaftlichen Benutzung aufgestellt. Die Beschränkungen werden in das Grundbuch nicht eingetragen. Sie beruhen auf Gesetz und enthalten eine Einschränkung des Eigentumsbegriffs. Die Realgläubiger der in Betracht kommenden Grundstücke können die gemeinschaftliche Benutzung nicht hindern, wohl aber werden sie für befugt zu erachten sein, die Vermutung aus § 921 durch den Nachweis zu widerlegen, daß die Fläche zu dem einen oder dem anderen Nachbargrundstücke gehört. Wird dieser Nachweis geführt, dann fehlt es an der Voraussetzung des § 921, daß die Fläche von der Grenze zwischen den beiden Nachbargrundstücken durchschnitten wird. Selbstverständlich steht dieser Nachweis auch den Eigentümern der Nachbargrundstücke frei.

2. Die Benutzung ist eine gemeinschaftliche. Es bestehen nicht etwa zwei parallel laufende Benutzungsrechte der angrenzenden Eigentümer (Prot. III S. 130). Der Inhalt des Benutzungsrechts wird durch den Zweck der Einrichtung bestimmt, der sich aus ihren objektiven Merkmalen ergibt (Mot. III S. 276). Das Recht erstreckt sich auch auf die etwaigen Früchte der Einrichtung (§§ 922 Satz 4, 743 Abs. 2). Aus der Gemeinschaftlichkeit folgt, daß der eine Nachbar die Anlage nicht derart benutzen darf, daß das Mitbenutzungsrecht des anderen beeinträchtigt wird. Ob eine Beeinträchtigung vorliegt, ist nach Lage des Einzelfalles zu untersuchen. Die Höherführung der Mauer in ihrer ganzen Dicke kann eine Beeinträchtigung, braucht sie aber nicht zu enthalten. „Werden die Benutzungsrechte und die Unterhaltungslast durch dinglichen Vertrag in der gehörigen Form geordnet, so ist an die Stelle der gesetzlichen Regelung des nachbarlichen Verhältnisses die vertragsmäßige Regelung getreten und das Rechtsverhältnis fällt unter die Kategorien der Grunddienstbarkeiten" (Mot. III S. 277). Zur Wirkung gegen Dritte ist Eintragung erforderlich. Das gesetzliche Benutzungsrecht ist der Eintragung weder bedürftig, noch fähig.

3. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn die Einrichtung ihrer Beschaffenheit nach nicht zum Vorteile beider Grundstücke dient. Sie wird entkräftet, wenn äußere Merkmale darauf hinweisen, daß die Einrichtung dem einen der Nachbarn allein gehört. Damit ist die entgegengesetzte Entscheidung des Reichsgerichts (E. 24 S. 355) hinfällig geworden (Prot. III S. 130). Ob dergleichen Merkmale vorliegen, ist Sache der richterlichen Beurteilung im Einzelfalle. Beispiele, wie sie im PALR. I 8 §§ 121, 154, 159, 161, 188 und im code civ. Art. 654 aufgeführt sind, gibt das BGB., das sich überall der Kasuistik enthält, nicht. Die eben erwähnten landesgesetzlichen Bestimmungen sind durch das PAG. z.

BGB. Art. 89 Nr. 1 aufgehoben, sie können aber als Beweisanzeichen verwertet werden. Wird das Alleineigentum eines Nachbars erwiesen, so kann der andere Nachbar nicht Mitbenutzung verlangen, sondern, falls nicht etwa ein Dienstbarkeitsverhältnis vorliegt, nur auf Beseitigung der Einrichtung bestehen, soweit sie sich auf seinem Grundstücke befindet.

4. Im Falle des § 922 liegt eine nach den Vorschriften der §§ 741 ff. zu beurteilende Gemeinschaft vor. Die Abweichungen ergeben sich aus § 922 von selbst. Die Vorschriften des PALR. I 8 §§ 118, 119 über das Pflugwenderecht sind durch §§ 921, 922 BGB. ersetzt; dagegen bleibt nach Art. 124 EG. z. BGB. der § 133 PALR. I 8, wonach Back-, Brenn- oder Schmelz-Öfen und Feuerherde an Scheidewänden ohne Bewilligung des Nachbars nicht angelegt werden dürfen, in Kraft (vgl. PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b). Die §§ 134, 136 ALR. I 8 sind aufgehoben. Demnach können Schornsteine an der Mauer und Wandschränke in ihr von einem Nachbar nur eingerichtet werden, wenn der andere dadurch nicht beeinträchtigt wird. Das Benutzungsrecht steht naturgemäß nur den Eigentümern der Nachbargrundstücke zu, kann also von diesen nicht getrennt werden. Insoweit ist also die Anwendung des § 747 BGB. ausgeschlossen. Nach den aufrecht erhaltenen §§ 100 ff. PALR. I 8 darf der Anlieger einem Grenzgraben Wasser durch *künstliche* Leitungen nicht zuführen (vgl. S. 347), soweit der Nachbar dadurch geschädigt wird. Damit steht § 922 BGB. im Einklange (RG. Gruch. 47 S. 1066). Das *wild* ablaufende Wasser hat der Grenzgraben seiner Bestimmung gemäß aufzunehmen und der Nachbar kann Ansprüche darauf, daß er dadurch Schaden leide, nach preuß. Rechte nicht gründen. — Bestand nach dem bisherigen preuß. Rechte unter den Nachbarn an einer Grenzmauer eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, so finden seit dem 1. Januar 1900 nach Art. 173, 181 Abs. 1 EG. z. BGB. die Vorschriften der §§ 921, 922 (nicht die der §§ 741 ff. BGB. über das Miteigentum nach Bruchteilen) Anwendung, da das BGB. ein solches Miteigentum bei einer dem Vorteile beider Nachbaren dienenden Scheidemauer nicht anerkennt, also nicht bestehen läßt (vgl. Anm. 1). Die Grenzmauer gehört den Nachbarn nicht mehr gemeinschaftlich, sondern die Eigentümer der Nachbargrundstücke sind zur Benutzung der Mauer gemeinschaftlich berechtigt, und jeder von ihnen kann sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird. Hat der eine Nachbar z. B. auf der Mauer in ihrer ganzen Dicke einen Aufbau errichtet, so kann der andere von ihm nicht mehr ohne weiteres dessen Zurückziehung bis auf die Mitte der Mauer verlangen (PALR. I 8 § 135; OTrib. E. 38 S. 49, Arch. 26 S. 193; RG. JMBl. 1888 S. 65), sondern es muß ermittelt werden, ob unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Aufbau der andere Nachbar in der Mitbenutzung der Mauer beeinträchtigt wird und ob die Beeinträchtigung so weit geht, daß der Aufbau bis zur Mitte der Mauer zurücktreten muß (RG. E. 53 S. 307, gegen Biermann SR. S. 120 Anm.).

5. *Die Unterhaltungskosten* fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Ein Antrag, die Berücksichtigung der besonderen Benutzungsart, entsprechend den §§ 748, 742, durch Einschiebung der Worte „im Zweifel" zu ermöglichen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt, weil Änderungen in der Benutzungsart häufig vorkommen könnten und die Frage, welche Umstände geeignet seien, Zweifel an der gleichmäßigen Beteiligung der Nachbarn zu begründen, die Quelle von Streitigkeiten werden könnte. Gegen die unbillige Verteilung solcher Kosten, die nur durch die Benutzung *eines* Nachbars entstanden seien, werde sich die Praxis durch eine strenge Auslegung des Begriffs der Unterhaltungskosten zu helfen wissen. (Prot. III S. 132.) Die auf die Verteilung der Unterhaltungskosten bezüglichen Bestimmungen des PALR. I 8 §§ 157—159, 168 sind durch das PAG. z. BGB. Art. 89 1 b aufgehoben.

6. *Die Art der Beendigung des Rechtsverhältnisses* ist durch seine Voraussetzung, das Bestehen der Grenzeinrichtung gegeben. Durch die Bestimmung des § 922 Satz 3 wird der Aufhebung des Benutzungsrechts eines Nachbars durch eine einseitige widerrechtliche Handlung des anderen Nachbars vorgebeugt. Der sich in dem verletzten

Eigentume gründende und mit der negatorischen Klage zu verfolgende Restitutionsanspruch erneuert die tatsächlichen Voraussetzungen für den Fortbestand des nachbarlichen Benutzungsrechts." (Mot. III S. 277.) Aus § 922 Satz 3 ergibt sich aber auch ferner, daß kein Nachbar während des Bestehens der Einrichtung Aufhebung der Gemeinschaft (§§ 749 ff.) verlangen kann. Hat keiner der Nachbarn mehr ein Interesse an der Einrichtung, so kann jeder von ihnen die Beseitigung fordern. Durch Vertrag kann die Gemeinschaft aufgelöst werden.

7. Da das BGB. grundsätzlich nur die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse regelt, in die öffentlich rechtlichen Verhältnisse, die durch die Landesgesetze geordnet sind, einzugreifen aber nicht bestimmt ist, so stehen die landesgesetzlichen Rechtsnormen, die auf Gesetz, Verordnung, Verfügung einer zuständigen Behörde (EG. z. BGB. Art. 2) beruhen, soweit sie dem öffentlichen Rechte angehören, auch gegenüber den Vorschriften des BGB. in Kraft und haben Geltung für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten untereinander. In Preußen kommen namentlich Vorschriften der Baupolizeiordnungen in Betracht, welche in Abweichung von den §§ 921, 922 BGB. bestimmen, daß Gebäude, die auf verschiedenen Grundstücken an der gemeinsamen Grenze nebeneinander stehen, je eine Brandmauer erhalten müssen, und daß gemeinschaftliche Scheidewände unzulässig sind. Nach ihnen sind die Rechtsverhältnisse in Ansehung einer Scheidemauer, zu deren Benutzung die Nachbarn gemeinschaftlich berechtigt sind, in erster Linie zu beurteilen. (RG. V 326. 04).

8. Der code civ. hat in den Art. 653—663, 665—670 besondere Bestimmungen über Scheidemauern und andere Grenzanlagen (Hecken, Gräben ꝛc.). Diese Bestimmungen sind auf Grund des Art. 124 EG. z. BGB. durch das PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 2 aufgehoben, doch sind die Art. 658—660 durch andere Sondervorschriften ersetzt. Es bestimmt nämlich Art. 23 PAG. z. BGB.:

§ 1. Werden im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes zwei Grundstücke durch eine Mauer geschieden, zu deren Benutzung die Eigentümer der Grundstücke gemeinschaftlich berechtigt sind, so kann der Eigentümer des einen Grundstücks dem Eigentümer des anderen Grundstücks nicht verbieten, die Mauer ihrer ganzen Dicke nach zu erhöhen, wenn ihm nachgewiesen wird, daß durch die Erhöhung die Mauer nicht gefährdet wird.

Der sich aus der Vorschrift des Abs. 1 ergebende Anspruch unterliegt nicht der Verjährung.

§ 2. Der Eigentümer des Grundstücks, von dem aus die Erhöhung erfolgt ist, kann dem Eigentümer des anderen Grundstücks die Benutzung des Aufbaues verbieten, bis ihm für die Hälfte oder, wenn nur ein Teil des Aufbaues benutzt werden soll, für den entsprechenden Teil der Baukosten Ersatz geleistet wird. Solange das Verbietungsrecht besteht, hat der Berechtigte den Mehraufwand zu tragen, den die Unterhaltung der Mauer infolge der Erhöhung verursacht.

Das Verbietungsrecht erlischt durch Einigung der Eigentümer.

§ 3. Wird die Mauer zum Zwecke der Erhöhung verstärkt, so ist die Verstärkung auf dem Grundstück anzubringen, dessen Eigentümer die Erhöhung unternimmt. Der von dem Eigentümer des anderen Grundstücks nach § 2 zu ersetzende Betrag der gesamten Baukosten erhöht sich um den entsprechenden Teil des Wertes der zu der Verstärkung verwendeten Grundfläche. Verlangt der Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Verstärkung angebracht worden ist, die Ersatzleistung, so ist er verpflichtet, dem Eigentümer des anderen Grundstücks das Eigentum an der zu der Mauer verwendeten Grundfläche seines Grundstücks so weit zu übertragen, daß die neue Grenzlinie durch die Mitte der verstärkten Mauer geht; die Vorschriften über den Kauf finden Anwendung.

a. Diese Bestimmungen stehen mit den Grundsätzen des BGB. nicht überall im Einklange. Nach §§ 921, 922 würde die Erhöhung, da sie über den Begriff der Benutzung hinausgeht, ohne Zustimmung des Nachbars nicht zulässig sein, die mit solcher Zustimmung

in ganzer Dicke erhöhte Mauer aber von dem Nachbar, soweit sie auf seinem Grund und Boden steht, ohne Entschädigung des Bauenden in Benutzung genommen werden.

b. Ferner enthält § 2 Abs. 2 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß ein Verzicht auf nachbarrechtliche Befugnisse mit Wirkung gegen jeden späteren Eigentümer des Grundstücks, zu dessen Gunsten die Befugnis besteht, nur im Wege der Bestellung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit erfolgen kann (BGB. § 1018). Da das hier in Frage stehende dingliche Verbietungsrecht im wesentlichen nur den Zweck hat, den Ersatz von Baukosten herbeizuführen, ist eine formlose Einigung zum Erlöschen des Rechtes für genügend erachtet.

c. Auch nach Art. 23 haben die Nachbarn kein Miteigentum an der Scheidemauer, sondern nur ein gemeinschaftliches Recht auf Benutzung. Abweichend vom Art 659 code civ. gestattet Art. 23 kein einseitiges Abreißen und Wiederaufbauen der Mauer oder eines Teiles. Das Recht, die Mauer ihrer ganzen Dicke nach zu erhöhen (Art. 23 § 1), bemißt sich demgemäß nach der Dicke der Oberkante der Mauer, so daß eine Befugnis zum Höherbauen einer sich nach oben verjüngenden Scheidemauer in den ganzen über dem unteren, dickeren Teile befindlichen Luftraum hinein nicht besteht (RG. Rhein. A. 97 II S. 135).

d. Art. 23 findet gemäß Art. 181 Abs. 1 EG. z. BGB. auch auf das Rechtsverhältnis an den schon bestehenden Scheidemauern Anwendung (KommBer. d. AbgH. zu Art. 22 Entw.). Hat jemand vor dem 1. Januar 1900 mit seinen Mitteln im stillschweigenden Einverständnisse mit dem Nachbar eine Giebelmauer je zur Hälfte auf seinem und dem Grundstücke des Nachbars errichtet, so ist der Nachbar mit dem 1. Januar 1900 Eigentümer der auf seinem Grundstücke stehenden Hälfte geworden, jedoch mit der dinglichen Beschränkung, daß er das Recht der Benutzung der Mauer nur gegen Zahlung der Hälfte der Errichtungskosten erwirbt (Köln Rhein A. 101 I S. 222).

e. Völlig beseitigt sind für die Zukunft die auffallenden Bestimmungen der Art. 661, 663 code civ., die dem Eigentümer das Recht gaben, seinen Nachbar zur Errichtung einer gemeinschaftlichen Scheidemauer zu zwingen oder, falls der Nachbar auf seinem Grundstücke schon eine Mauer errichtet hat, diese Mauer durch Ersatz der Hälfte des Wertes der Mauer und des Grund und Bodens zu einer gemeinschaftlichen zu machen. Eine Übergangsbestimmung enthält Art. 24 PAG. z. BGB.:

„Hat im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes der Eigentümer eines Grundstücks vor dem Inkrafttreten des BGB. auf Grund des Art. 663 des rheinischen BGB. von seinem Nachbar verlangt, daß er zur Errichtung einer Scheidemauer beitrage, so bleiben für das Recht und die Pflicht zur Errichtung der Mauer die bisherigen Vorschriften maßgebend."

f. Das Recht des Nachbars auf Mitbenutzung einer von dem anderen Nachbar errichteten Scheidemauer und die diesem Rechte entsprechende Verpflichtung zum Ersatz eines verhältnismäßigen Teiles der Baukosten kann nicht durch Eintragung auf die Grundstücke dieses Nachbars sichergestellt werden (KG. Z. f. d. Not. 1901 S. 42 u. Bemerk. dazu S. 44). Hat der Nachbar die Scheidemauer vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet, so hat er den Anspruch auf Erstattung der Hälfte der Baukosten auch dann, wenn die Mitbenutzung der Mauer erst nach jenem Zeitpunkt stattgefunden hat (Köln. Rhein. A. 101 I S. 3).

g. Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit ist zulässig, die den Zweck verfolgt, im Falle der Bebauung von Parzellen einen den Bestimmungen des ehemaligen rheinischen Rechtes über die gemeinschaftlichen Mauern entsprechenden Zustand zu schaffen und das sich hieraus ergebende Rechtsverhältnis der Nachbarn den diesbezüglichen Grundsätzen des code civil (Art. 653 ff.) zu unterstellen, ohne daß es einer Abschreibung der speziell zu belastenden Grundstücksteile bedarf. Es genügt aber nicht die Bezugnahme auf das frühere rheinische Recht zur Bezeichnung des Inhalts der Dienstbarkeit, vielmehr muß grundsätzlich das Recht mit seinem gesamten gewollten Inhalt eingetragen werden, sofern nicht auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird und diese alsdann ohne weitere Bezug-

nahme den gesamten Rechtsinhalt enthält. Nur eine Dienstbarkeit, die nach dem geltenden Rechte einen bestimmten Namen und einen feststehenden Inhalt hat (z. B. Nießbrauch), kann lediglich mit ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden. (RGZ. 26 S. A 271.)

9. Die §§ 921, 922 finden auch auf die vor dem 1. Januar 1900 errichteten Grenzanlagen Anwendung (RG. E. 53 S. 307).

§ 923.

Steht auf der Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen.

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum. Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann.

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch.

I. „Aus dem Begriffe der Grenze ergibt sich, daß diese, indem sie die festen kohärierenden Bestandteile der Grundstücke, Erdboden, Gestein, Gebäude, durchschneidet, die auf beiden Seiten der Grenze liegenden Stücke dem einen oder dem anderen Grundstücke zuteilt, daß also die Eigentümer der so zugeteilten Stücke trennungsberechtigt sind. Werden die von der Grenze durchschnittenen festen Bestandteile vom Boden getrennt und mobilisiert, so hat auch in diesem Falle die Tatsache der Trennung auf die bestehenden Rechtsverhältnisse der Regel nach keinen Einfluß. Nur die notwendige Konsequenz tritt ein, daß das herausgenommene Stück fortan den Grundsätzen des Mobilienrechts unterliegt. Die Grundsätze lassen aber ein Recht pro diviso an dem räumlich abgegrenzten Stücke einer noch zusammenhängenden beweglichen Sache nicht zu, weil und soweit ein Sonderbesitz tatsächlich nicht möglich ist. Ihr Recht behalten beide Nachbarn, und zwar bleibt für ihre gegenseitigen Rechte der vormalige Grenzschnitt maßgebend. Auf diese Weise kommt eine Rechtskollision heraus, die nur durch Anwendung der Gemeinschaftsgrundsätze gelöst werden kann. Der einem jeden Teile zuzuwendende Bruchteil hat der früheren räumlichen Erstreckung des mobilisierten Bodenbestandteils über die Grenze zu entsprechen. Das BGB. setzt die Richtigkeit dieser Konsequenzen voraus. Sie im Gesetze auszudrücken, ist, mit den neueren Gesetzgebungen, nicht für erforderlich gehalten." (Mot. III S. 277.)

Aus diesen unzweifelhaft richtigen Sätzen ergibt sich folgendes. Vor der Trennung kann nach dem Grundsatze des § 94 BGB. ein gesondertes Recht an den von der Grenze durchschnittenen festen wesentlichen Bestandteilen, insbesondere ein Miteigentum (anders nach PrALR. I 9 § 286 und nach sächs. GB. § 361) nicht bestehen; sondern es besteht ein Eigentum pro diviso. Jeder der beiden Eigentümer kann den Bestandteil bis zur Grenze zerstören. Den Hypothekengläubigern haftet der Bestandteil nur so weit, als er innerhalb der Grenze des ihnen verpfändeten Grundstücks steht oder liegt. Wird die Verbindung mit dem Boden gelöst, so ist zu unterscheiden, ob der Bestandteil durch die Trennung in verschiedene selbständige Teile zerfällt oder ob er unzerteilt bleibt. In jenem Falle gehören die selbständigen Teile, z. B. die Ziegel eines abgebrochenen Gebäudes jedem der beiden Eigentümer so weit, als sie sich vor der Trennung innerhalb der Grenzen seines Grundstücks befanden. Im anderen Falle entsteht ein Miteigentum an dem mobilisierten Bestandteile nach Bruchteilen, die der früheren räumlichen Erstreckung des Bestandteils vor der Trennung entsprechen. Dieselben Grundsätze sind maßgebend für den Fall, daß einer der Teile, in die der Bestandteil durch die Trennung zerfallen ist, in der Grenzlinie lag und von ihr durchschnitten wurde. Nach denselben Grundsätzen ist auch die Frage zu entscheiden, inwieweit ein solcher von der Grenze durchschnittener Bestandteil

den Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubigern des einen oder des anderen Grundstücks haftet.

Von diesem regelmäßigen Ergebnisse macht § 923 eine Ausnahme für den Grenzbaum und Grenzstrauch. „Ein Grenzbaum liegt nur vor, wenn die Grenze den Baum da durchschneidet, wo er aus der Erde heraustritt. Das BGB. redet deshalb von einem Baume, der auf der Grenze steht." (Mot. III S. 278.) Die Abweichungen von der Regel sind folgende:

1. Keiner der Nachbarn darf den auf seiner Seite stehenden Teil des Baumes zerstören, weil bei der organischen Natur des Baumes die Zerstörung auf der einen Seite den Verderb des Baumes auch auf der anderen Seite herbeiführt. Jeder Nachbar ist in der tatsächlichen Verfügung über den Baum beschränkt; er darf nur in Gemeinschaft mit dem anderen Nachbar verfügen (Mot. III S. 278).

2. Da diese Gemeinschaft nicht von einem dauernden Zwecke getragen wird, falls der Baum nicht als Grenzzeichen dient, so kann jeder der Nachbarn die Beseitigung des Baumes verlangen (§ 923 Abs. 2 Satz 1). Mangels gütlicher Einigung muß auf Beseitigung geklagt werden.

3. Mit der gänzlichen oder teilweisen (gleichviel auf welche Weise erfolgten) Trennung des Baumes entsteht zwar auch Miteigentum nach Bruchteilen, aber für das Anteilsverhältnis ist nicht die Erstreckung des Baumes in das eine und in das andere Gebiet entscheidend, sondern der Baum gebührt den Nachbarn zu gleichen Teilen (Prot. III S. 132). Für die Teilung sind die §§ 752 ff. maßgebend.

4. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat die Kosten der Beseitigung allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht am Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum. Abgesehen von diesem Falle hat jeder Nachbar die Hälfte der Kosten zu tragen.

5. Besteht ein Nießbrauch am Grundstücke, so ist, da der Baum eine Frucht ist, nur der Nießbraucher zur Trennung und zur Verfügung über die getrennten Stücke des Baumes, welche sein Eigentum werden, befugt (Mot. III S. 279).

6. Im Falle der Anm. 4 scheidet der Baum mit der Trennung aus der hypothekarischen Haftung des Grundstücks aus, dessen Eigentümer auf sein Recht am Baume verzichtet hat. In allen anderen Fällen haftet er den Hypothekengläubigern der beiden Grundstücke je zur Hälfte.

7. Der Anspruch auf Beseitigung eines Grenzbaums ist nur dann nicht begründet, wenn eine andere Art der Grenzfeststellung sich nicht ermöglichen läßt, was z. B. hinsichtlich der sog. Kopfweiden in gewissen der Überschwemmung ausgesetzten Gebieten der Fall ist (Prot. III S. 133). Die Eigenschaft als Grenzbaum hat der in Anspruch Genommene, die Möglichkeit des Ersatzes durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen hat der den Anspruch Erhebende zu beweisen (Planck Nr. 5 zu § 923).

II. Auch die Früchte eines auf der Grenze stehenden Baumes oder Strauches weist § 923 den Nachbarn zu gleichen Teilen zu. Nach demselben Verhältnisse haben andere Bezugsberechtigte (§§ 954 ff.) auf die Früchte Anspruch. Nach § 99 Abs. 1 ist der ganze Baum als Erzeugnis die Frucht, an deren Hervorbringung beide Nachbargrundstücke beteiligt sind. Wenn § 923 Abs. 1 von den Früchten des Baumes redet, so ist der Ausdruck „Früchte" nicht im Sinne jener Gesetzesvorschrift zu verstehen. „In Ansehung der Baumfrüchte wird bestimmt, daß dasselbe, was im Falle der gänzlichen Trennung des Baumes gilt, auch im Falle der teilweisen Trennung, d. h. der Trennung der Früchte, gelten soll". (Mot. III S. 279.) Den Hypothekengläubigern der beiden Grundstücke haften die Früchte des Baumes je zur Hälfte nach den Vorschriften der §§ 1120 ff.

III. Unberührt bleiben nach dem EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften:

1. die die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze stehenden Obstbäume abweichend von § 923 Abs. 2 BGB. bestimmen (Art. 122);

2. nach denen Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen (Art. 124);

3. die zugunsten eines Grundstücks, das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mit Wald bestanden ist, die Rechte des Eigentümers eines Nachbargrundstücks in Ansehung der auf der Grenze stehenden Bäume und Sträucher abweichend von § 923 Abs. 2, 3 BGB. bestimmen. Doch bleiben diese landesgesetzlichen Vorschriften nur bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft (Art. 183).

Preußen hat von diesen Vorbehalten keinen Gebrauch gemacht.

IV. Der Anspruch auf Beseitigung (§ 923 Abs. 2) unterliegt nicht der Verjährung (§ 924).

§ 924.

Die Ansprüche, die sich aus den §§ 907 bis 909, 915, dem § 917 Abs. 1, dem § 918 Abs. 2, den §§ 919, 920 und dem § 923 Abs. 2 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung.

1. Die Ausschließung der Verjährung in den Fällen der §§ 919, 920 ist in den Mot. III S. 273 damit gerechtfertigt, daß es sich um absolute, auf Herstellung eines Zustandes gerichtete Rechte handelt und daß die Herstellung dieses Zustandes nicht bloß durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern durch ein öffentliches Interesse verlangt wird. Es ist auch auf die ähnliche Bestimmung des PALR. I 17 § 373 hingewiesen (vgl. Prot. III S. 128). Dieselben Gründe treffen für die Ausschließung der Verjährung im Falle des § 923 Abs. 2 zu.

2. In der 2. Komm. bestand Einigkeit darüber, daß im Falle des § 916 die Verjährung nicht Platz greife, weil es sich nicht um einen der Verjährung unterliegenden Anspruch, sondern um ein Recht handle (Prot. VI S. 231).

Zweiter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

A. Übersicht.

I. Das BGB. behandelt in diesem Titel den Erwerb des Eigentums an Grundstücken nur, soweit er sich durch Rechtsgeschäft, durch Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren und durch Aneignung (§§ 927, 928) vollzieht. In allen diesen Fällen ist Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zum Erwerb erforderlich (vgl. § 873). Im Falle der Tabularersitzung (§ 900) bedarf es nicht der nochmaligen Eintragung des Eigentümers. Nach dem PEigG. v. 1872 §§ 1, 5 und den diesem nachgebildeten Gesetzen ist der Eigentumserwerb nur für den Fall der freiwilligen Veräußerung an die Eintragung geknüpft. Andere Landesgesetze haben die Eintragung zur allgemeinen Erwerbungsart erhoben, indem sie aus dem Grundbuchsysteme die Regel herleiten, daß Eigentum an einem Grundstücke nur durch Eintragung erworben werden könne. Das BGB. schlägt einen Mittelweg ein. Es ist dabei erwogen, daß zwar die Verallgemeinerung des Eintragungsprinzips eine gewisse Vereinfachung des Gesetzes zur Folge haben und die Fälle eines Widerspruchs zwischen dem Grundbuch und der wirklichen Rechtslage vermindern würde, daß aber die Verallgemeinerung keine notwendige Folge des Grundbuchsystems, sondern daß das Erfordernis der Eintragung positiver Natur und daher für die Eigentumserwerbung nur insoweit gerechtfertigt sei, als seine Zweckmäßigkeit für die einzelnen Erwerbsarten dar-

getan werden könne. Eine allgemeine Regel lasse sich um so weniger aufstellen, als das BGB. sich nicht über alle Arten des Grundeigentumserwerbs verhalte. (Mot. III S. 299, 300.)

Im BGB. werden außer den schon hervorgehobenen Fällen nur noch geregelt der Erwerb des Eigentums an Grundstücken durch die allgemeine Gütergemeinschaft, durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft und während der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1438 Abs. 2, 1485 Abs. 3, 1519 Abs. 2), sowie durch Erbschaft (§ 1922). Für diese Erwerbsarten ist Auflassung und Eintragung nicht erforderlich.

Die Motive (IV S. 336) bemerken, daß die Bestimmung BGB. § 1438 Abs. 2, wonach die einzelnen Gegenstände der Gütergemeinschaft gemeinschaftlich werden, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf, eine Durchbrechung der Prinzipien des Grundbuchrechts (BGB. §§ 873, 925) enthalte, da es sich bei der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft um einen durch Rechtsgeschäft vermittelten Vermögensübergang handelt, und daß sie die Zahl der Fälle, in denen der Inhalt des Grundbuchs der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, erheblich vermehren werde. Dem gegenüber falle aber entscheidend ins Gewicht, daß ohne das Prinzip des BGB. eine gedeihliche Entwickelung der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft in den Gebieten, wo sie gegenwärtig den gesetzlichen Güterstand bildet, nicht zu erwarten, sondern zu besorgen sei, daß Jahre verstreichen könnten, ehe in Ansehung der wichtigsten zu dem Vermögen der Ehegatten gehörenden Gegenstände eine wirkliche Gütergemeinschaft eintritt. Der Eigentumserwerb vermittelt sich also im Falle des § 1438 durch Eingehung der gütergemeinschaftlichen Ehe oder durch Erwerb während der Ehe. Grundstücke, die ein Ehegatte bei der Verheiratung besitzt oder während der Ehe erwirbt, werden gemeinschaftliches Eigentum. Ebenso die Grundstücke, die ein Ehegatte während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt (BGB. § 1519). Ist der Erwerb des anderen Ehegatten auch von der Eintragung nicht abhängig, so sieht das BGB. doch für erstrebenswert an, daß die Eintragung erfolgt und so Übereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der wirklichen Rechtslage herbeigeführt wird. Daher ordnet es in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des § 894 auf den vorliegenden Fall in §§ 1438 Abs. 3, 1519 Abs. 2 an, daß jeder Ehegatte von dem anderen die Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann (Prot. IV S. 232). Diese Bestimmung weicht von der Bestimmung der PGBO. § 50 und des rhein. G. v. 12. April 1888 § 24 insofern ab, als nicht mehr der Antrag eines Ehegatten zur Berichtigung des Grundbuchs ausreicht, sondern beide Ehegatten dazu mitzuwirken haben (BGB. §§ 1438 Abs. 3, 1519 Abs. 2, 894; a. M. Predari S. 318; wie hier bayer. Dienstanw. v. 27. Februar 1905 § 264 Nr. 11). Selbstverständlich brauchen die Ehegatten nicht zu warten, bis das Grundbuch durch Eintragung nur eines von ihnen unrichtig geworden ist, sondern sie können den Antrag auf Eintragung des gütergemeinschaftlichen Verhältnisses mit Erfolg stellen, bevor der Ehegatte, der den Erwerb gemacht hat, als Eigentümer eingetragen ist (so jetzt auch Colmar im Recht 1903 S. 340); anderseits darf die beantragte Eintragung auf den Namen eines der Ehegatten nicht abgelehnt werden, weil Gütergemeinschaft bestehe (München RJA. 4 S. 110). Bei der Fahrnisgemeinschaft bedarf es einer Erklärung des erwerbenden Ehegatten im Sinne des § 19 GBO. darüber, ob ein von ihm erworbenes Grundstück als Gesamtgut in das Grundbuch eingetragen werden soll (KGJB. 27 S. A 253). Die Eintragung des Gütergemeinschafts- oder Errungenschaftsgemeinschaftsverhältnisses ist dringend anzuraten wegen der mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892) für den Nichteingetragenen verbundenen Gefahr, daß das Grundstück durch rechtsgeschäftliche Übertragung seitens des eingetragenen Ehegatten an einen gutgläubigen Dritten aus der Gütergemeinschaft ausscheidet oder zugunsten gutgläubiger Dritter mit Hypotheken ꝛc. belastet wird. Dem Grundbuchamte wird der Nachweis, daß zwischen Ehegatten ein vertragsmäßiges Güterrecht besteht, durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung des güterrechtlichen Verhältnisses im Güterrechtsregister geführt (GBO. § 34). Die näheren Bestimmungen über dieses Register sind im BGB. §§ 1558—1563 und in der Bekannt-

machung des Reichskanzlers v. 12. Nov. 1898 RZentraldl. S. 438, PJMBl. 1899 S. 299) enthalten. Auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft findet § 1438 Abs. 3 entsprechende Anwendung (§ 1485 Abs. 3). Jeder Gemeinschafter kann von den anderen Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann nur auf Grund des im BGB. § 1507 vorgesehenen Zeugnisses als nachgewiesen angenommen werden (GBO. § 36). Nach Art. 200 EG. z. BGB. bleiben für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend. In dem PAG. zum BGB. Art. 43—66 wird jedoch auch für solche Ehen für den Fall, daß die Ehegatten zur bezeichneten Zeit in Preußen ihren Wohnsitz haben, die Anwendung der Vorschriften des BGB. (mit bestimmten Maßgaben) vorgeschrieben (vgl. dazu Königl. V. v. 20. Dezember 1899, GS. S. 607). Wird die Gütergemeinschaft nach §§ 1468 ff. BGB. aufgehoben und bei der demnächst vorzunehmenden Auseinandersetzung (BGB. § 1470) dem einen Ehegatten ein Grundstück überwiesen, so ist *Auflassung und Eintragung erforderlich* (GBO. § 99; RG. E. 20 S. 256). Die Aufhebung der Gütergemeinschaft ist durch Vorlegung der mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Urteilsausfertigung nachzuweisen. Wenn im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling stirbt oder auf seinen Anteil am Gesamtgute verzichtet, so wächst sein Anteil den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen oder dem überlebenden Ehegatten an (BGB. §§ 1490, 1491). Der Auflassung bedarf es nicht. Lebt der verzichtende weibliche Abkömmling in gütergemeinschaftlicher Ehe, so bedarf der Verzicht der Genehmigung des Mannes (§§ 1487, 1491, 1359: München in Seuff. A. 59 S. 326).

Der Erbe wird nach §§ 1922, 1942, 2032 Abs. 1 BGB. mit dem Erbfalle, *der Nacherbe* nach § 2139 mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge Eigentümer der Nachlaßgrundstücke. Auflassung ist hier undenkbar, Eintragung nicht erforderlich. Daß aber der Erbe und der Nacherbe ihre Eintragung (auf bloßen Antrag) erlangen können, ist nicht zweifelhaft. Zu diesem Zwecke ist dem Grundbuchamte die Erbfolge durch einen Erbschein nachzuweisen (GBO. § 36). Eine andere Art des Nachweises *der gesetzlichen* Erbfolge ist nicht zulässig (Denkschr. z. GBO. S. 46). Beruht die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und das Protokoll über die Eröffnung der Verfügung (BGB. §§ 2260, 2273, 2300) vorgelegt werden; erachtet aber das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen (GBO. § 36 Abs. 1 Satz 2). Die Vorschriften über den Erbschein sind im BGB. §§ 2353 ff. enthalten. Dem Erbanfalle stehen die Fälle gleich, in denen dem Fiskus mit der Auflösung eines Vereins, mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit des Vereins, mit dem Erlöschen einer Stiftung deren Vermögen anfällt (§§ 45 ff., 88, 1936). Fällt das Vermögen einer anderen Person an, so findet Liquidation statt und es bedarf der Auflassung der zum Vermögen gehörenden Grundstücke (RGJB. 25 S. A 132, 288; a. M. Gierke SR. S. 456 Anm. 54).

Ein Zwang zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des durch die Eingehung einer Ehe oder durch Erbfolge vermittelten Eigentumsübergangs besteht nicht. Ebensowenig kann der Eigentümer ohne seine Zustimmung eingetragen werden (GBO. § 22 Abs. 2, vgl. jedoch PAG. z. GBO. Art. 14), wenn nicht ein anderer auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch beanspruchte, die ohne vorherige Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentümers nicht bewirkt werden kann (GBO. § 14). Der Regel nach (GBO. § 40 Abs. 1) setzt jede Eintragung gegen den Eigentümer voraus, daß dieser als solcher eingetragen ist; Ausnahmen enthalten für den Fall des durch Erbfolge vermittelten Eigentumsübergangs GBO. § 41 und ZVG. § 17. Nach der ersten Bestimmung können Erben, und zwar — abweichend von § 5 Abs. 1 Satz 2 PEigG. — auch Alleinerben die ererbten Grundstücke *veräußern* (auflassen), auch wenn sie nicht als Eigentümer eingetragen sind. Wegen der *Belastungsbefugnis* der Erben

bleibt es bei der Ordnungsvorschrift des § 40 GBO. Vgl. im Bd II die Anm. zu § 41 GBO. Nach ZVG. § 17 kann die Zwangsversteigerung angeordnet und der Versteigerungsvermerk eingetragen werden, wenn der Schuldner Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

Der Erwerb des Vermächtnisnehmers steht, da dieser nach BGB. § 2174 — abweichend vom PALR. I 12 § 288 und von der PGBO. § 53 — nur einen obligatorischen Anspruch auf Leistung gegen den Erben hat, unter den allgemeinen Regeln der §§ 873, 925 BGB., d. h. er vollzieht sich nur durch Auflassung und Eintragung und zwar auch dann, wenn der Vermächtnisnehmer zugleich Miterbe ist (München im Recht 1903 S. 340). Dasselbe gilt (wie nach dem bisherigen gemeinen Rechte; OLG. Kassel in Seuff. A. 47 S. 174) für den Erwerb des Erbschaftskäufers, der ebenfalls nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer auf Eigentumsübertragung hat (BGB. §§ 2371 ff., Mot. II S. 353 — Abweichung vom PALR. I 11 §§ 456, 471). (Vgl. Bd II Anm. B 7 zu § 20 GBO.) Kein Erbschaftskauf liegt vor, wenn bei der Nachlaßregulierung einem der Miterben der ganze Nachlaß zum Eigentum überwiesen wird. Es bedarf dann nicht der Auflassung (RG. RJA. 3 S. 262). Ein Miterbe kann zwar seinen Anteil am Nachlaßvermögen mit dinglicher Wirkung veräußern (BGB. § 2033 Abs. 1); dadurch erlangt aber der Erwerber keinen Anteil an den einzelnen zum Nachlasse gehörenden Sachen, z. B. an den Nachlaßgrundstücken, sondern er wird Eigentümer oder Miteigentümer eines Nachlaßgrundstücks nur durch Auflassung seitens aller Miterben (BGB. §§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1) und durch nachfolgende Eintragung (wie bisher; RG. JW. 1896 S. 138 Nr. 47, 48, 1897 S. 495 Nr. 113). Er kann aber verlangen, daß das Grundbuch dadurch berichtigt wird, daß er an Stelle des veräußernden Miterben eingetragen wird (RG. Rsp. 4 S. 189). Über den bei einer künftigen Nachlaßteilung auf ihn entfallenden Anteil kann er nur obligatorisch verfügen. Das dadurch begründete Recht auf eventuelle Auflassung kann nur mit Bewilligung aller Miterben vorgemerkt werden (Biermann SR. S. 122, Planck Nr. 4 zu § 1114, Fuchs 1 Nr. 3 b. aa zu § 1008). Beim Familienfideikommiß richtet sich die Nachfolge in das nutzbare Eigentum und beim Lehn die Folge nach den landesgesetzlichen Bestimmungen (EG. z. BGB. Art. 58, 59). In beiden Fällen ist nach preuß. Rechte der Übergang des Eigentums die unmittelbare Folge des Todes des Besitzvorfahren (ALR. II 4 § 206, I 18 § 506; RG. E. 4 S. 248). Es bedarf also weder der Auflassung seitens der Allodialerben, noch der Eintragung. Soll die Eintragung erfolgen, so ist das Nachfolgerecht durch eine Bescheinigung der Lehns- oder Fideikommißbehörde dem Grundbuchamte nachzuweisen (PAG. z. GBO. Art. 17, 18, 20). In Ermangelung einer Fideikommißbehörde erfolgt die Eintragung des Fideikommißfolgers auf Grund der Bescheinigung des Amtsgerichts, bei dem das Grundbuch über das Fideikommißgrundstück geführt wird, über die Berechtigung des Fideikommißfolgers (Art. 18 das.). Auf diese Bescheinigung finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung (Art. 16 Abs. 2, 19 das.). Weitere Einzelheiten in Anm. III zu § 925.

Ähnlich wie beim Vermächtnis ist die Rechtslage, wenn der Erblasser im Testamente einem seiner mehreren Erben ein Grundstück überweist. Eine solche Teilungsanordnung hat nicht dingliche Wirkung (BGB. §§ 2048, 2049), entzieht das Grundstück nicht der Erbengemeinschaft, sondern begründet lediglich einen persönlichen Anspruch des übernahmeberechtigten Erben gegen seine Miterben. Das Eigentum erlangt der Erbe nur durch Auflassung seitens der Miterben; denn, wie nach früherem preuß. Rechte (RG. E. 9 S. 272), ist auch jetzt, wenn sich das Gesamteigentum der Erben in Alleineigentum eines Miterben an einem Grundstück umsetzen soll, die Auflassung die gebotene Übertragungsform (RGJW. 22 S. A 301, Bd 28 S. A 126, RJA. 3 S. 102; RG. E. 52 S. 174).

Auch bei Stamm-, Meier-, Erbzins- und Erbleihegütern sowie sonstigen Gütern, an denen ein Obereigentum besteht, bei Erbpachtgütern, sowie bei den nach dem Großherzogl. hess. G. v. 11. September 1858 errichteten landwirtschaftlichen Erbgütern ist die Nachfolge in das Eigentum nicht von einer Auflassung abhängig. Auf die

Eintragung des Stammgutsnachfolgers findet Art. 19 PAG. z. GBO. entsprechende Anwendung. Bei Erbstammgütern nach bremischem Ritterrechte kann die Eintragung auch auf Antrag des Präsidiums der bremischen Ritterschaft erfolgen (Art. 19 Abs. 2 das.).

Alles dies trifft jedoch nur zu, wenn der Eigentumsübergang sich lediglich auf Grund der Lehns-, Fideikommiß-, ꝛc.- Sukzession vollzieht, nicht auf die Fälle der konsentierten freiwilligen Veräußerung. Im Falle der konsentierten freiwilligen Veräußerung eines Lehnguts an einen Fremden oder im Falle der Veräußerung des Lehnguts an den, der beim Ableben des Veräußerers unmittelbar zur Sukzession gelangen würde, geht das Eigentum nur durch Auflassung und Eintragung über. Im letzten Falle muß durch eine Bescheinigung der Lehnsbehörde nachgewiesen werden, daß der Erwerber nach dem Veräußerer das nächste Recht auf den Besitz des Lehns hat (Achilles in Kochs ALR. 2 S. 652 Anm. 37).

II. Eigentum an Grundstücken kann nach dem BGB. nicht mehr erworben werden:

1. durch Teilungsurteil, weil das BGB. (§§ 752 ff.) in Abweichung vom römischen Rechte (Windscheid §§ 449 Nr. 3, 608 Nr. 3) und vom code civil (Art. 815 ff., 826, 831 ff., 1686 ff., 1872), aber in Übereinstimmung mit dem PALR. (I. 17 §§ 87—90) ein sog. konstitutives Teilungsurteil nicht stattfinden läßt und einen erzwingbaren Anspruch auf Teilung in Natur selbst nicht für den Fall gibt, daß Teilung an sich und ohne Verletzung des Interesses der Parteien möglich ist (Mot. II S. 882; Denkschr. z. BGB. S. 133);

2. durch richterlichen Ausspruch im Falle der cautio damni infecti infolge der Ablehnung dieses Instituts durch das BGB. (§§ 836 ff., Mot. III S. 815);

3. durch Ersitzung (vgl. Anm. 2 S. 314, Anm. II 1 S. 315).

III. Andere Fälle des Grundeigentumserwerbs bleiben vom BGB. unberührt, sind also teils nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen, teils der künftigen Regelung durch die Reichs- und Landesgesetzgebung vorbehalten. Dahin gehören:

A. Der Erwerb herrenloser Grundstücke (zunächst abgesehen von dem Falle des § 928). Es kommen in Betracht:

1. Der Erwerb seit altersher bestehender Grundstücke. Der Fall ist von nur geringer praktischer Bedeutung, da bei dem heutigen Stande der Bodenkultur und der Vermessung jede irgend erhebliche oder wertvolle Fläche ihren Herrn hat. Dennoch beschäftigt sich das EG. z. BGB. Art. 190 auch mit solchen Liegenschaften, indem es vorschreibt, daß das im BGB. § 928 Abs. 2 geordnete Aneignungsrecht des Fiskus sich auf alle Grundstücke erstreckt, die zu der Zeit herrenlos sind, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

2. Der Erwerb neu entstandener oder entstehender Grundstücke. Von solchen pflegt man zu sprechen, wenn Inseln oder Halbinseln in einem Flusse oder Landsee sich bilden oder das Bett vom Wasser verlassen wird. Nach Art. 65 EG. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußbetten unberührt. Nach den in Preußen geltenden Bestimmungen ist zu unterscheiden, ob dergleichen Neubildungen sich in Privat- oder in öffentlichen Gewässern vollziehen.

a. Neubildungen in Privatgewässern gehören, wenn diese Gewässer geschlossene sind oder in dem Privateigentum einer Person stehen, dem Eigentümer der Gewässer (ALR. I 9 §§ 176, 267 ff.; code civ. Art. 558, l. 12 pr. Dig. 41. 1; RG. E. 54 S. 52), andernfalls den Ufereigentümern. Der Ufereigentümer erwirbt das Eigentum an Anspülungen (Alluvionen) ohne weiteres kraft Gesetzes (ALR. I 9 §§ 225 ff.; StrombauG. v. 20. August 1883 § 5; code civ. Art. 556, 557), an Antreibungen (Avulsionen) durch Besitzergreifung (ALR. I 9 §§ 223, 224; code civ. Art. 559), an Inseln nach ALR. I 9 § 246 ebenfalls durch Besitzergreifung, nach code civ. Art. 561 mit ihrer Entstehung kraft Gesetzes. In den Fällen, wo der Erwerb sich kraft Gesetzes vollzieht, tritt eine Vergrößerung des Grundstücks ein; der Zuwachs teilt die Schicksale des Grundstücks, gleichviel ob er beim Grundbuche bekannt geworden ist. In den anderen Fällen erwirbt der Grundbesitzer, der in

Ausübung der subjektiv-dinglichen Berechtigung den Besitz ergreift, das Eigentum für sich persönlich; er erwirbt ein neues selbständiges Grundstück. Einer Eintragung bedarf es in allen diesen Fällen zum Erwerbe des Eigentums nicht.

b. Neubildungen in öffentlichen Gewässern gehören nach code civ. Art. 538, 539, 560 kraft Gesetzes dem Staate. Nach ALR. II 14 § 21 gehen Anschwemmungen am Meeresufer von selbst in das Eigentum des Staates über. Inseln im Meere kann der Staat durch Besitzergreifung sich aneignen oder die Erwerbung auf diesem Wege auch anderen überlassen (II 16 § 8). Neubildungen in anderen öffentlichen Gewässern, insbesondere Inseln, soweit sie nicht nach Provinzialgesetzen Vorbehalt des Staates sind (ALR. I 9 § 244), werden in Beziehung auf den Eigentumserwerb ebenso behandelt, wie die Neubildungen in Privatgewässern; insbesondere auch Anlandungen, die in öffentlichen Strömen durch fiskalische Strombauten entstehen (§ 5 StrombauG.). Für die Aufnahme solcher Anlandungen in das Kataster und in das Grundbuch ist durch die Vf. v. 18. August u. 7. September 1897 (JMBl. S. 234) gesorgt.

c. Das Eigentum an einem natürlich zugelandeten und verlassenen Flußbette wird von den Ufereigentümern ohne Besitzergreifung erworben (ALR. I 9 § 270 in Verb. mit § 246). Es wächst also das trocken gewordene Bett dem Ufergrundstücke zu und teilt dessen rechtliche Schicksale, auch ohne daß der Zuwachs im Grundbuche zur Darstellung gekommen ist. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um das Bett eines öffentlichen oder eines Privatflusses handelt (ALR. II 15 § 68). An künstlichen Zulandungen (ALR. I 9 §§ 263 ff., II 15 §§ 70, 71) erwirbt bei öffentlichen Flüssen der Staat oder ein anderer, dem der Staat das Recht der Zulandung abgetreten hat (OTrib. E. 45 S. 351), das Eigentum ohne weiteres Zutun; in allen anderen Fällen ist der Erwerb, zu dem die angrenzenden Uferbesitzer zunächst berechtigt sind, durch Besitzergreifung bedingt. Das StrombauG. v. 20. August 1883 enthält keine hiervon abweichende Bestimmung. Jeder Erwerber eines verlassenen Flußbetts muß die Eigentümer der Gelände, über die der neue Lauf des Gewässers geführt wird, vornehmlich aus dem alten Flußbett oder dessen Werte entschädigen (ALR. I 9 § 271). Wird diese Entschädigung in Land gewährt, so finden die §§ 873, 925 BGB. Anwendung, weil es sich um einen rechtsgeschäftlichen Akt der Eigentumsübertragung handelt. Wo zum Eigentumserwerbe Besitzergreifung erforderlich ist, erwirbt der Besitzergreifende das Flußbett für sich persönlich als selbständiges Grundstück. Einer Eintragung bedarf es zum Eigentumserwerbe nicht. Auch grundbuchmäßig stellt sich das verlassene Flußbett in diesem Falle als selbständiges Grundstück dar, wenn es zur Eintragung kommt. Das Bett abgelassener Landseen verbleibt nach ALR. I 9 § 267 den Eigentümern des Sees nach Verhältnis des jedem von ihnen an dem See selbst „zugestandenen" Eigentumsrechts. Hier tritt also ein Eigentumswechsel überhaupt nicht ein.

Der code civil enthält im Art. 563 eine Bestimmung nur bezüglich der natürlichen Zulandung öffentlicher und privater Wasserläufe. Verläßt ein solcher Lauf sein altes Bett, so gebührt den Eigentümern der jetzt unter Wasser gesetzten Grundstücke als Entschädigung das verlassene Flußbett, jedem nach Verhältnis des ihm entzogenen Grund und Bodens. Es entsteht unter den Beschädigten ohne Besitzergreifung und ohne Eintragung Miteigentum. Bei künstlicher Ableitung des Flusses erwerben nach Annahme der Rechtslehrer der Staat oder die Ufereigentümer das alte Flußbett ohne Besitzergreifung, je nachdem es sich um schiffbare bezw. flößbare Flüsse handelt oder nicht. Auch hier ist Eintragung nicht erforderlich (vgl. Zachariae-Dreyer 1 § 203 Nr. 5).

B. Ferner gehören hierher folgende Fälle:

3. Im Falle der Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 90 Abs. 1, 130) erwirbt der Ersteher das Eigentum am Grundstücke durch den Zuschlag. Der Erwerb wird zwar erst dann unanfechtbar, wenn der Zuschlagsbeschluß die Rechtskraft beschreitet; im übrigen aber vollzieht er sich unabhängig von der Eintragung des Erstehers (Denksch. z. ZVG. S. 92).

Erst nach Ausführung des Teilungsplans erfolgt die Eintragung auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters (ZVG. § 130). Vgl. Bd II Ergänz. II.

4. Die Enteignung ist teils reichsgesetzlich, teils durch Landesgesetze geregelt. Die reichsgesetzlichen Vorschriften bleiben nach Art. 32, die landesgesetzlichen nach Art. 109 EG. z. BGB. in Kraft. Von Reichsgesetzen kommen hier nur in Frage, das RayonG. v. 21. Dezember 1871, nach dessen § 41 Abs. 5 sich jedoch das Verfahren bei der Enteignung nach den Landesgesetzen richtet, und das G. über Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873. Nach letztem (§ 14 Abs. 3) regelt sich, wenn Grundstücke, die zur Ergänzung fortifikatorischer Anlagen im Falle der Armierung einer Festung in Anspruch genommen worden sind, nach eingetretener Desarmierung nicht zurückgegeben werden, die Feststellung der Entschädigung für die Abtretung des Eigentums nach dem für Enteignungen vorgeschriebenen Verfahren. Auch hier sind also die Landesgesetze maßgebend, d. h. für Preußen das G. üb. d. Enteig. von Grundeigentum v. 11. Juni 1874. Nach diesem (§ 44) geht das Eigentum des enteigneten Grundstücks ohne Eintragung mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses an Eigentümer und Unternehmer auf den Unternehmer über. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgt auf das von Amts wegen zu erlassende Ersuchen der Enteignungsbehörde (§ 33 das.). In gleicher Weise vermittelt sich der Eigentumsübergang bei Enteignungen auf Grund des Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 (§ 14 Abs. 1). Vgl. Bd II Ergänz. I.

Neben dem EnteigG. vom 11. Juni 1874 beschäftigen sich noch einzelne neben jenem (§ 54) in Kraft gebliebenen preuß. Gesetze mit der Enteignung, nämlich:

a. das Marksteingesetz v. 7. Oktober 1865 u. v. 7. April 1869 nebst den Ergänzungsgesetzen v. 3. Juni 1874 und v. 24. Mai 1901. Vgl. Bd II Ergänz. I zu Nr. II;

b. das ABergG. v. 24. Juni 1865. Vgl. Bd II Anh. I zu A IV.

5. Bei Gemeinheitsteilungen und Zusammenlegungen von Grundstücken geht nach dem G. v. 26. Juni 1875 und dem rhein. G. v. 24. Mai 1885 § 16 das Eigentum an Abfindungsgrundstücken schon vor Bestätigung des Rezesses mit der Ausführung des endgültig festgestellten Auseinandersetzungsplans auf die Besitznehmer über und von diesem Zeitpunkt an kann auch schon die Berichtigung des Grundbuchs auf den bei der Auseinandersetzungsbehörde zu stellenden Antrag des Eigentümers oder eines Realberechtigten auf Ersuchen jener Behörden erfolgen. Spätestens geht danach das Eigentum mit der Bestätigung des Rezesses über, ohne daß es der Auflassung oder Eintragung bedarf. Vgl. Bd II Ergänz. III § 1 und über die gleichen Grundsätze bei der Güterkonsolidation im Regierungsbezirke Wiesbaden das. § 3. In Frankfurt a. M. erlöschen mit dem Tage der Anlegung die bisherigen Eigentumsrechte an den eingeworfenen Grundstücken. Diese werden von allen privatrechtlichen Belastungen und Beschränkungen frei, insbesondere hören sie auf, Fideikommiß- oder Stammgut zu sein, oder im Lehn- oder Leihverbande zu stehen. Die eintretenden Rechtsänderungen sind auf Ersuchen der Umlegungskommission in das Grundbuch einzutragen (G. v. 28. Juli 1902 §§ 42, 43).

6. Die sich auf das Bergwerkseigentum beziehenden Rechtsverhältnisse sind im Bd II Anh. I unter A dargestellt, insbesondere die Begründung und der Erwerb des Bergwerkseigentums durch Verleihung ꝛc., die Übertragung des bestehenden Bergwerkseigentums und dessen Aufhebung (Verzicht), der Erwerb der Hilfsbaue und die Übertragung der immobilen Kuxe des älteren Rechtes.

Über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten in den vormals sächsischen Landesteilen nach dem G. v. 22. Februar 1869 und dem Art. 38 PAG. z. BGB. vgl. Bd II Anh. I zu B.

7. Für andere selbständige Gerechtigkeiten finden namentlich die für den Erwerb des Eigentums an Grundstücken geltenden Vorschriften des BGB. dann entsprechende Anwendung, wenn die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt erhalten hat (PAG. z. BGB. Art. 40, PAG. z. GBO. Art. 27, 28). Vgl. Bd II Anh. I zu C.

8. Nach Art. 62 EG. z. BGB. bleiben die Vorſchriften über Rentengüter unberührt. Für Preußen kommt § 12 Geſ. v. 7. Juli 1891 in Betracht, wonach, wenn die Begründung des Rentenguts durch Vermittlung der Generalkommiſſion erfolgt, das Eigentum an ihm durch die auf Grund des von der Generalkommiſſion beſtätigten Vertrags auf Erſuchen dieſer Kommiſſion erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erworben wird. Es iſt alſo zwar Eintragung, aber nicht Auflaſſung erforderlich. Wird das Rentengut ohne Vermittlung der Generalkommiſſion gebildet, ſo finden die §§ 873, 925 BGB. Anwendung. Vgl. Bd II Ergänz. IV.

9. Nach § 16 Abſ. 2 PG., betr. das Pfandrecht an Privateiſenbahnen und Kleinbahnen ꝛc., v. 19. Auguſt 1895 in der Faſſung des G. v. 11. Juni 1902 (GS. S. 238) finden die für den Erwerb des Eigentums und für die Anſprüche aus dem Eigentum an Grundſtücken geltenden Vorſchriften des BGB. auf die Bahneinheit entſprechende Anwendung. Da dieſe Beſtimmung nach Art. 112 EG. z. BGB. unberührt bleibt, finden die §§ 873, 925 BGB. Anwendung. Vgl. Anm. A 3 zu § 1120 u. Bd II Anm. 2 zu § 85 GBO.

10. In gewiſſen Fällen wird das Eigentum an Grundſtücken durch Geſetz erworben. So nach den PG. v. 8. Juli 1875 § 18 und v. 18. Januar 1881 § 2, durch die den Kommunalverbänden Chauſſeen überwieſen ſind. Das EG. z. BGB. hält dieſe Erwerbsart aufrecht, indem es im Art. 126 beſtimmt: „Durch Landesgeſetz kann das dem Staate an einem Grundſtücke zuſtehende Eigentum auf einen Kommunalverband und das einem Kommunalverband an einem Grundſtücke zuſtehende Eigentum auf einen anderen Kommunalverband oder auf den Staat übertragen werden.“

Es kommt hier ferner in Betracht das RG. über die Rechtsverhältniſſe der zum dienſtlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung beſtimmten Gegenſtände v. 25. Mai 1873, nach deſſen §§ 1, 2 — mit gewiſſen Ausnahmen — das Eigentum an allen dem dienſtlichen Gebrauch einer verfaſſungsmäßig aus Reichsmitteln zu unterhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenſtänden (auch Grundſtücken), das den einzelnen Bundesſtaaten zugeſtanden hat, mit dem Zeitpunkte des Übergangs dieſer Gegenſtände in eine ſolche Verwaltung dem Deutſchen Reiche zuſteht. Der Eigentumsübergang vollzieht ſich hier ohne Eintragung (RG. Gruch. 40 S. 1125). Dasſelbe wird von der Rückübertragung der für die Reichsverwaltung entbehrlich gewordenen Grundſtücke an die einzelnen Bundesſtaaten (§§ 5—8) anzunehmen ſein (Turnau II S. 225). Dieſes Geſetz bleibt nach Art. 32 EG. z. BGB. in Kraft (Mot. III S. 305).

Durch Anlegung eines Begräbnisplatzes auf dem Grundſtücke eines Privaten ſeitens einer Kirchengemeinde geht das Grundſtück nicht kraft Geſetzes auf die Gemeinde über, ſondern es bedarf der Auflaſſung (RG. JW. 21 S. A 297).

IV. Erwerb des Eigentums an nicht gebuchten Grundſtücken. Die §§ 873, 925 BGB., wonach der Eigentumserwerb ſich erſt durch die Eintragung vollendet, ſetzen voraus, daß alle Grundſtücke ſchon gebucht ſind oder doch, falls ſich unter der Herrſchaft des BGB. ein Eigentumswechſel vollziehen ſoll, gebucht werden müſſen. Dies gilt auch für ungebuchte Parzellen, die nach früherem Rechte Zubehör eines gebuchten Grundſtücks waren (KG. Rſp. 10 S. 404). Von der Regel des Buchungszwangs gibt es jedoch Ausnahmen, wofür die Vorſchriften der §§ 873, 925 nicht paſſen. Nach § 2 PGBO. bedurfte es der Anlegung eines Grundbuchblatts für Domänen und andere dem Staate gehörigen Grundſtücke, für Grundſtücke der Kirchen, Klöſter, Schulen und Gemeinden, für öffentliche Landwege und Eiſenbahnen nur im Falle der Veräußerung oder Belaſtung, oder wenn von dem Eigentümer oder einem Berechtigten darauf angetragen wurde. Dieſem Vorgange folgt § 90 GBO. Danach kann durch landesherrliche Verordnung beſtimmt werden, daß gewiſſe Grundſtücke nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten und aus dem geführten Grundbuch ausſcheiden können. Von der im § 90 Abſ. 1 erteilten Ermächtigung iſt für Preußen Gebrauch gemacht durch Königl. V. v. 13. November 1899 Art. 1 (Bd II Zuſ. zu § 90 GBO.).

Es fragt sich, auf welche Weise das Eigentum an einem solchen, vom Buchungszwange befreiten Grundstück erworben wird. Nach bisherigem preuß. Rechte war dazu unzweifelhaft Auflassung und Eintragung erforderlich. Es mußte das Grundstück also gebucht werden. War der Erwerber eine ebenfalls vom Buchungszwange befreite Person, so konnte, wenn es sich nur um den Erwerb eines Teilgrundstücks handelte, auf Antrag sowohl das nur zum Zwecke der Eigentumsübertragung für das Hauptgrundstück, als auch das für den abveräußerten Teil angelegte Grundbuchblatt wieder geschlossen werden (Turnau I S. 27 Anm. 3 Abs. 2); dagegen war es, wenn die Veräußerung das ganze Grundstück erfaßte, zweifelhaft, ob das einmal angelegte Grundbuchblatt wieder geschlossen werden durfte (Turnau I S. 246 Anm. 2). Diesem unerquicklichen, zu unnötigen Belästigungen der Interessenten und des Grundbuchamts führenden Rechtszustand ein Ende zu bereiten, bietet Art. 127 EG. z. BGB. die Möglichkeit:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht.

Damit ist nach Art. 3, 218 EG. z. BGB. und § 83 GBO. der Landesgesetzgebung die Befugnis erteilt, bestehende gesetzliche Bestimmungen zu ändern und neue Bestimmungen zu erlassen. Preußen hat von dieser Ermächtigung im Art. 27 AG. z. BGB. Gebrauch gemacht:

Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht, ist die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Eintritt der Übertragung erforderlich. Die Einigung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; wird einer der Beteiligten durch eine öffentliche Behörde vertreten, so genügt die Beurkundung durch einen nach Art. 12 § 2 für die Beurkundung des Veräußerungsvertrags zuständigen Beamten.

Die Übertragung des Eigentums kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen.

Es bedarf danach der Anlegung eines Grundbuchblatts weder für den Veräußerer, noch für den Erwerber, sondern der Übergang des Eigentums an einem nicht buchungspflichtigen Grundstück auf eine der im Art. 1 der V. v. 13. November 1899 bezeichneten Personen vollzieht sich ohne Buchung lediglich auf Grund der Einigung (RG. JW. 26 S. A 115, JMBl. 1903 S. 126). Diese ist nicht, wie die Auflassung, bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt abzugeben, sondern nur an gerichtliche oder notarielle Beurkundung (BGB. § 128) gebunden. Sie darf aber ebensowenig wie die Auflassung (BGB. § 925 Abs. 2) bedingt oder betagt sein. Der erwähnte Art. 12 § 2 wird S. 421 Nr. 6 mitgeteilt. Soll ein nicht gebuchtes und bisher nicht buchungspflichtiges Grundstück an eine dem Buchungszwang unterliegende Person veräußert werden, so muß vor oder nach der Auflassung für den Veräußerer ein Grundbuchblatt angelegt und der Erwerber als Eigentümer eingetragen werden (GBO. § 40). Die Anlegung eines Grundbuchblatts für den Erwerber oder die Zuschreibung des Grundstücks zu einem anderen dem Erwerber gehörigen Grundstücke kann die Anlegung eines Grundbuchblatts für den Veräußerer und die Eintragung des Eigentumsübergangs auf den Erwerber in dieses Grundbuchblatt nicht ersetzen (RG. a. a. O.). Die Beurkundung kann nicht von der vorherigen Anlegung des Grundbuchblatts abhängig gemacht werden; diese kann jener auch folgen. Eine Ausnahmebestimmung enthält § 8 PG., betr. die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten v. 2. April 1887. Danach hat auf Grund der Auflassung eines gemeinschaftlichen Grundstücks die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers auch dann zu erfolgen, wenn das Grundstück bisher nicht gebucht war. Diese Ausnahmebestimmung ist durch Art. 113 Satz 2 EG. z. BGB. und durch § 83 GBO. aufrecht erhalten.

Verschieden von den bisher behandelten Fällen ist der im § 90 Abs. 2 GBO. vorausgesetzte Fall, daß ein gebuchtes und bis dahin auch buchungspflichtiges Grundstück an eine

dem Buchungszwange nicht unterworfene Perſon veräußert werden ſoll. Hier iſt zu unterſcheiden, ob es ſich um die Veräußerung eines Teiles oder eines ganzen Grundſtücks handelt. Im erſten Falle, zu dem auch die Abveräußerung eines von mehreren Grundſtücken, für die ein gemeinſchaftliches Grundbuchblatt geführt wird, zu rechnen iſt, genügt der Antrag des Erwerbers, um die Anlegung eines neuen Blattes zu verhindern. Der Eigentumserwerb vollzieht ſich durch Auflaſſung und durch die Schließung des Grundbuchblatts in Beziehung auf den abveräußerten Teil oder auf das abveräußerte einzelne Grundſtück unter gleichzeitiger Eintragung der Eigentumsübertragung auf das (alte) Grundbuchblatt (Denkſchr. z. GBO. S. 78, 79). Im zweiten Falle iſt der Eigentumserwerb völlig an die Regel der §§ 873, 925 BGB. gebunden. Erſt nach der Eintragung des Eigentumsübergangs kann das Blatt auf Antrag des Erwerbers geſchloſſen werden.

Die bisher beſprochenen geſetzlichen Vorſchriften haben ein unbelaſtetes Grundſtück im Auge. Sollen an ſich nicht buchungspflichtige Grundſtücke belaſtet werden, ſo müſſen auch für ſie Grundbuchblätter angelegt werden. Wird ein belaſtetes Grundſtück an eine nicht dem Buchungszwang unterworfene Perſon veräußert, ſo kann dem Antrage des Erwerbers, das Blatt zu ſchließen, nicht ſtattgegeben werden. Nach § 14 GBO. kann die Anlegung eines Grundbuchblatts für ein an ſich nicht buchungspflichtiges Grundſtück unter Umſtänden auch von Dritten erzwungen werden.

Die bisher beſprochenen Vorſchriften ſetzen ferner voraus, daß das Grundbuch bereits angelegt iſt. Eine Übergangsvorſchrift enthält Art. 189 Abſ. 1 Satz 1 EG. z. BGB.:

Der Erwerb und Verluſt des Eigentums erfolgt nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Geſetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzuſehen iſt.

Nach Art. 186 Abſ. 1 daſ. und § 91 GBO. wird das Verfahren, in dem die Anlegung der Grundbücher erfolgt, ſowie der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzuſehen iſt, für jeden Bundesſtaat durch landesherrliche Verordnung beſtimmt und nach Art. 186 Abſ. 2 EG. z. BGB. iſt, wenn das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzuſehen iſt, die Anlegung auch für ſolche zum Bezirke gehörenden Grundſtücke, die noch kein Blatt im Grundbuche haben, als erfolgt anzuſehen, ſoweit nicht beſtimmte Grundſtücke durch beſondere Anordnung ausgenommen ſind. Der Abſ. 2 daſ. betrifft den Fall, daß einzelne Grundſtücke in einem Bezirke, für den ſonſt die Grundbücher angelegt ſind, keine Grundbuchblätter erhalten haben (Denkſchr. z. GBO. S. 79). Da auch ſie, falls für ſie durch beſondere Anordnung keine Ausnahme gemacht iſt, als gebuchte gelten, unterliegt der Erwerb des Eigentums an ihnen den Grundſätzen der §§ 873, 925 BGB., d. h. es muß die Auflaſſung erfolgen, ein Grundbuchblatt für den Veräußerer angelegt und der Erwerber als Eigentümer eingetragen werden (RG. JW. 29 S. A 121). Dies gilt auch für ungebuchte Parzellen, die nach früherem Rechte Zubehöreigenſchaft hatten.

Die Frage, ob Eigentum vor dem Inkrafttreten des Liegenſchaftsrechts erworben iſt, entſcheidet ſich nach dem bisherigen Rechte (RG. E. 46 S. 144, JW. 1900 S. 763 Nr. 40, S. 777, 889, 1901 S. 31), und zwar gleichviel, ob es ſich um rechtsgeſchäftlichen oder um einen durch Geſetz vermittelten Erwerb (Erbſchaft, Gütergemeinſchaft ꝛc.) handelt.

Iſt der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzuſehen iſt, noch nicht beſtimmt, ſo vermittelt ſich der Eigentumserwerb im Gebiete des PALR. durch ſchriftlichen Vertrag und Übergabe (vgl. PGBO. § 49), im Geltungsbereiche des rheiniſchen Rechtes durch notariellen Vertrag (Geſ. v. 20. Mai 1885 § 1), vorausgeſetzt natürlich, daß nicht ſchon Grundbücher im Sinne der preuß. GBO. beſtehen. Dasſelbe gilt von den durch beſondere Anordnung von der Eröffnung des Grundbuchs ausgeſchloſſenen Grundſtücken.

Die Beſtimmung des Art. 189 EG. z. BGB. iſt nötig, weil das BGB. Vorſchriften über den Erwerb des Eigentums an ungebuchten Grundſtücken nicht enthält. Sie bezieht ſich nur auf den dinglichen Erwerb, nicht auf den zugrunde liegenden obligatoriſchen Vertrag, der vielmehr unter der Regel des § 313 BGB. ſteht. Vgl. jedoch Anm. IV 2 zu § 925.

Digitized by Google

Der Fall, daß in einem dem Grundbuche bereits völlig eröffneten Bezirke für ein einzelnes Grundstück tatsächlicher Hindernisse halber noch kein Blatt angelegt werden kann (PGBO. § 49 Satz 2), ist in den neuen Gesetzen nicht geregelt. Es kommen die §§ 873, 925 BGB. zur Anwendung; es müssen also die der Anlegung des Blattes entgegenstehenden Hindernisse beseitigt werden, bevor von einer Eigentumsübertragung die Rede sein kann (vgl. Mot. III S. 312 und Mot. zum EG. z. BGB. S. 268). Der landesherrlichen Verordnung ist im § 91 GBO. nur die Bestimmung des Verfahrens zum Zwecke der Eintragung solcher Grundstücke vorbehalten (Königl. V. v. 13. November 1899 Art. 16 ff.).

V. Über den Erwerb des Eigentums an Grundstücken durch Ersitzung vgl. Anm. 2 S. 314, Anm. II 1 S. 315.

VI. Über die Veräußerung von Domänen vgl. Bd II Anm. II A zu § 90 GBO.

VII. Grundstücke, die einem öffentlichen Zwecke gewidmet sind, unterliegen im allgemeinen den Grundsätzen des Privatrechts, nur solche Normen sind darauf nicht anwendbar, welche die Benutzung des Grundstücks zu dem öffentlichen Zwecke hindern oder aufheben würden. Kirchhöfe z. B. gehören nach preuß. Rechte zwar zu den dem Verkehr entzogenen Sachen, an ihnen ist jedoch Privateigentum nicht bloß von Gemeinden, sondern auch von Privatpersonen möglich. Durch Anlegung eines Begräbnisplatzes auf einem im Eigentum eines Privaten stehenden Grundstücke durch eine Kirchengesellschaft geht daher das Eigentum nicht von selbst auf diese über. Der Erwerb muß vielmehr in derselben Weise erfolgen wie der Erwerb von Grundeigentum überhaupt, also durch Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch. Bei Abschreibung des Grundstücksteils kann nicht anders verfahren werden, als wenn der Teil zu einem anderen Zwecke abgeschrieben würde; d. h. die eingetragenen dinglichen Lasten und Hypotheken müssen, wenn nicht eine Entpfändungserklärung der Realberechtigten beigebracht wird, auf das neu anzulegende Blatt mitübertragen werden (BGB. §§ 1132, 1107, 1108). (RG. JW. 21 S. A 297.) Dadurch, daß ein öffentlicher Weg über ein Grundstück gelegt wird, wird dieses nicht außer Verkehr gesetzt, sondern es kann aufgelassen und belastet werden, doch müssen auch gutgläubige Erwerber die tatsächliche öffentlich rechtliche Beschränkung anerkennen (Dresden, Lobe ZBl. 3 S. 166.)

B. Der § 313 BGB.

Literatur Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag (1904). Thiele: Das Anwendungsgebiet des § 313 BGB. in Z. d. d. NotVer. 1902 S. 317 ff.

Die Auflassung ist nach den Anm. III A S. 100 f. dargelegten Grundsätzen unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Veräußerungsvertrage. Daher ist die Rechtswirksamkeit der Auflassung auch nicht davon abhängig, daß dieser Vertrag dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Da er jedoch von maßgebender Bedeutung für die Regelung der persönlichen Beziehungen der an der Auflassung beteiligten Personen ist, haben einzelne Bundesstaaten, den Gewohnheiten der Bevölkerung entsprechend, die Vorlegung des obligatorischen Vertrags angeordnet. Mit Rücksicht hierauf räumt die GBO. § 98 der Landesgesetzgebung die Befugnis ein, eine Ordnungsvorschrift dahin zu treffen, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach BGB. § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Preußen hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht.

Der § 313 BGB., der für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Grundstücken von besonderer Wichtigkeit ist und daher bei einer Darstellung des Liegenschaftsrechts nicht übergangen werden darf, lautet:

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Der code civ. verlangte für den Grundstücksveräußerungsvertrag keine Schriftform. Mündliche Einigung über Sache und Kaufpreis genügte nicht bloß zur obligatorischen Bindung, sondern hatte den Eigentumsübergang unmittelbar zur Folge (Art. 1583, 1589). Das rheinische G. v. 20. Mai 1885 § 1 machte die Wirksamkeit des dinglichen Vertrags von seiner Beurkundung vor Notar, Gerichten, anderen Beamten abhängig, schrieb dagegen für den obligatorischen Vertrag keine Form vor. Das PALR. zeichnete diesen Vertrag insofern aus, als es für ihn schriftliche Form auch dann verlangte, wenn der Wert des Grundstücks 50 Tlr. nicht erreichte, und als es der Erfüllung Heilung des Formmangels nicht zuschrieb (ALR. I 5 §§ 135, 146, preuß. G. v. 5. Mai 1872, GS. S. 508). Das BGB. verlangt die Beobachtung einer mit noch mehr Garantien umkleideten Form. Die Notwendigkeit einer solchen ist in den Mot. II S. 189 (vgl. auch Prot. I S. 458) mit der großen sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung dieses Vertrags begründet. Der Vertrag muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden, widrigenfalls er nichtig ist (BGB. § 125), und zwar auch dann, wenn es sich um noch nicht gebuchte, aber buchungspflichtige Grundstücke handelt. Es kann aus einem ohne Beobachtung dieser Form geschlossenen Vertrage oder Vorvertrage weder auf Erfüllung noch auf Errichtung eines formgültigen Vertrags (RG. E. 53 S. 236, 257) geklagt werden. noch auch genügt er zur Glaubhaftmachung eines Anspruchs auf Auflassung zum Zwecke der Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung (BGB. §§ 883, 885; ZPO. §§ 920, 936). Hat aber der Käufer aus einem vom Verkäufer hervorgerufenen Rechtsirrtume geglaubt, auf Grund eines mündlich geschlossenen Vertrags zur notariellen Beurkundung verpflichtet zu sein, und demgemäß bei der Beurkundung mitgewirkt, so ist er gebunden, da sein Irrtum durch § 119 BGB. nicht geschützt wird (RG. JW. 1902 Beil. S. 262). Der Vertrag braucht nicht in gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten beurkundet zu werden, sondern es genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird (BGB. § 128). Im letzten Falle kommt der Vertrag, ohne daß es einer Erklärung gegenüber dem Antragenden bedarf, mit der Beurkundung der Annahme zustande, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (BGB. § 152). Eine solche andere Bestimmung liegt der Regel nach vor, wenn in dem nach § 128 beurkundeten Antrag ein bestimmter Tag oder eine bestimmte Frist, bis zu dem oder bis zu deren Ablaufe der Antragende nur gebunden sein will, gesetzt ist. Erhält der Antragende bis zu diesen Zeitpunkten keine Kenntnis von der formgerechten Annahmeerklärung, so kommt der Vertrag nicht zustande. (RG. E. 49 S. 127.) Die mündlich oder privatschriftlich erklärte Verpflichtung, einen in der Form des § 313 beurkundeten Antrag anzunehmen, ist ungültig. Es kann aus ihr auch auf Leistung einer für die Nichtannahme versprochenen Strafe nicht geklagt werden RG. E. 53 S. 257). Hat jemand durch eine notarielle Erklärung sein Grundstück einem anderen für einen bestimmten Preis auf eine bestimmte Zeit zum Kaufe angestellt und hat der andere sich mündlich verpflichtet, falls er die Auflassung nicht in der gestellten Frist entgegennehme, die auf das Kaufgeld geleistete Anzahlung dem Verkäufer zu belassen, so ist dieses Abkommen als der Form des § 313 entbehrend nichtig und der andere nach § 812 berechtigt, den angezahlten Betrag zurückzufordern (RG. E. 53 S. 236).

Die aus dem Formmangel folgende Nichtigkeit des Vertrags ist von Amts wegen zu berücksichtigen, auch wenn der Richter den Mangel nicht aus den Vorträgen der Parteien, sondern auf andere Weise, z. B. durch informatorische Einsicht der Grundakten, erfährt, sofern nur darüber verhandelt ist. Die Erklärung des Beklagten, daß er aus dem Mangel keine Einrede herleiten wolle, kann nicht beachtet werden, da es sich im § 313 um eine im öffentlichen Interesse gegebene Vorschrift handelt (RG. V 58. 05).

Unter dem Formzwange steht nicht etwa bloß der einzelne auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrags, sondern der Vertrag, d. h. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. Sind im Vertrage noch andere Vereinbarungen getroffen, die mit dem

Veräußerungsgeschäfte nicht in unmittelbarem Zusammenhange stehen, die also nicht die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistungen des anderen Teiles betreffen, so sind diese Vereinbarungen nicht Bestandteile des auf Eigentumsübertragung gerichteten Veräußerungsgeschäfts und stehen daher nicht unter der Regel des § 313 Satz 1. Dieselben Grundsätze finden auf *nachträgliche Vereinbarungen*, wodurch die auf das Veräußerungsgeschäft bezüglichen Bestimmungen des formgerechten Vertrags *abgeändert* werden, mindestens so lange Anwendung, als die Beteiligten nur noch in obligatorischen Beziehungen zueinander stehen, solange also Auflassung und Eintragung noch nicht bewirkt sind. Solche Änderungen treten an die Stelle der ursprünglichen Vereinbarungen und können daher hinsichtlich der Form nicht anders beurteilt werden, als wenn sie sofort zu Bestandteilen des Vertrags gemacht worden wären. Eine solche der Form des § 313 Satz 1 bedürfende Änderung liegt z. B. vor, wenn das vertragliche Recht des Verkäufers, die Auflassung nur Zug um Zug gegen Empfang des ganzen Restkaufpreises zu erteilen, aufgehoben und durch die Verpflichtung ersetzt wird, das Eigentum ohne gleichzeitigen Empfang der Gegenleistung zu übertragen (RG. E. 51 S. 179, V 149. 03). Auch Änderungen der Zahlungsbedingungen, z. B. der Fälligkeit, bedürfen der Form des § 313 (RG. JW. 1903 Beil. S. 108). Zu den dem Formzwang unterliegenden Bestandteilen des Vertrags gehört auch die *Zusicherung von Eigenschaften* (z. B. Angaben über den Ertrag oder die Ertragsfähigkeit). Es kann daher auf Grund einer mündlichen, objektiv unrichtigen Zusicherung, die neben dem formgerechten Vertrage gemacht ist, nicht auf Wandlung oder Preisminderung geklagt werden, falls die Zusicherung nicht bereits durch Auflassung und Eintragung gültig geworden ist (RG. E. 52 S. 1, Bd 56 S. 48, Gruch. 48 S. 790, V 179. 02, 140. 03; a. M. Dernburg BR. 2 Abt. II S. 51 Nr. III). Gültig wird die mündliche Zusicherung nur dann, wenn sie nicht vor der Auflassung zurückgenommen ist (RG. E. 52 S. 1). Ist die nicht formgerechte Zusicherung betrüglich abgegeben und Auflassung und Eintragung nicht nachgefolgt, so hat der Betrogene das Recht, den Vertrag nach § 123 BGB. anzufechten; er kann aber auch sein volles Interesse ersetzt verlangen (RG. E. 56 S. 47, Bd 59 S. 155, V 199. 04, 515. 04). Duldet bei einem wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrage der Verkäufer arglistigerweise, daß der Käufer das Grundstück bebaut, so steht diese Arglist doch der Klage des Verkäufers auf Rückgabe des (nicht aufgelassenen) Grundstücks nicht entgegen. Der Verkäufer wird Eigentümer der vom Käufer errichteten Gebäude (BGB. § 946) und der Käufer hat nur die ihm im § 951 BGB. eingeräumten Rechte (RG. JW. 1904 S. 139 Nr. 3). Sämtliche auf die Veräußerung des Grundstücks sich beziehenden Vereinbarungen, mögen sie Leistungen des Verkäufers oder des Käufers betreffen, bedürfen der Form des § 313, z. B. auch die Art und Weise der Belegung des Kaufpreises (durch Hypotheken, die zu diesem Zwecke abgetreten werden sollen, durch Barzahlung ꝛc.). Sind einzelne solcher Vereinbarungen nicht in der Form des § 313 getroffen, so ist der Regel nach der ganze Vertrag nichtig. Sind aber *neben* dem formgerechten Vertrage mündliche Vereinbarungen getroffen, die mit dem Grundstücksveräußerungsvertrag in keinem inneren Zusammenhange stehen, sondern andere Gegenstände betreffen, so ist ihre Gültigkeit an sich nicht zu bezweifeln, doch kann unter Umständen § 812 Abs. 1 Satz 2 Platz greifen (RG. V 33. 03). Ist im formgerechten Vertrage der Kaufpreis (höher oder niedriger) niedergeschrieben, als er vereinbart ist, so ist der Vertrag nichtig (RG. V 353. 03). Dagegen liegt keine Nichtigkeit vor, wenn das Grundstück oder die Hypothek, die in Anrechnung auf den Kaufpreis dem Verkäufer abgetreten ist, nur *falsch bezeichnet* ist, sofern nur erhellt, welchen Gegenstand die Parteien mit der unrichtigen Bezeichnung wirklich gemeint haben. Läßt sich dies durch Auslegung des Parteiwillens ermitteln, so kann auf Richtigstellung des Vertrags erkannt werden (RG. V 159. 05). Wesentliche Voraussetzung ist dabei aber, daß die unrichtige Bezeichnung ihren Grund in einem *Irrtume* der Beteiligten hat. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn die Beteiligten bewußterweise einige Grundstücke, die mitverkauft sein sollten, im Vertrage nicht aufgeführt haben. Die etwaige Meinung der Beteiligten,

die gewählte Bezeichnung umfasse die nicht aufgeführten Grundstücke mit, würde auf einen Rechtsirrtum über die Tragweite ihrer Erklärungen hinauslaufen, der den Mangel der Form nicht ersetzen kann. In solchem Falle ist der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Vertrag auch über die in ihm aufgeführten Grundstücke allein geschlossen sein würde (RG. V 176. 03).

Nicht immer ist es zweifellos, ob ein konkreter Vertrag unter die Bestimmung des § 313 Satz 1 fällt. Namentlich wenn es sich um Erbauseinandersetzungsverträge oder um Verträge über das Einbringen in eine Gesellschaft handelt, herrscht Unsicherheit. Leitender Grundsatz ist: In allen Fällen, in denen es zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken der Auflassung bedarf, ist der obligatorische Vertrag an die Form des § 313 Satz 1 gebunden. Die Fälle, in denen es der Auflassung bedarf, sind in Anm. III zu § 925 zusammengestellt. Dieser Grundsatz ist in neuerer Zeit von der Gesetzgebung und Rechtsprechung anerkannt. Der auf Umwandlung des Gesamthandseigentums der Miterben an einem Nachlaßgrundstück in Bruchteileigentum der Miterben bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (RG. E. 57 S. 432 unter Aufgeben der früheren abweichenden Ansicht in E. 30 S. 150). Seit dem 1. Januar 1900 unterliegt auch der Vertrag über die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. dem Formzwange des § 313, wenn sich in ihm einer der Gesellschafter verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen (Hahn-Mugd. Mat. 6 S. 256; anders nach früherem Rechte RG. E. 13 S. 2, Gruch. 38 S. 1064). Der Gesellschaftsvertrag bedarf dann nicht der Form des § 313, wenn nicht das Eigentum gewechselt, sondern nur Besitz und Nutzungen des Grundstücks der Gesellschaft zufallen sollen (RG. V 141. 04). Wird nach Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung einem der Gesellschafter ein Gesellschaftsgrundstück überwiesen, so fanden auch schon nach bisherigem Rechte die für die Verträge über Grundstücke geltenden Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes Anwendung (Denkschr. z. HGB. v. 10. Mai 1897, Hahn-Mugd. Mat. 6 S. 256).

Alle Verträge, durch die sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück oder Grundstücksteil oder an einem Anteil an einem Grundstück zu übertragen, sind an die Form des § 313 gebunden. Es ist nicht erforderlich, daß die Verpflichtung auf Übertragung an den Gegenkontrahenten gerichtet ist. Auch Verträge, durch die sich der eine Teil dem anderen gegenüber verpflichtet, das Eigentum an einen von diesem zu bestimmenden Dritten zu übertragen, bedürfen jener Form. Daß dabei zugleich dem anderen Teile Vollmacht zur Veräußerung des Grundstücks erteilt wird, befreit den Vertrag nicht vom Formzwange des § 313 (vgl. BGB. § 167 Abs. 2). Hierdurch werden namentlich die mit Güterschlächtern geschlossenen Parzellierungsverträge betroffen (RG. E. 50 S. 163). Wenn sich mehrere Personen durch Vertrag zur Parzellierung eines einem von ihnen gehörigen Grundstücks und zur Veräußerung der Parzellen derart vereinigen, daß jeder von ihnen an Gewinn und Verlust beteiligt sein soll, so liegt ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB. vor. Der Vertrag bedarf nicht der Form des § 313, da er keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung enthält. Wenn aber der Eigentümer des Grundstücks durch den Vertrag die obligatorische Verpflichtung übernimmt, das Eigentum zwar nicht an die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter, aber an die Käufer von Parzellen zu übertragen, ist § 313 zu beachten. Dann ist der Eigentümer verpflichtet, zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise tätig zu sein. Dazu gehört vor allem seine Mitwirkung zur Veräußerung der Parzellen. Zu dieser Mitwirkung kann er von den anderen Gesellschaftern angehalten werden. Der Vertrag begründet also die Verpflichtung, Eigentum an Grundstücken zu übertragen (RG. Gruch. 49 S. 627). Auf die Übernahme der Verpflichtung, ein Grundstück nicht verkaufen zu wollen, kann § 313 nicht in Anwendung kommen (RG. Gruch. 49 S. 619). Sind zwei Kaufverträge geschlossen, so ist die Vereinbarung, daß die Überlassung des einen Grund-

stücks die Gegenleistung für die Überlassung des anderen Grundstücks sein, daß also die eine mit der anderen stehen und fallen solle, eine wesentliche Vertragsbedingung, deren Nichtaufnahme in die dem § 313 entsprechende Vertragsurkunde die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat (RG. V 296. 04). Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück von einem anderen zu **erwerben**, bedarf keiner Form (RG. V 65. 05). Die Verpflichtung, einem anderen das ihm durch Zwangsversteigerung entzogene Eigentum an einem Grundstücke zurückzuverschaffen, unterliegt der Formvorschrift des § 313 (RG. V 400. 01). Eine Vereinbarung dagegen, wonach jemand auf seinen eigenen Namen das Grundstück des Eigentümers in dem gegen diesen anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren erstehen, sich den Zuschlag erteilen lassen und sodann das Grundstück dem Eigentümer auflassen soll, unterliegt nicht dem Formzwange des § 313. Denn das Wesentliche des Geschäfts, mag dieses sich als Vollmachtserteilung, Auftrag oder Dienstvertrag darstellen, ist darin zu finden, daß der andere das Grundstück für den Eigentümer erstehen soll, und für keine der drei Geschäftsarten ist die Beobachtung einer besonderen Form vorgeschrieben; während die Verpflichtung zur Auflassung an den Eigentümer nur als überflüssiger, die gesetzliche Folge des Auftragsverhältnisses (BGB. § 667) erwähnender und bestätigender, aber keineswegs als ein einen selbständigen Verpflichtungsgrund enthaltender Beisatz erachtet werden kann. Ein Auftrag, auch wenn er auf den Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist, unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313, ohne Unterschied, ob der Beauftragte das ihm aufgetragene Geschäft im eigenen Namen oder sogleich auf den Namen des Geschäftsherrn abschließen soll (RG. E. 54 S. 75). Geht die Verpflichtung auf Eigentumsübertragung, so ist die Form des § 313 auch dann erforderlich, wenn das Grundstück nicht dem sich Verpflichtenden gehört (Gutbrod S. 36). Verträge, durch die sich jemand verpflichtet, einem anderen ein Grundstück abzunehmen, ohne die Verpflichtung des anderen, es ihm zu übertragen, sind formlos gültig (Gutbrod a. a. O., RG. JW. 1905 S. 126). Enthält ein der Form des § 313 nicht entsprechender Vertrag die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen oder nach freier Wahl des Verpflichteten eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, so kann auf Zahlung geklagt werden, wenn anzunehmen ist, daß die Beteiligten die Zahlung auch ohne jede Abrede über das Grundstück vereinbart haben würden (RG. Gruch. 48 S. 970).

Der § 313 enthält die Mindestform für den Grundstücksveräußerungsvertrag. Ist der Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks Bestandteil eines Vertrags, für den eine noch strengere Form vorgeschrieben ist, wie z. B. in den Fällen der §§ 1434, 2276, 2290 BGB., so muß diese Form gewahrt werden (Gutbrod S. 21).

An die Form des § 313 ist nur der auf die Eigentumsübertragung gerichtete Vertrag gebunden, nicht auf die Hilfsgeschäfte, die in Verbindung mit einem solchen vorzukommen pflegen, also z. B. nicht die Vollmacht zum Erwerbe von Grundeigentum (RG. V 65. 05). Diese ist selbst dann formfrei, wenn sie die schon aus dem Gesetze (§ 667 BGB.) sich ergebende Verpflichtung des Bevollmächtigten enthält, das im eigenen Namen erworbene Grundstück dem Machtgeber aufzulassen (RG. E. 54 S. 75). Formlos ist auch die Mitteilung von der Bevollmächtigung (§ 171 BGB., RG. V 160. 02) und der Widerruf dieser Kundgebung. Bei einem zugunsten eines Dritten geschlossenen Vertrag ist der etwa erforderliche Beitritt des Dritten nicht an die Form des § 313 gebunden (RG. V 395. 03). Ebensowenig die Abtretung der Rechte aus einem dem § 313 entsprechenden Vertrage (RG. E. 53 S. 269) und die Aufhebung eines solchen Vertrags (RG. Gruch. 49 S. 892, E. 60 S. 398). Zum Verzichte des Käufers auf eine der mehreren formgerecht gekauften Parzellen bedarf es nicht der Form des § 313; wenn aber der Verzicht davon abhängig gemacht ist, daß der Kaufpreis gemindert wird, so handelt es sich um eine Änderung des Kaufvertrags und diese bedarf jener Form (RG. V 374. 04). Verträge mit der Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben (§ 928 BGB.), werden kaum vorkommen; jedenfalls fallen sie nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 313 (Gutbrod S. 58;

a. M. Planck Nr. 1 Abs. 1 zu § 313). Über die Form des Vertrags, durch den ein Erbbaurecht bestellt wird, vgl. Anm. I 1 zu § 1017, und über die Form der Bestellung eines Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts vgl. Anm. 4 zu § 1094. Über die Form des Vertrags, durch den der Eigentümer sich verpflichtet, dem Hypothekengläubiger zwecks Befriedigung das Eigentum am Grundstück zu übertragen, vgl. Anm. 1 zu § 1149.

Nach § 439 Abs. 1 BGB. hat der Verkäufer einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, den der Käufer beim Abschlusse des Kaufvertrags kennt. Die Ansicht, daß der Verkäufer nur dann von der Vertretung frei sei, wenn die Kenntnis des Mangels sich aus dem in der Form des § 313 beurkundeten Vertrag ergebe, ist unrichtig, weil es sich nicht um eine vertragsmäßige Ausschließung der Gewährleistung, sondern um eine kraft Gesetzes eintretende Befreiung von der Vertretungspflicht handelt. Wie eine solche Kenntnis erlangt ist, ist gleichgültig; insbesondere verlangt das Gesetz nicht, daß die Kenntnis durch eine zum Bestandteile des Kaufvertrags gemachte Erklärung vermittelt wird (RG. E. 52 S. 273).

Die Vorschrift des § 313 Satz 1 kann nicht dadurch umgangen werden, daß die Beteiligten die Anwendung ausländischen Rechtes vereinbaren (KG. DJZ. 1905 S. 864 Nr. 15).

I. Auch bei dem obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag ist jedoch (wie bei der Auflassung) die auf die Form bezügliche Regel durchbrochen durch Art. 141, 142 in Verb. mit Art. 3 EG. z. BGB. Nach Art. 141 können die Landesgesetze bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Maßgebend ist aber immer das Gesetz, das in dem Bundesstaate gilt, wo die Beurkundung vorgenommen ist. Das Landesgesetz, das die Beurkundung den Notaren vorbehält, kann nicht bestimmen, daß eine Urkunde, die in einem anderen Bundesstaate zulässigerweise vor einem Gerichte aufgenommen ist, ungültig sei (Gutbrod S. 23). Nur in Ansehung der in seinem Gebiete liegenden Grundstücke kann ein Bundesstaat landesgesetzlich bestimmen, daß für die Beurkundung des im § 313 BGB. bezeichneten Vertrags außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte zuständig sind. Es kann nicht landesgesetzlich bestimmt werden, daß Gerichte und Notare zu dieser Beurkundung nicht zuständig seien, sondern nur, daß neben den Gerichten und Notaren oder neben den Gerichten oder Notaren noch andere Behörden ꝛc. zuständig sind. Ebensowenig darf das Landesgesetz Notare oder Gerichte anderer Bundesstaaten für unzuständig erklären, Verträge über Grundstücke seines Gebiets zu beurkunden (Gutbrod S. 24). Der Prozeßvergleich (ZPO. §§ 160, 162, 163, 794) ersetzt unter allen Umständen die Form des § 313, und zwar auch da, wo, wie in Bremen (AG. z. BGB. § 6) die Notare ausschließlich zur Beurkundung des Grundstücksveräußerungsvertrags zuständig sind (RG. E. 48 S. 183). Die Bestätigung eines nach § 313 nichtigen Vertrags bedarf ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Diese Form wird nicht ersetzt durch Erklärungen, die die Parteien vor dem Prozeßgericht abgeben, sofern die Erklärungen nicht zur Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis geführt haben. Die Bestätigung (BGB. § 141) setzt außerdem vollkommene Willensübereinstimmung über die beiderseitigen Rechte und Pflichten voraus (RG. V. 58. 05). Neben solchen Landesgesetzen bleiben auch die Reichsgesetze in Kraft, welche die Beurkundung von Rechtsgeschäften anderen Beamten oder Behörden übertragen (Art. 32 EG. z. BGB.). Nach Reichsgesetzen kommen in Betracht die Geschwaderauditeure (RGJG. § 184; vgl. darüber Anm. III 1 a zu § 29 GBO.) und die Reichskonsuln (vgl. Anm. III 4 zu § 29 GBO.).

Bezüglich der preußischen Landesgesetze gelten folgende Grundsätze. Art. 141 EG. z. BGB. bestimmt:

Die Landesgesetze können bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind.

Von diesem Vorbehalte hat Preußen keinen Gebrauch gemacht. Nach dem PGFG. Art. 31 Satz 1, 2 sind für die Aufnahme von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Amtsgerichte und die Notare zuständig. Damit ist eine Besonderheit des rheinischen Rechtes beseitigt und Rechtsgleichheit für den ganzen preußischen Staat geschaffen. Ferner bestimmt aber Art. 142 EG. z. BGB.:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß für die Beurkundung des im § 313 BGB. bezeichneten Vertrags sowie für die nach § 873 Abs. 2 BGB. zur Bindung der Beteiligten erforderliche Beurkundung der Erklärungen außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte zuständig sind.

Von diesem Vorbehalte hat Preußen Gebrauch gemacht durch die alle Beurkundungen von Rechtsgeschäften, also auch von Grundstücksüberlassungsverträgen umfassende Vorschrift des PGFG. Art. 32 Abs. 1:

Unberührt bleiben die Vorschriften, wonach die im Art. 31 bezeichneten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch von anderen Behörden oder mit öffentlichem Glauben versehenen Personen als den Amtsgerichten oder Notaren oder nur von solchen anderen Behörden oder Personen oder nur von dem örtlich zuständigen Amtsgerichte vorgenommen werden können.

Von den landesgesetzlichen Bestimmungen, die hiernach aufrecht erhalten sind, kommen hier folgende in Betracht:

1. § 55 der V. wegen Organisation der Generalkommissionen v. 20. Juni 1817, wonach die von den Kommissaren der Auseinandersetzungsbehörden aufgenommenen Verhandlungen die Wirkung gerichtlicher Urkunden haben. Das gleiche gilt nach der irrevisiblen Rechtsprechung des OLG. Frankfurt a. M. für die vom Konsolidationskommissar in Nassau auf Grund der KonsolidationsO. v. 12. September 1829, Instr. v. 2. Februar 1830 und G. v. 21. März 1887 beurkundeten Vereinbarungen (RG. V 69. 05);

2. die Auditeure. (Vgl. darüber Anm. III 5 zu § 29 GBO.)

3. Aufrecht erhalten ist durch Art. 109, 142, 3 EG. z. BGB. auch § 26 PEnteigG. v. 11. Juni 1874, wonach das vom Regierungskommissar aufgenommene Protokoll die Kraft einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde hat.

4. Nach Art. 38 Abs. 3 PGFG. kann der Justizminister für solche Bezirke, in denen dazu ein Bedürfnis besteht, die Amtsgerichte ermächtigen, in den ihm geeignet erscheinenden Fällen mit der Vornahme und der Beurkundung einer freiwilligen Grundstücksversteigerung, die außerhalb der Gerichtsstelle erfolgen soll, einen Gerichtsschreiber zu beauftragen; der Gerichtsschreiber soll nur mit Zustimmung der Beteiligten beauftragt werden.

5. In einzelnen Gebieten Preußens sind neben den ordentlichen Gerichten noch besondere Gerichte (Dorf-, Orts-, Feldgerichte) sowie Gemeindebeamte (Bürgermeister, Ortsgerichtsvorsteher, Schultheißen, Ratmänner) für gewisse Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig. Im PGFG. Art. 104—111, 113—118 ist die Zuständigkeit dieser besonderen Gerichte ꝛc. zur Mitwirkung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit neu geregelt (vgl. Anm. III 5 zu § 29 GBO.). Die Befugnis zur Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, insbesondere des Grundstücksveräußerungsvertrags ist ihnen — abgesehen von einem Falle — nicht gegeben, sondern die Vorschriften des bisherigen Rechtes, wonach ihnen diese Befugnis zustand, sind aufgehoben (Art. 119). Die einzige Ausnahme bestimmt Art. 112 dahin:

Die im Art. 111 bezeichneten Beamten sind zuständig, im Auftrage des Gerichts freiwillige öffentliche Versteigerungen von Grundstücken vorzunehmen und zu beurkunden. Sie sollen hiermit nur auf Antrag der Beteiligten beauftragt werden.

Die im Art. 111 bezeichneten Beamten sind die Ortsvorsteher in den hohenzollernschen Landen, die Bürgermeister in dem vormals Landgräflich hessischen Amtsbezirke Homburg und in den Gebieten des vormaligen Herzogtums Nassau sowie der vormals

freien Stadt Frankfurt mit Ausnahme des Gebiets der jetzigen Stadtgemeinde Frankfurt und die Ortsgerichtsvorsteher in den vormals Großherzoglich hessischen Gebietsteilen, sowie die beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland, in Harlingerland und im Regierungsbezirk Osnabrück (Art. 125 das.). Durch Königliche Verordnung können in den in den Art. 119 Abs. 1 Satz 2, 122, 123 das. bezeichneten Gebieten Ortsgerichte gebildet werden, die dann für die im Art. 112 bezeichneten Versteigerungen ausschließlich zuständig sind. „Dadurch, daß die Ortsbehörden die Versteigerung nur im Auftrage des Gerichts vornehmen dürfen und das Gericht den Auftrag nur auf Antrag des Beteiligten oder, wenn mehrere Beteiligte vorhanden sind, auf Antrag aller Beteiligten erteilen darf, ist Vorsorge dafür getroffen, daß die Versteigerungen nur in den dazu geeigneten Fällen von den Ortsbehörden vorgenommen werden" (Begr. des Art. 112 Entw. Vgl. AVf. v. 13. und 28. Dezember 1899, JMBl. S. 779, 889).

6. Zu den aufrecht erhaltenen älteren Bestimmungen treten noch die auf Grund der Art. 142, 3, 218 EG. z. BGB. im PAG. z. BGB. Art. 12 §§ 2—4 getroffenen Bestimmungen:

§ 2. Wird bei einem Vertrage, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem in Preußen liegenden Grundstücke zu übertragen, einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten, so ist für die Beurkundung des Vertrags außer den Gerichten und Notaren auch der Beamte zuständig, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist.

§ 3. In dem vormaligen Herzogtume Nassau sind an Orten, die nicht Sitz eines Amtsgerichts sind, auch die Bürgermeister zuständig, Kauf- und Tauschverträge über Grundstücke ihres Amtsbezirks zu beurkunden, wenn der Kaufpreis oder der Wert der eingetauschten Gegenstände nicht mehr als fünfhundert Mark beträgt.

§ 4. Auf die Beurkundung, die ein nach den §§ 2, 3 zuständiger Beamter vornimmt, finden die Vorschriften des § 168 Satz 2 und der §§ 169 bis 180 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des § 191 des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Art. 41 des Preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung. Ist nach diesen Vorschriften ein Dolmetscher zuzuziehen, so kann die erforderliche Beeidigung des Dolmetschers durch den beurkundenden Beamten erfolgen.

Der Entwurf wollte nur für Verträge über den käuflichen Erwerb von Grundstücken zu Ansiedelungszwecken, zu Eisenbahn- und Kanalbauten für den Staat gewisse Beamte neben den Gerichten und Notaren für zuständig erklären. Im Einverständnisse mit der Staatsregierung ist jedoch vom Abgeordnetenhause (KommBer. zu Art. 12 Entw.) dem § 2 die erweiterte Fassung gegeben, weil das gleiche Bedürfnis auch für die Verträge, die das Reich, die Provinzen, die Landkreise, Städte und Landgemeinden und überhaupt öffentliche Behörden abschließen, vorhanden sei. Nach der Fassung der Vorschrift ist es nicht zweifelhaft, daß nicht der den Vertrag abschließende Beamte die Beurkundung vorzunehmen hat, sondern daß durch den Vorstand der zur Vertretung berufenen oder vorgesetzten Behörde ein zweiter Beamter als Urkundsperson zu bestimmen ist. Der Beamte kann ein für alle Male oder für einen einzelnen Fall zu der Beurkundung bestellt werden. Es ist auch zulässig, daß der Bürgermeister als Vorsteher des Magistrats sich selbst zur Urkundsperson bestellt (RG. E. 53 S. 150). Wird der Vertrag bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten geschlossen, so kann der bestellte Beamte, auch wenn er die Vertragsvorverhandlungen namens der Stadt ꝛc. mit der Gegenpartei geführt hat, den Vertragsantrag der letzteren beurkunden (RG. E. 49 S. 129, Bd 53 S. 150). Der § 2 des Art. 12 findet keine Anwendung auf die gütliche Einigung über die Grundabtretung zum Betriebe des Bergbaues, die in dem gemäß § 143 PBerggef. v. 24. Juni 1865 vor den Kommissaren des Oberbergamts und des Bezirksausschusses anberaumten Ermittlungstermin zu Protokoll erklärt wird (RG. E. 56 S. 190). Art. 12 § 2 bezieht sich nur auf den obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag, nicht auf die dingliche Einigung, nicht auf die Bewilligung einer

Auflassungsvormerkung, nicht auf eine Vollmacht zur Auflassung (RG. JW. 29 S. A 135, 139).

Die §§ 3, 4 sind vom Abgeordnetenhause eingefügt. Im Anschlusse an § 3 bestimmt Art. 122 Abs. 1 Satz 3 PGFG.: Im vormaligen Herzogtume Nassau gehen auf die Ortsgerichte auch die im Art. 12 § 3 AG. z. BGB. bezeichneten Verrichtungen über.

Die Übergangsbestimmung im PGFG. Art. 139 Abs. 2 hält die bisherige, weiter gehende Zuständigkeit der Ortsbehörden zur Beurkundung obligatorischer Grundstücksveräußerungsverträge bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, aufrecht.

Die in den erwähnten Ausnahmefällen nicht von Amtsgerichten oder Notaren aufgenommenen Urkunden über die Veräußerung von Grundstücken stehen den gerichtlich oder notariell beurkundeten Verträgen im Sinne des § 313 BGB. und des § 98 GBO. völlig gleich. Die landesgesetzlichen Vorschriften, die in einem Bundesstaate nach Art. 142 EG. z. BGB. getroffen sind oder getroffen werden, haben nur für Verträge über Veräußerung von Grundstücken, die im Gebiete dieses Bundesstaats liegen, Geltung. Ein unter ihrer Beobachtung über die Veräußerung eines in einem anderen Bundesstaate belegenen Grundstücks geschlossener Vertrag ist nichtig, selbst wenn in diesem anderen Bundesstaate gleichartige Beamte oder Behörden zur Beurkundung für zuständig erklärt sind.

Die gerichtliche oder notarielle, sowie die ihr durch die Landesgesetzgebung innerhalb der Grenzen des Art. 142 EG. z. BGB. gleichgestellte Beurkundung setzt die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten nicht voraus und unterscheidet sich dadurch von der Form der Auflassung. Über die Verhandlung muß ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden (RGFG. § 175). Die Erfordernisse des Protokolls regeln die §§ 167 ff. das. und die Art. 40 ff. PGFG.

Gerichtliche oder notarielle Beglaubigung (§§ 126, 129 BGB.) genügt nicht und kann auch durch die Landesgesetzgebung nicht zur Erfüllung der Form des § 313 BGB. für ausreichend erklärt werden; aber für Sonderrechtsgebiete, die der Einwirkung des BGB. durch das EG. dazu völlig entzogen sind, ist die Landesgesetzgebung in der Lage, sogar noch weiter gehende Formerleichterungen vorzuschreiben. Auf Grund der Art. 62, 109, 142, 218, 3 EG. z. BGB. bestimmt das PAG. z. BGB. im Art. 12 § 1:

Für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke gegen Übernahme einer festen Geldrente zu übertragen (Rentengutsvertrag), genügt bei den durch Vermittlung der Generalkommission begründeten und bei den vom Staate ausgegebenen Rentengütern die schriftliche Form.

Das gleiche gilt für den in den §§ 16, 17 des Ges. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874 (GesS. S. 221) bezeichneten Vertrag über die freiwillige Abtretung von Grundeigentum.

Auch gegenüber der hier bestimmten erleichterten Form greift die Vorschrift des § 313 Satz 2 BGB. Platz, so daß mündliche Vereinbarungen, die in den schriftlichen Vertrag nicht aufgenommen sind, durch die auch hier notwendige nachfolgende Auflassung und Eintragung gültig werden. Bei den durch Vermittlung der Generalkommission begründeten Rentengütern findet jedoch keine Auflassung statt. Auf Rentengutsverträge, die ohne Vermittlung der Generalkommission geschlossen werden, findet Art. 12 § 1 keine Anwendung. Vgl. Bd. II Ergänz. IV. Die im § 1 Abs. 2 enthaltene Vorschrift findet keine Anwendung auf die gütliche Einigung im bergrechtlichen Enteignungsverfahren, sondern hier muß die Form des § 313 Satz 1 BGB. gewahrt werden (RG. E. 56 S. 190). Vgl. Bd II Arch. 1 A Nr. IV.

II. Wie schon erwähnt, können die Landesgesetzgebungen nach GBO. § 98 die Vorlegung des der Form des § 313 BGB. entsprechenden obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrags nur als Ordnungsvorschrift bestimmen. Die Gültigkeit der Auflassung

können sie nicht davon abhängig machen, wie sich aus § 313 Satz 2 ergibt. Die Nichtbeobachtung einer Ordnungsvorschrift hat niemals die Unwirksamkeit des Rechtsakts zur Folge, auf den sie sich bezieht (Planck I S. 27). Preußen hat von diesem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht. Vgl. im übrigen Bd II Anm. 1 zu § 98 GBO.

III. Ist der Vertrag in der Form des § 313 oder in einer von der Landesgesetzgebung dieser gleichgestellten Form geschlossen, so kann aus ihm, wenn er nicht aus materiellen Gründen, z. B. wegen Willensmängel, rechtsunwirksam ist, auf Erfüllung, insbesondere auf Auflassung geklagt werden. Selbstverständlich ersetzt auch der formgerechte obligatorische Vertrag die Auflassung nicht. Ein Vertrag, der den erwähnten Formvorschriften nicht entspricht, ist nichtig. Grundsätzlich kann ein nichtiges Rechtsgeschäft niemals rechtswirksam werden. Die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrags berührt zwar die Gültigkeit der nachfolgenden Auflassung nicht, aber der Veräußerer würde nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung (BGB. §§ 812 ff.) vom Erwerber verlangen können, daß der Eigentumsübergang rückgängig gemacht werde (vgl. Anm. 1 S. 102 f.). Dieser Anspruch auf Rückübertragung würde erst in 30 Jahren verjähren (BGB. § 195). Dem bloß formalen Mangel des obligatorischen Vertrags gegenüber der formell und materiell zu Recht bestehenden Auflassung eine so einschneidende Bedeutung beizulegen, erschien vom gesetzgeberischen Standpunkt aus nicht gerechtfertigt (Prot. I S. 462). Entschließt sich der wegen Formmangels des Vertrags obligatorisch nicht Gebundene zum Abgeben der mit noch größeren formalen Garantien umkleideten Auflassungserklärung, so liegt darin eine gewisse Anerkennung des nichtigen Vertrags. Mit Rücksicht hierauf schrieb schon § 10 PEigG. v. 1872 vor: „Die mangelnde Form des Rechtsgeschäfts, in deren Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, wird durch die Auflassung geheilt." Das BGB. § 313 Satz 2 schließt sich diesem gesetzgeberischen Vorgang an, bringt aber noch deutlicher zum Ausdrucke, daß der Vertrag erst durch die Auflassung (und Eintragung) gültig wird und bis dahin nicht besteht. Das PEigG. legte schon der Auflassungserklärung die heilende Kraft bei (RG. Gruch. 40 S. 391, 396), indem es von der Annahme ausging, daß Auflassung und Eintragung einen einheitlichen Akt bildeten und daß diese sich an jene unmittelbar anschließe. Da dieser Standpunkt, insbesondere durch Art. 143 EG. z. BGB., verlassen ist, mußte zum Ausdrucke gebracht werden, daß der nicht der Form des § 313 Satz 1 oder einer gleichwertigen landesgesetzlichen Form entsprechende Vertrag erst gültig werde, wenn die Auflassung und die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch erfolgen, wobei vorausgesetzt wird, daß Auflassung und Eintragung gültig sind. Während vorher keine, auch nicht eine obligatorische Bindung der Beteiligten besteht, ist nach erfolgter Auflassung und Eintragung der Wille der Beteiligten obligatorisch und dinglich gebunden. Außerdem bringt § 313 Satz 2 klarer als das preuß. Gesetz zum Ausdrucke, daß mit der Auflassung und Eintragung der obligatorische Vertrag so, wie er zur Zeit der Auflassung unter den Vertragschließenden bestehen würde, wenn alle Vereinbarungen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form getroffen wären, seinem ganzen Inhalte nach Gültigkeit erlangt. Zu beachten ist aber, daß diese nachträglich eintretende Gültigkeit sich nur auf die Form, nicht auch auf sonstige die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags beeinträchtigende Mängel bezieht (Denkschr. z. BGB. S. 73). Es werden z. B. nicht geheilt der kraft Gesetzes nichtige Inhalt des Vertrags (BGB. §§ 310, 312), ferner nicht die sogen. Willensmängel (z. B. Irrtum; RG. V 176. 03) und der Mangel der zur Rechtswirksamkeit eines Vertrags erforderlichen Einwilligung oder Genehmigung eines Dritten (§§ 182 ff.) oder der nach gesetzlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigung von Behörden (z. B. des Vormundschaftsgerichts in den Fällen der §§ 1643, 1821 ff.) oder der Einwilligung von Privatpersonen (z. B. des Ehemanns in den Fällen der §§ 1395 ff., der Ehefrau in den Fällen der §§ 1444 ff.). Übrigens kann die Zustimmung nachträglich erfolgen und wirkt dann auf den Zeitpunkt der Vornahme des, abgesehen von diesem Mangel, rechtswirksamen Rechtsgeschäfts zurück (BGB. §§ 184, 1396, 1448). Auch enthält

die Genehmigung der Auflassung zugleich die Genehmigung des vorangegangenen obligatorischen Vertrags (RG. JW. 1882 S. 7). Die Zustimmung ist an eine bestimmte Form, insbesondere an die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht gebunden (BGB. § 182 Abs. 2). Der Grundbuchbeamte soll nach GBO. § 29 freilich darauf halten, daß die Zustimmung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird; allein die Nichtbeobachtung dieser Ordnungsvorschrift hat nicht die Nichtigkeit des Vertrags (und der Auflassung) zur Folge. Steht also nur fest, daß die Zustimmung — wenn auch nicht in der Form des § 29 GBO. — erteilt ist, so ist der in der Form des § 313 geschlossene Vertrag rechtswirksam. Die Zustimmung zu einem formwidrigen Vertrag ist rechtlich ohne Bedeutung, oder als *vorherige* Zustimmung zu dem später formgerecht abzuschließenden Vertrage widerruflich (BGB. § 183).

Die Eintragung einer *Vormerkung* zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung hat nicht formheilende Kraft (Sekler S. 159 Nr. IV. 2). Ebensowenig die *Vertragserfüllung* RG. V 149. 03) oder die ausdrücklich übernommene Verpflichtung zur Auflassung (RG. E. 54 S. 147). Die Frage, ob eine anfänglich wegen Formmangels ungültige Vertragsabrede durch Auflassung und Eintragung gültig wird, kann erst dann Gegenstand richterlicher Prüfung werden, wenn das formheilende Ereignis eingetreten ist. Es kann daher einer auf Auflassung gerichteten Klage gegenüber dem Beklagten nicht gestattet werden, in diesem Prozesse zur Feststellung zu bringen, daß, falls eine verurteilende Entscheidung ergehen und durch Eintragung des Klägers als Eigentümers vollstreckt werden sollte, damit zugleich bestimmte mündliche Abreden Wirksamkeit erlangen. Denn bis zur Vollziehung der Auflassung durch Eintragung kann jeder Teil die formungültigen Abreden widerrufen (RG. E. 54 S. 107).

Die Gültigkeit des der Form des § 313 nicht entsprechenden Vertrags tritt erst mit der Auflassung *und* der Eintragung ein. Sie kann nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses des formwidrigen Vertrags zurückbezogen werden, weil ein nichtiges Geschäft niemals rückwärts rechtswirksam gemacht werden kann. So nahm schon die Praxis auf Grund des PEigG. § 10 an, daß die Verjährung von Rechten aus dem Vertrage, z. B. des Anspruchs auf Gewährleistung (BGB. § 477), die erst infolge der Heilung des Formmangels des Vertrags durch die Auflassung entstehen und klagbar werden, nicht schon vor der Auflassung beginnen könne (RG. Gruch. 29 S. 388). Derselbe Grundsatz gilt auch für das BGB. Planck (Nr. 4 zu § 313) nimmt an, daß das Gesetz die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung des zugrunde liegenden obligatorischen Vertrags (BBB. § 141) behandle, woraus zu folgern sei, daß die Parteien im Zweifel verpflichtet seien, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre (BGB. § 141 Abs. 2). Diese Annahme ist nicht unbedenklich, weil § 141 eine Bestätigung voraussetzt, die in allen (formellen und materiellen) Beziehungen den Erfordernissen des bestätigten Rechtsgeschäfts entspricht (Planck Nr. 1 zu § 141), während die Auflassung nur die formellen Mängel des obligatorischen Vertrags heilt und auch diese nur, wenn die Eintragung hinzutritt. Die materiellen obligatorischen Rechtsbeziehungen der Parteien zu regeln, sind die Auflassungserklärungen nicht bestimmt Dennoch wird die *sinngemäße* Anwendung der *Auslegungsregel* des § 141 Abs. 2 nicht von der Hand zu weisen sein. Eine vernünftige Auslegung des Willens der Parteien wird aber niemals dazu führen, daß der Beginn der Verjährung auf einen vor der Auflassung liegenden Zeitpunkt verlegt werden müsse (a. M. Behrend in Gruch. 31 S. 457; Dernburg PPrivR. 1 § 98 Anm. 8, Schollmeyer Anm. 3 zu § 313, Gutbrod S. 123).

Gültig werden durch die Auflassung und Eintragung der mündlich geschlossene Vertrag, der privatschriftliche und der gerichtlich oder notariell beglaubigte Vertrag nebst den mündlich getroffenen Nebenabreden, endlich die *neben* dem der Formvorschrift des § 313 entsprechenden Vertrage bis zur Auflassung mündlich und privatschriftlich (wenn auch unter gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung) getroffenen Vereinbarungen (Prot. I 463). Auch

Nebenabreden, die ihre Bestimmtheit erst durch die Bestimmung eines Dritten oder durch Bezugnahme auf einen anderen Vertrag erhalten, werden durch Auflassung und Eintragung geheilt (RG. E. 57 S. 164). Sind die Auflassung und die Eintragung erfolgt, so kann der Veräußerer aus dem Formmangel keinen Anspruch auf Rückübertragung auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung herleiten, der Erwerber muß die versprochenen Gegenleistungen gewähren. Im einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1. Das PALR. I 5 §§ 127 ff. machte eine Unterscheidung, je nachdem die Nebenabreden Hauptbestimmungen (Essentialien) oder Nebenbestimmungen (Akzidentalien) betrafen. Betrafen sie (im schriftlichen Vertrage anders geregelte) Hauptbestimmungen, so war der Inhalt des schriftlichen Vertrags entscheidend; betrafen sie dagegen Nebenbestimmungen, so sollten die im schriftlichen Vertrage fehlenden Bestimmungen vom Richter nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden. Diese Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenabreden ist dem BGB. fremd. Nach §§ 154, 155 ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte (also auch über Nebenbestimmungen im Sinne des ALR. I 5 § 129) geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte, sofern nicht anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne die (fehlende) Bestimmung über einen Punkt geschlossen sein würde. Wie schon erwähnt wurde, ist ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Das Formerfordernis erstreckt sich auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen. Verabredungen, die nicht in jener Form getroffen sind, sind nichtig, gleichviel ob sie sich als Zusätze darstellen oder mit dem Inhalte der in die vorgeschriebene Form gebrachten Bestimmungen im Widerspruche stehen (Mot. I S. 183). Ist aber ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (BGB. § 139). Daraus ergibt sich, daß das BGB. den formlosen Nebenberedungen eine wesentlich erhöhte Bedeutung beilegt, und anderseits, daß die früher nach preuß. Rechte vielfach erörterte Streitfrage, ob die heilende Kraft der Auflassung sich auch auf formlos vereinbarte Nebenbestimmungen beziehe (Turnau 1 S. 668 Anm. 5; RG. JW. 1896 S. 721 Nr. 87, 1897 S. 161 Nr. 54, S. 298 Nr. 34), ihre Bedeutung verloren hat. Durch die Bestimmung im § 313, daß der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, sollen gerade derartige Streitfragen abgeschnitten werden (Mot. II S. 191).

Wesentlich ist jedoch, daß der Vertragswille der Parteien, wie er zur Zeit der Auflassung besteht, die neben dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrage, sei es mündlich, sei es privatschriftlich oder in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form getroffenen Vereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend umfaßt, gleichviel ob sie vor, bei oder nach der Beurkundung getroffen sind (RG. Seuff. A. 58 S. 5, V. 196. 03, E. 52 S. 1). Gültig wird daher z. B. eine Vereinbarung, die in einem privatschriftlichen Vertrag enthalten war, in dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag aber fehlt, sofern nur nachgewiesen wird, daß die Beteiligten sie bei der Auflassung haben aufrecht erhalten wollen. (RG. JW. 1899 S. 681 Nr. 25, 1901 S. 93 Nr. 39; für den Fall der Abweichung des schriftlichen Vertrags von einer vorhergegangenen Punktation mit Rücksicht auf die in das BGB. nicht übernommene Vorschrift PALR. I 5 § 265 vom RG. anders entschieden; Gruch. 32 S. 1084, JW. 1895 S. 530 Nr. 47.) Die Nichtigkeit der formlosen Abrede bringt es mit sich, daß jeder Teil von ihr wieder abgehen kann, und geschieht dies vor der Auflassung, so versagt die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung (RG. E. 52 S. 4, Bd 54 S. 109 V 56. 05). Herrscht zur Zeit der Auflassung unter den Parteien Streit darüber, ob mündliche Zusicherungen gemacht sind, so tritt die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung nicht ein (RG. V. 304. 03). Besteht nur über die rechtliche Tragweite einer Zusicherung bei der Auflassung Streit und der Erwerber behält sich im Einverständnisse mit dem Veräußerer seine Rechte aus der Zusicherung vor, so wird die mangelnde Form der Zusicherung durch die Auflassung geheilt (RG. V. 566. 04).

Auch nach dem BGB. — wie nach bisher. Rechte (Turnau I S. 669 Anm. 5 Abs. 3) — trifft die Partei, die sich auf Vereinbarungen beruft, die von dem Inhalte des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrags abweichen, die Beweislast. Handelt es sich um Abmachungen, die neben dem formgerechten Vertrage bestehen können, sich als vervollständigende Zusätze darstellen, so wird der Nachweis genügen, daß sie wirklich getroffen worden sind, und die andere Partei wird dann beweisen müssen, daß die Vereinbarung vor der Auflassung wieder rückgängig gemacht sei, daß in dem maßgebenden Zeitpunkte der Auflassung der Vertragswille der Parteien jene Vereinbarung nicht umfaßt habe (RG. Gruch. 33 S. 434, Bolze 9 Nr. 763). Handelt es sich dagegen um Vereinbarungen, die mit dem Inhalte des formgerechten Vertrags im Widerspruche stehen, so wird die Partei, die sich auf solche Vereinbarungen beruft, nicht nur nachzuweisen haben, daß sie getroffen sind, sondern auch, daß sie nach dem zur Zeit der Auflassung bestehenden Willen der Parteien trotz dem entgegenstehenden Inhalte des formgerechten Vertrags haben aufrecht erhalten werden sollen (RGG. E. 2 S. 186, Bd 3 S. 204, Bd 7 S. 118, Bd 10 S. 102, Bd 11 S. 262, 432, Bd 13 S. 239, Bd 14 S. 218; RG. Gruch. 33 S. 434, Bd 36 S. 395, Bd 40 S. 624, Bd 41 S. 964, JW. 1893 S. 396 Nr. 52, 1895 S. 530 Nr. 47, 1896 S. 288 Nr. 37, 1897 S. 552 Nr. 31, 33). Sollen Vereinbarungen der letztgedachten Art nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, aber vor der Auflassung getroffen sein, so muß der Nachweis der Vereinbarung genügen. In keinem Falle reicht aber die nackte Behauptung aus, daß der formgültige Vertrag abgeändert sei, sondern der Inhalt der abändernden Bestimmungen muß dargelegt und bewiesen werden (RG. Bolze 16 Nr. 251).

2. Da der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, versteht es sich von selbst, daß alle von den Parteien ohne Beobachtung der Form des § 313 gegeneinander übernommenen Verpflichtungen klagbar werden. So alle Verpflichtungen, die sich als Gegenleistungen für die versprochene Übertragung des Eigentums am Grundstücke darstellen; so aber auch Leistungen, die der Veräußerer neben der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums übernommen hat. Die Verpflichtungen, die sich als Gegenleistungen darstellen, bedürfen derselben Form, wie der Vertrag, dessen integrierende Bestandteile sie bilden. Ist diese Form für die eine oder die andere Verpflichtung nicht gewahrt, so ist der Regel nach der ganze Vertrag nichtig, gleich als ob überhaupt keine Vereinbarung in der Form des § 313 zustande gekommen wäre. Das gleiche ist der Fall, wenn die formgerechten Vereinbarungen den mündlichen Abreden der Parteien, ihrem wahren Vertragswillen nicht entsprechen (vgl. RG. E. 39 S. 270). Danach kann nicht bezweifelt werden, daß die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung alle einzelnen, gleichviel in welcher Form getroffenen Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien, wie er zur Zeit der Auflassung besteht, der Vertrag zusammensetzt, umfaßt. So kann z. B. unter der Voraussetzung des § 313 Satz 2 statt des zur Ersparung von Kosten und Stempeln oder aus einem anderen Grunde in dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag (oder bei der Auflassung) zu niedrig angegebenen Kaufpreises der mündlich oder privatschriftlich vereinbarte höhere Kaufpreis verlangt, auf Gewährung des vom Käufer dem Verkäufer nur mündlich oder privatschriftlich versprochenen Altenteils geklagt werden ꝛc. (vgl. OTrib. Gruch. 22 S. 405, JW. 3 S. 416; RG. V 339. 1889, V 104. 04). Die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die zwar Gegenstand desselben Vertrags gewesen sind, aber sich weder auf das Grundstück noch auf die für dieses zu gewährenden Gegenleistungen beziehen, werden jedoch nur bedingungsweise von der heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung erfaßt, nämlich nur dann, wenn sie in den Rahmen des Grundstücksveräußerungsvertrags fallen (RG. E. 16 S. 267, JW. 1887 S. 484 Nr. 35), d. h. wenn sie Teile eines einheitlichen und unteilbaren Vertrags sind. Die Frage, ob ein einheitlicher Vertrag vorliegt, ist tatsächlicher Natur und wird regelmäßig mit der Frage zusammenfallen, ob der Vertrag über die Veräußerung des Grundstücks nach dem für den konkreten Fall zu ermittelnden Willen der Parteien auch geschlossen sein würde, wenn jene anderen Vereinbarungen nicht

getroffen wären, wenn z. B. der Veräußerer sich neben der Verpflichtung, das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen, nicht noch zu einer anderen Leistung dem Erwerber gegenüber verpflichtet hätte. Ist in einem privatschriftlichen Vertrage die Verpflichtung zur Übertragung eines ganzen Vermögens, zu dem auch ein Grundstück gehört, übernommen (BGB. § 311), so wird durch die nachfolgende Auflassung des Grundstücks und die Eintragung des neuen Eigentümers die nach § 311 erforderliche Form hinsichtlich des ganzen Vertrags nicht geheilt. Ob in solchem Falle der Vertrag wenigstens insoweit, als er die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks betrifft, gültig wird, hängt nach § 139 BGB. davon ab, ob anzunehmen ist, daß die Beteiligten den Vertrag insoweit auch allein, d. h. unabhängig vom übrigen Vertragsinhalt als selbständigen Vertrag geschlossen haben würden. (RG. V 44. 05.) Liegt ein einheitlicher Vertrag vor, so werden alle seinen Bestand bildenden Vereinbarungen durch Auflassung und Eintragung gültig. Bedürfen solche Vereinbarungen über Nebenleistungen neben den auf die Verbindlichkeit zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke bezüglichen Leistungen und Gegenleistungen, wie z. B. die Verpflichtung des Veräußerers, dem Erwerber auch das Eigentum an Möbeln zu übertragen oder ihm eine Forderung abzutreten, keiner besonderen Form, so kann von einer direkten Anwendung des § 313 Satz 2 auf sie nicht die Rede sein, weil ihnen kein Formmangel anhaftet, wohl aber werden sie von jener Vorschrift indirekt betroffen. Sie sind wegen der einheitlichen und unlöslichen Verbindung nichtig, wenn der Hauptvertrag, der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, wegen Formmangels nichtig ist; sie werden gültig, wenn der Hauptvertrag durch Auflassung und Eintragung gültig wird. Soweit solche verbundenen Vereinbarungen an eine bestimmte Form gebunden sind, werden sie von der Vorschrift des § 313 Abs. 2 auch direkt betroffen. Letzterer Satz bedarf jedoch mehrfacher Einschränkungen. Es werden nämlich durch die Auflassung und Eintragung nicht ersetzt:

a. die Legitimationsurkunden, deren die Partei zur Ausübung eines ihr übertragenen Rechtes bedarf, z. B. die öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung einer Forderung (BGB. § 403), die Anweisungsurkunde (BGB. § 783). Die mündliche Abtretung und Anweisung in Verbindung etwa mit der Ausfertigung des Auflassungsprotokolls und einer Abschrift des Eintragungsvermerks genügt diesen Zwecken nicht, da der Dritte, dem gegenüber die Legitimation geführt werden soll, aus diesen Urkunden über die Abtretung und Anweisung nichts erfährt;

b. die zum dinglichen Erwerb eines Rechtes erforderliche Form, z. B. die zum Erwerb einer Briefhypothek erforderliche schriftliche Abtretungsurkunde und die Übergabe des Hypothekenbriefs (BGB. § 1154 Abs. 1), die zur Übertragung oder Belastung einer Buchhypothek erforderliche Form (BGB. § 1154 Abs. 3, § 873). Durch § 313 Abs. 2 wird nur die Form obligatorischer Verpflichtungen betroffen. Insbesondere ist die Auflassung und die Eintragung des Eigentümers nicht geeignet, dem Grundbuchbeamten den Nachweis der Übertragung oder Belastung eines eingetragenen Rechtes zu führen, ohne den er die Eintragung der Rechtsänderung nicht bewirken kann (GBO. § 26);

c. Erklärungen, die ohne die erforderliche Zustimmung eines Dritten abgegeben sind. Hat z. B. bei einer gütergemeinschaftlichen Ehe nur der Mann gewisse Eigenschaften des verkauften Grundstücks zugesichert, so wird durch die Auflassung und Eintragung die nach § 1445 BGB. erforderliche Zustimmung der Frau nicht ersetzt (RG. JW. 1903 Beil. S. 125).

Nach Eintritt der Gültigkeit des Vertrags kann auf Erteilung der Urkunden zu a und b geklagt werden.

d. Nicht ganz unzweifelhaft ist es, wie folgender Fall zu entscheiden ist. Bei Abschluß des formgerechten obligatorischen Veräußerungsvertrags ist mündlich vereinbart, daß der Erwerber verpflichtet sein soll, eine vom Veräußerer an einen Dritten bereits früher (ohne Beobachtung der Form des § 313) verkaufte Parzelle für den mit dem Dritten

vereinbarten Kaufpreis diesem aufzulassen. Das Reichsgericht (V 318.89) hat angenommen, daß nach erfolgter Auflassung der Veräußerer oder auf Grund einer von diesem erteilten Rechtsabtretung der Dritte gegen den Erwerber auf Auflassung der Parzelle gegen Zahlung des Kaufpreises klagen könne. Die Entscheidung ist auch nach BGB. zutreffend, weil in diesem Falle das ganze Grundstück von der Auflassung und Eintragung ergriffen wird (RG. E. 57 S. 164). Auch die nach Abschluß des Veräußerungsvertrags formlos getroffene Vereinbarung, daß ein Teil des Grundstücks, von dem die Vertragschließenden angenommen hatten, es gehöre nicht zum verkauften Grundstücke, nach der Auflassung dem Verkäufer zurückaufgelassen werden solle, wird durch Auflassung und Eintragung gültig (RG. Seuff. A. 59 S. 345). Anders wird zu entscheiden sein, wenn sich eine der Parteien zur Veräußerung eines anderen, selbständigen Grundstücks verpflichtet. Dann wird durch die nur auf das eine Grundstück bezügliche Auflassung und Eintragung der Formmangel des obligatorischen Kaufvertrags über das andere Grundstück nicht geheilt. Eine entgegengesetzte Annahme würde dazu führen, die Vorschrift des § 313 illusorisch zu machen. Liegt in einem solchen Falle ein einheitlicher Vertrag vor, so hat die Auflassung und Eintragung, die sich nur auf das eine Grundstück bezieht, überhaupt nicht die Wirkung des § 313 Satz 2 (vgl. unten Anm. 7). Ist in einem Erbauseinandersetzungsvertrag ein Nachlaßgrundstück einem der Miterben mit der mündlichen Vereinbarung überlassen, daß er es einem anderen der kontrahierenden Miterben abtreten müsse, so wird diese Vereinbarung durch die Auflassung wirksam und gibt dem anderen Miterben ein direktes Klagerecht auf Auflassung (RG. JW. 1899 S. 250 Nr. 75, Gruch. 43 S. 1091).

3. Die der Auflassung und Eintragung im § 313 Satz 2 zugeschriebene Wirkung beschränkt sich auf die obligatorischen Beziehungen der Vertragschließenden untereinander. Sie erstreckt sich nicht auf Rechtsgeschäfte, die einer der Vertragschließenden mit einem Dritten geschlossen hat (vgl. Inrnau I S. 667 Abs. 2; RG. JW. 1895 S. 213 Nr. 55. Die daselbst behandelten Fälle interessieren jedoch nicht mehr, da es in ihnen zur obligatorischen Willensbindung nach BGB. einer Form nicht bedarf). Verpflichtet sich z. B. der Käufer in oder neben dem Kaufvertrag über ein Grundstück zu einer schenkweisen Leistung an einen Dritten diesem Dritten gegenüber, so wird der Mangel der für diese Verpflichtung erforderlichen Form (BGB. § 518) durch die Auflassung und Eintragung nicht geheilt. Hat jedoch der Käufer die Verbindlichkeit, einen Dritten zu beschenken, dem Verkäufer gegenüber übernommen, so kann dieser nach Auflassung und Eintragung auf Erfüllung klagen. Hat der Eigentümer sein Grundstück durch Auflassung und Eintragung an einen Treuhänder übertragen mit dem Auftrag, es für ihn zu veräußern, schließt demnächst jener Eigentümer selbst mit einem anderen einen Kaufvertrag über dieses Grundstück nicht in der Form des § 313 und der Treuhänder erteilt in seinem Auftrage dem anderen die Auflassung, so ist der Auftraggeber nicht ein Dritter, sondern der eigentliche Vertrags- und Auflassungskontrahent und der nicht formgerechte Vertrag wird durch die vom Treuhänder erteilte Auflassung und die nachfolgende Eintragung gültig (RG. V 195. 1901).

4. Wird im obligatorischen Veräußerungsvertrag als dessen Teil eine Vereinbarung zugunsten eines Dritten nicht in der Form des § 313 getroffen, so wird dieser Mangel durch die Auflassung und Eintragung insofern geheilt, als der Kontrahent, der sich die Leistung an den Dritten ausbedungen hat, auf Erfüllung an den Dritten klagen kann (sofern diese Leistung nicht in der Veräußerung eines selbständigen, von der Auflassung nicht betroffenen Grundstücks besteht; RG. E. 57 S. 164). Bis zur erfolgten Auflassung und Eintragung kann der Dritte aus jenem Versprechen Rechte nicht herleiten, weil der Vertrag in allen seinen Teilen bis dahin nichtig ist. Wird der Vertrag nach § 313 Satz 2 gültig, so kann nunmehr der Dritte das zu seinen Gunsten bedungene Recht nach den Regeln des BGB. §§ 328 ff. erwerben. (Über d. bisher. Recht vgl. RG. JW. 1899 S. 119 Nr. 91.)

5. Die Übernahme von Hypothekenschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis wird mit dem übrigen Inhalte des formwidrigen Vertrags durch die Auflassung und Eintragung gültig. Der Gläubiger erwirbt Rechte aus dieser Schuldübernahme nicht schon mit dem Eintritte der Gültigkeit des Vertrags, sondern erst, wenn sie ihm vom Veräußerer nach der Eintragung des Erwerbers als Eigentümers des Grundstücks schriftlich mitgeteilt ist und er sie binnen sechs Monaten nach dieser Mitteilung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt (BGB. § 416).

6. Die Vollmacht, die einer der Vertragschließenden einem Dritten erteilt, für ihn die Auflassungserklärung abzugeben, bedarf nach BGB. keiner Form (§ 167 Abs. 2). Die sehr zweifelhafte Frage, ob der Formmangel einer solchen Vollmacht durch die Auflassung geheilt werde (RG. E. 35 S. 175), interessiert daher nicht mehr. Freilich soll nach der GBO. §§ 29, 30 die Eintragung (des Erwerbers) nur erfolgen, wenn die Bevollmächtigung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte (letztere Form reicht aus: KG. RJA. 2 S. 189, PJMBl. 1901 S. 232, KG. JW. 22 S. A 296) Urkunden dem Grundbuchamte nachgewiesen ist, und dieser Nachweis, der vor der Auflassung zu führen ist, kann nicht durch die Auflassungsurkunde geführt, durch die Auflassung und Eintragung kann nicht der Mangel der Form der Vollmacht geheilt werden; aber es handelt sich in den §§ 29, 30 nur um Ordnungsvorschriften, deren Nichtbeachtung nicht die Unwirksamkeit der Auflassung und Eintragung zur Folge hat.

7. Die Auflassung und Eintragung muß, wenn sie die ihr im § 313 Satz 2 zugeschriebene Wirkung haben soll, dem Inhalte des obligatorischen Veräußerungsvertrags entsprechen. Sie muß:

a. an den im Vertrage bezeichneten Erwerber erfolgen. Wird einem Bevollmächtigten des Erwerbers das Grundstück auf seinen eigenen Namen aufgelassen und der Bevollmächtigte auch als Eigentümer eingetragen, so werden dadurch die zwischen den Vertragschließenden ohne Beobachtung der im § 313 vorgeschriebenen Form getroffenen Vereinbarungen nicht gültig (RG. Gruch. 27 S. 1029). Sie werden aber gültig, wenn der Bevollmächtigte demnächst seinem Machtgeber die Auflassung erteilt und dieser als Eigentümer eingetragen wird. Wird ein Grundstück hintereinander mehrmals verkauft und erfolgt mit Einwilligung aller Beteiligten die Auflassung seitens des ersten Verkäufers an den letzten Käufer und dessen Eintragung, so werden die Formmängel auch der Zwischenverträge geheilt (RG. E. 16 S. 267, Bd 31 S. 230, JW. 1895 S. 214 Nr. 62, 1897 S. 298 Nr. 34, 1904 S. 169, Gruch. 40 S. 391, Bd 41 S. 1017, V 74/99, V 345. 03, V. 556. 04). Dadurch allein aber tritt der erste Verkäufer nicht in obligatorische Beziehungen zum letzten Käufer (RG. JW. 1897 S. 99 Nr. 62), sondern die Rechtsverhältnisse der verschiedenen Verkäufer und Käufer zueinander regeln sich nach dem Inhalte der zwischen ihnen geschlossenen Verträge. Hat ein Käufer seine Rechte aus dem von ihm geschlossenen Kaufvertrag an einen Dritten abgetreten, so bleibt er seinem Verkäufer aus dem Vertrage zur Erfüllung verpflichtet und die auf seine Veranlassung vom Verkäufer dem Dritten erteilte Auflassung gilt ihm gegenüber ebenso als Erfüllung, als wenn die Auflassung an ihn selbst stattgefunden hätte (RG. Gruch. 27 S. 1031). Ist der Dritte mit Bewilligung des Verkäufers ganz an Stelle des Käufers dergestalt in den Vertrag eingetreten, daß dieser völlig aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet (BGB. § 414), so wird dadurch die direkte obligatorische Beziehung des Dritten zum Verkäufer hergestellt (RG. V 129/94); es werden also unter der Voraussetzung des § 313 Satz 2 die zwischen den ursprünglichen Kontrahenten wenn auch formwidrig getroffenen Vereinbarungen auch dem Dritten gegenüber gültig.

b. Die Auflassung und Eintragung müssen das nämliche Objekt betreffen, wie der obligatorische Veräußerungsvertrag. Ist ein einheitliches Kaufgeschäft über eine Gesamtfläche für einen ungetrennten Kaufpreis vereinbart, so wird die mangelnde Form dieses Vertrags nicht dadurch geheilt, daß wissentlich nur einzelne in der Gesamtfläche enthaltene Grundstücke, die selbständige Grundbuchobjekte bilden, aufgelassen werden und der Käufer

als Eigentümer dieser einzelnen Grundstücke eingetragen wird, sondern der ganze Vertrag bleibt nichtig (BGB. § 139); eine teilweise Heilung der Nichtigkeit ist rechtlich unmöglich. Der Verkäufer kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen, daß die Eigentumseintragung rückgängig gemacht werde, der Käufer ist zu keinem Teile der Gegenleistungen verpflichtet (OTrib. E. 82 S. 177, RG. E. 56 S. 383). Bei einem Tauschvertrag über Grundstücke werden die Mängel der Form nicht dadurch geheilt, daß nur die eine Partei ihr Grundstück auflässt und die andere Partei als Eigentümer eingetragen wird; ebensowenig dadurch, daß die eine Partei nur einen Teil der vertauschten Fläche auflässt (RG. E. 16 S. 268, Bd 56 S. 383, Bd 60 S. 338, Gruch. 29 S. 388, Bd 35 S. 911, V 240. 1897; a. M. Dernburg BR. 2. Abt. I § 80 Nr. IV, Bd 3 § 90 Nr. 8). Die Frage, ob die Auflassung und Eintragung Formmängel auch dann heilen, wenn sie sich nicht auf den ganzen Vertragsgegenstand oder auf alle Vertragsgegenstände beziehen, ist zu verneinen, wenn der über mehrere Grundstücke geschlossene Vertrag sich als ein unteilbares einheitliches Rechtsgeschäft darstellt. Dann wird durch die Auflassung und Eintragung bezüglich nur eines Grundstücks kein Teil des obligatorischen Vertrags gültig. Ist ein ganzes gegenwärtiges Vermögen, zu dem auch Grundstücke gehören, zum Gegenstand eines obligatorischen Übertragungsvertrags gemacht (§ 311 BGB.) und der Vertrag entspricht nicht der Form der §§ 311, 313, so wird der Mangel der Form nicht durch die Auflassung geheilt, wenn nicht die Ausnahme des § 139 BGB. vorliegt (RG. V 44. 05). Handelt es sich nicht um ein einheitliches Geschäft, sondern sind mehrere Verträge über mehrere Grundstücke nur äußerlich zusammengefaßt (z. B. in einer privatschriftlichen Urkunde), so tritt für jeden einzelnen Vertrag die Heilung des Formmangels ein, wenn das Grundstück, über das sich dieser Vertrag verhält, aufgelassen und überschrieben wird; die übrigen zusammengefaßten Verträge werden also nicht dadurch gültig, daß nur ein Vertrag durch Auflassung und Überschreibung erfüllt wird.

Zweifelhafter ist die Beantwortung der Frage, ob die Heilung des Formmangels eintritt, wenn das Grundstück oder die mehreren Grundstücke im obligatorischen Vertrag und in der Auflassung falsch bezeichnet sind und infolge davon auch die Eintragung auf einem falschen Grundbuchblatt oder nicht auf allen Blättern der nach dem Willen der Beteiligten veräußerten Grundstücke erfolgt. Der häufigste Fall ist der, daß die Beteiligten bei der Veräußerung eines in ungetrennter Fläche liegenden Grunddesitzes annehmen, daß er nur ein Blatt im Grundbuch erhalten habe, während er in Wirklichkeit auf mehreren Blättern verzeichnet ist. Nach dem früheren preuß. Rechte war die Bejahung der Frage unbedenklich, weil die Heilung des Formmangels bereits mit der Auflassung eintrat. Irrtümer in der Bezeichnung waren für den rechtlichen Bestand der Auflassung bedeutungslos. Es bedurfte nur der freiwilligen oder durch Richterspruch ergänzten Deklaration der Auflassungserklärungen und, da diese nach der Regel des § 2 PEigG. Eintragungsbewilligung und Antrag enthielten, konnte die etwa erfolgte Eintragung auf Antrag des Erwerbers berichtigt oder ergänzt werden und es bedurfte nicht etwa einer neuen Auflassung. Die deklarierte Auflassung war von Anfang an gültig und hatte daher auch die Kraft, den Mangel der Form des obligatorischen Vertrags zu heilen (OTrib. Arch. 23 S. 159, Bd 32 S. 271; RG. JW. 1896 S. 17 Nr. 66, 1897 S. 254 Nr. 85, Gruch. 41 S. 639). Nach dem Systeme des BGB. sind Auflassung und Eintragung getrennte Akte und haben die heilende Kraft nur, wenn sie beide zusammentreffen. Auch nach neuem Rechte ist die falsche Bezeichnung für den Bestand rechtsgeschäftlicher Erklärungen bedeutungslos (vgl. S. 416) und die Deklaration der Auflassungserklärungen in dem oben bezeichneten Sinne möglich (RG. E. 60 S. 338). Damit ist aber nicht viel gewonnen; sondern es ist zu fragen, ob die ebenfalls unter dem Einflusse der falsa demonstratio stehende Eintragung auch in jener Weise deklariert werden kann, und diese Frage wird verneint werden müssen. Hier handelt es sich, wenn auch die Eintragung unter der Herrschaft des Willens der Beteiligten steht, nicht um Auslegung und Feststellung des Willens,

sondern um eine in Verwirklichung des Willens hervorgebrachte äußerliche Tatsache, die nicht durch bloße Deklaration mit dem wahren Willen der Beteiligten in Einklang gebracht werden kann (RG. E. 60 S. 338). Die Eintragung ist nichtig und muß durch eine andere Eintragung ersetzt werden. Die nichtige Eintragung hat gar keine Wirkung und eine gültige Eintragung mit der Wirkung des § 313 Satz 2 BGB. ist noch nicht vorhanden. Die Frage ist übrigens vielleicht nicht von großer praktischer Bedeutung; denn wenn feststeht, daß es sich nur um falsche Bezeichnung handelt, und demgemäß die Auflassungserklärungen freiwillig oder durch den Prozeßrichter deklariert werden, so muß der Grundbuchrichter auf Antrag des Erwerbers die richtige Eintragung bewirken, die falsche löschen, vorausgesetzt daß der Veräußerer nicht vorher die ganze Auflassung wegen Nichtigkeit des obligatorischen Vertrags kondiziert hat.

Hat der Grundbuchrichter aus Versehen den Erwerber als Eigentümer des Grundstücks A statt des aufgelassenen Grundstücks B eingetragen, so hat diese Eintragnng nicht die formheilende Wirkung.

8. Grundsätzlich tritt die der Auflassung und Eintragung im § 313 Satz 2 beigelegte Wirkung nicht nur dann ein, wenn die Auflassung von beiden Teilen *freiwillig* erklärt worden ist, sondern auch dann, wenn die Erklärung des einen Teiles durch rechtskräftiges Urteil ersetzt wird (ZPO. § 894). Tatsächlich wird aber in diesem Falle die Anwendung des § 313 Satz 2, wenn nicht geradezu ausgeschlossen, so doch äußerst beschränkt sein. Nach BGB. kann auf Auflassung *nur* auf Grund eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrags geklagt werden. Es können daher im Falle des § 894 ZPO. nur formlose Vereinbarungen *neben* einem formgültigen Vertrage von der heilenden Kraft der Auflassung und Eintragung ergriffen werden. Wird im Rechtsstreit eingewendet und nachgewiesen, daß der Vertrag die Vereinbarungen nicht vollständig wiedergibt, sondern daß zusätzliche oder abweichende Abmachungen unter Nichtbeobachtung der Form des § 313 Satz 2 vor oder bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags getroffen sind, so muß nach den oben unter Nr. 1 entwickelten Grundsätzen die Klage abgewiesen werden, weil dann die ganze auf die Veräußerung des Grundstücks bezügliche Vereinbarung nichtig ist. Sollen dergleichen Abmachungen erst *nach* der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags getroffen sein, so wird der erkennende Richter sie nicht berücksichtigen dürfen, weil der Bestand des formal gültigen Vertrags durch hinterher formwidrig getroffene Vereinbarungen nicht geändert werden kann. Sie sind nichtig, führen aber nicht Nichtigkeit des Vertrags herbei. Vollzieht sich die Auflassung durch freiwillige Erklärungen beider Teile, so gilt, wenn die Eigentumseintragung hinzutritt, alles das als gültiger Vertragsinhalt, was die Parteien zur Zeit der Auflassung als solchen übereinstimmend angesehen wissen wollen. Formungültige Vereinbarungen erhalten dadurch Gültigkeit, daß die Parteien den wichtigeren dinglichen Vertrag *freiwillig* in der gesetzlichen Form schließen, weil darin eine in strengster Form geäußerte Entschließung zu finden ist, den obligatorischen Vertrag in dem Inhalte, den er zur Zeit der Auflassung hat, zur Ausführung zu bringen. Dem richterlichen Zwange die gleiche Wirkung in dieser Hinsicht beizulegen, wie dem freien Entschlusse der Partei, ist nicht möglich. Nach alledem wird die richterlich ergänzte Auflassungserklärung lediglich den Inhalt des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrags decken. Die Auflassung vollendet sich jedoch erst mit dem Augenblick, wo der Kläger unter Vorlegung des rechtskräftigen, den Beklagten verurteilenden Erkenntnisses die Auflassungserklärung abgibt. Die etwa nach der Rechtskraft des Urteils formwidrig getroffenen Vereinbarungen nehmen an der heilenden Kraft der Auflassung und Eintragung teil, da sie auf freiwilliger Entschließung beruhen.

Die auf die Formvorschriften des PALR. gegründete Annahme (RG. Gruch. 33 S. 434), daß der Richter, der die Auflassungserklärung des einen Teiles ergänzt, im Urteil einen vom Inhalte des formgültigen Vertrags abweichenden Vertragsinhalt feststellen dürfe, läßt sich danach mit den Vorschriften des BGB. nicht in Einklang bringen.

9. Die Form von Vereinbarungen, die *nach* der Auflassung und Eintragung getroffen werden, unterliegt den allgemeinen Vorschriften und wird durch die *vorher* erklärte Auflassung nicht ergänzt (RGZ. V 170/90). Der Bestand des gültig gewordenen Vertrags kann durch nachträgliche, formwidrig getroffene Vereinbarungen nicht in Frage gestellt werden. Die nachträglichen Abmachungen bedürfen, wenn sie Bestandteile des einheitlichen Vertrags werden sollen, der für diesen vorgeschriebenen Form. Dasselbe gilt von Vereinbarungen, die zwischen der Auflassung und der Eintragung getroffen werden; denn der Eintragung allein ist im § 313 Satz 2 formheilende Kraft nicht beigelegt worden und konnte ihr auch nicht beigelegt werden, weil sie sich ohne Mitwirkung der Parteien vollzieht, aus ihr mithin Schlüsse auf die Willensrichtung der Parteien nicht gezogen werden können (zustimmend Schollmeyer Nr. 2b zu § 313).

10. Zur Widerlegung der Vermutung der fraudulosen Absicht aus dem RAnfG. v. 21. Juli 1879 § 3 Nr. 2 genügt in der Regel, daß die angefochtene Rechtshandlung sich als Erfüllung einer rechtswirksamen und erzwingbaren Verbindlichkeit darstellt. Ist der obligatorische Veräußerungsvertrag formwidrig abgeschlossen, so liegt in der darauf folgenden Auflassung zwar die Erfüllung des Vertrags, aber diese konnte wegen der Nichtigkeit des Vertrags nicht erzwungen werden. Die formheilende Kraft der Auflassung und Eintragung kann nicht rückwärts dahin vertreten werden, daß ein gültiger Vertrag vorgelegen habe und daher die Auflassung erzwingbar gewesen und jene Vermutung widerlegt sei (RG. Gruch. 39 S. 434).

IV. Eine Erörterung aller materiellen Folgen und Wirkungen des unter Beobachtung der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form geschlossenen Vertrags liegt nicht im Rahmen dieses Werkes. Es genügt hier, folgende in der bisherigen Praxis besonders hervorgetretenen Fragen zu berühren.

1. *Aus dem formgerechten Vertrage kann jeder Teil auf Erfüllung, insbesondere auf Erklärung der Auflassung klagen* (BGB. §§ 433, 445). Wendet der Beklagte ein, daß der Kläger seinen aus dem Vertrag oder aus dem Gesetze sich ergebenden Verpflichtungen noch nicht genügt habe, macht z. B. der beklagte Käufer geltend, daß der klagende Verkäufer das Grundstück nicht von Ansprüchen Dritter, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können, befreit, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Vormerkungen nicht beseitigt habe (BGB. §§ 434, 435, 439 Abs. 2), so kann dieser Einwand, wenn nicht Vorleistung ausdrücklich vorbedungen ist, nicht zur Abweisung der Klage führen, sondern der Beklagte ist zu verurteilen, Zug um Zug zu erfüllen (BGB. §§ 440, 320, 322), also z. B. Zug um Zug gegen Auflassung des von der Hypothek ꝛc. befreiten Grundstücks den nicht gestundeten Kaufpreis nebst Zinsen seit der etwa vorher erfolgten Übergabe zu zahlen (BGB. §§ 432, 452, 446). Damit stimmte im wesentlichen das PALR. überein (Turnau I 636 Anm. 2; vgl. RG. JW. 1900 S. 478 Nr. 28). In der Regel genügt es, wenn der Verkäufer im Auflassungstermin löschungsfähige Quittung über die zu löschende Hypothek übergibt. Vorgängige tatsächliche Löschung kann daher für gewöhnlich nicht gefordert werden (RG. im Recht 1902 S. 371 Nr. 1768). Der Verkäufer hat auch die preuß. Ablösungsrenten zu beseitigen (RG. JW. 1902 S. 69).

2. Ist ein Teil mit der ihm obliegenden Leistung, z. B. der Käufer mit der Zahlung des vertragsmäßig vor der Auflassung zu entrichtenden Kaufpreises, *im Verzuge*, so hat der andere nicht säumige Teil den Anspruch auf Erfüllung des Vertrags. Insoweit stimmt das BGB. mit dem PALR. überein. Außerdem gab dieses (I 11 § 230) dem Verkäufer für den Fall, daß der Käufer seinem Versprechen, den Kaufpreis bei der Übergabe (Auflassung) zu zahlen, nicht nachkam, das Recht, von dem — noch von keiner Seite erfüllten — Vertrage zurückzutreten. Diese Bestimmung war den allgemeinen Bestimmungen über die Folgen des Verzugs gegenüber eine Ausnahmevorschrift. Im allgemeinen berechtigte der Verzug des einen Teiles den anderen nicht zum Rücktritt. Abweichend hiervon gibt das BGB. im Anschluß an das bisherige HGB. (Art. 354—356) dem nichtsäumigen Teile

wenn der andere Teil mit der ihm obliegenden Erfüllung im Verzug ist, das Recht, dem anderen Teile eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne, zu bestimmen und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten (BGB. §§ 433, 445, 454, 326). Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so verliert er den Anspruch auf Erfüllung (§ 326 Satz 2). Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so hat er auch ohne Bestimmung einer Frist die eben bezeichneten Rechte (§ 326 Abs. 2). Unter der gleichen Voraussetzung kann er, wenn der andere Teil innerhalb der gestellten Frist die Leistung teilweise nicht bewirkt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB. verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten (§§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2). Von dieser Regel wird im § 454, der insoweit mit PALR. I 11 § 230 übereinstimmt, eine Ausnahme dahin gemacht: Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt (z. B. das Grundstück in vertrags- und gesetzmäßiger Beschaffenheit übergeben und aufgelassen) und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.

Darüber, wann Verzug in der Auflassung eintritt, ist folgendes zu bemerken. Zur Erklärung der Auflassung sind sowohl der Verkäufer (§ 433 Abs. 1), als auch der Käufer (§ 433 Abs. 2) verpflichtet. Ist im obligatorischen Vertrage kein Termin zur Auflassung bestimmt, so kann jeder Teil den anderen dadurch in Verzug setzen, daß er ihn auffordert, an einem bestimmten Tage zu einer bestimmten Stunde vor dem Grundbuchamte die Auflassungserklärung abzugeben oder anzugeben, wann er auf dem Grundbuchamt anzutreffen sein werde. Die bloße Aufforderung zur Auflassung genügt nicht, weil die Auflassung gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten voraussetzt. Erscheint der Aufgeforderte weder zur bestimmten Zeit vor dem Grundbuchamte, noch bestimmt er einen Termin, so kann der andere Teil auf Auflassung klagen oder von den ihm nach § 326 zustehenden Rechten Gebrauch machen. Hat er im letzten Falle dem anderen Teile eine Frist gesetzt, so muß dieser ihn innerhalb der Frist zu einem bestimmten Termine zur Abgabe der Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt einladen, wenn er den Verzug heilen und deren im § 326 geregelten Folgen entgehen will. Der Säumige muß hier die Initiative ergreifen, weil er nicht erwarten kann, daß der andere Teil sich während der ganzen Frist auf dem Grundbuchamt aufhält, die Auflassung aber die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile zur Voraussetzung hat (OTrib. E. 76 S. 288; RG. JW. 1883 S. 244, 1898 S. 89 Nr. 78, Bolze 6 Nr. 192, E. 53 S. 75, V 419. 04, V 453. 04). Ist der zur Auflassung Geladene durch Krankheit verhindert, so ist er nicht im Verzuge; er muß von neuem geladen werden (RG. JW. 1903 Beil. S. 114). Hat ein Teil geladen und der andere bleibt aus, ladet dann aber der andere und nun bleibt jener aus, so ist der erste Verzug geheilt und der zuletzt ausgebliebene befindet sich im Verzuge (RG. V 220. 03). Zur Begründung der Klage auf Auflassung gehört der Nachweis des Verzugs des Beklagten (RG. Seuff. A. 59 S. 409). Zur Inverzugsetzung genügt eine Aufforderung mit Terminbestimmung, wenn dabei dem anderen Teile überlassen wird, innerhalb der Frist den Tag der Auflassung zu bestimmen (RG. V 358. 05). Findet die Aufnahme von Auflassungsverhandlungen bei dem zuständigen Grundbuchamte regelmäßig nur an bestimmten Tagen statt, so muß die Ladung zur Erteilung oder zur Entgegennahme der Auflassung zu einem solchen Tage erfolgen, da das Erscheinen an einem anderen Tage zwecklos sein würde. Ist die Ladung zu einem ungeeigneten Tage erfolgt, so muß sie so wiederholt werden, daß die Auflassung an dem nunmehr bestimmten Tage auch ausgeführt werden kann. Erst wenn dann der geladene Teil nicht erscheint, gerät er in Verzug und es wird gegen ihn die Klage begründet. Wird auf eine hiernach unbegründete Klage die Auflassung erteilt, so fallen dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits zur Last (RG. V B 91. 1902). Für den Fall, daß die Auflassung nach Landesgesetz (EG. z. BGB. Art. 143

Abs. 1) auch vor anderen Behörden oder Beamten erklärt werden kann, hat der Verzug dieselben Voraussetzungen; doch wird zu beachten sein, daß auch in Gebieten, wo von dem Vorbehalte des EG. Art. 143 Abs. 1 Gebrauch gemacht ist, jede Partei verlangen darf, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt erklärt werde (vgl. Anm. S. 441).

Wenn der Käufer sich mit der nach dem Kaufvertrage vor der Auflassung zu leistenden Kaufpreiszahlung im Verzuge befindet, so kann der Verkäufer an ihn eine dem § 326 BGB. entsprechende Aufforderung zur Zahlung gegen Entgegennahme der Auflassungserklärung auch dann wirksam richten, wenn er zur Zeit der Aufforderung zur Auflassung nicht imstande ist; es genügt, wenn er zur Zeit der Zahlung dazu in der Lage ist (RG. V 126. 05). Hat freilich der Verkäufer zur Zeit der Auflassung keine Aussicht, dem Käufer bis zum bestimmten Termine die Auflassung zu gewähren, und ist er wirklich dazu bis zum Ablaufe der Frist nicht in der Lage, dann wird er sich den Einwand, daß er gegen Treu und Glauben gehandelt habe, selbst dann entgegensetzen lassen müssen, wenn auch der Käufer die Mittel zur Zahlung erst nach Ablauf der Frist beschaffen konnte.

3. Die Klage auf Auflassung ist auch dann zulässig, wenn der zur Veräußerung obligatorisch Verpflichtete nicht als Eigentümer eingetragen oder überhaupt nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Aus dem formgerechten Vertrag ergibt sich die Pflicht, dem zum Erwerbe Berechtigten das Grundstück zu übergeben und ihm das Eigentum am Grundstücke zu verschaffen (BGB. §§ 433, 445). Erweist sich hinterher, daß der Verpflichtete außerstande ist, dem Berechtigten das Eigentum zu verschaffen, so kommen die allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Erfüllung (BGB. §§ 323—325) zur Anwendung. Nach diesen kann unter anderem, wenn dem einen Teile infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, die Leistung unmöglich wird, der andere Teil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (BGB. §§ 325, 280). Hat der Verkäufer seiner Pflicht, das Grundstück von Hypotheken ꝛc. zu befreien, nicht genügt (BGB. §§ 434, 435, 439 Abs. 2) und ist er dazu auch im Auflassungstermine nicht imstande, so braucht der Käufer das Grundstück nicht abzunehmen, eine Auflassungserklärung nicht abzugeben (so auch nach bisher. preuß. Rechte; RG. Gruch. 33 S. 329, Bd 36 S. 980, Bd 41 S. 863). Kommt demnächst das Grundstück, wenn auch wegen einer anderen, vom Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Hypothek, gegen den Verkäufer zur Zwangsversteigerung und ist dem Verkäufer der Wiedererwerb des Grundstücks und damit die Auflassung unmöglich, so treffen den Verkäufer die Folgen des § 325 selbst dann, wenn er das Grundstück dem Käufer bereits übergeben hatte. Denn bevor dem Käufer das Grundstück in vertrags- oder gesetzmäßigem Hypothekenzustand aufgelassen war, hatte er nicht die Verpflichtung, den Verkäufer von jener Hypothek zu befreien, sondern es war Sache des Verkäufers, das Grundstück vor der Zwangsversteigerung zu bewahren (RG. JW. 1888 S. 83 Nr. 35). Der Grundsatz darf jedoch nicht überspannt werden. Ist die vom Käufer übernommene Hypothek, wegen der die Zwangsversteigerung beantragt ist, oder die vom Verkäufer zu beseitigende Hypothek von minimalem Betrage, so wird der Käufer sich nicht darauf berufen können, daß Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege (BGB. § 320 Abs. 2; RG. Gruch. 41 S. 863), insbesondere dann nicht, wenn das ausstehende Kaufgeld zur Tilgung jener Hypothek ausreicht.

Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm auch das im § 325 Abs. 2 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu (BGB. § 454). Durch Teilerfüllung wird das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht ausgeschlossen, es sei denn, daß der ausstehende Teil der dem Verkäufer obliegenden Erfüllung unwesentlich ist. Eine Stundung im Sinne des § 454 liegt nur vor, wenn der Kaufpreis erst *nach* der (im wesentlichen) vollendeten Erfüllung des Verkäufers fällig sein soll; nicht dann, wenn die beiderseitigen Leistungen hinausgeschoben sind und der Kaufpreis Zug um Zug oder vor der dem Verkäufer obliegenden Erfüllung zu zahlen ist (RG. E. 50 S. 138, Bd 56 S. 151).

Die Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliege, ist nach Lage des Einzelfalls zu

beantworten. Liegt nichts weiter vor, als daß der Verkäufer nicht Eigentümer des Grundstücks ist, so reicht das zur Annahme der Unmöglichkeit der Erfüllung durch Auflassung noch nicht hin, sondern der Verkäufer muß nachweisen, daß ihm der Erwerb des Grundstücks unmöglich sei, z. B. weil der eingetragene Eigentümer jede Veräußerung verweigert. Bis zu diesem Nachweise kann der Käufer auf Auflassung bestehen (RG. Gruch. 24 S. 240, Bd 30 S. 912, Bd 35 S. 930, E. 31 S. 184, Bd 32 S. 131, JW. 1897 S. 118 Nr. 45, S. 120 Nr. 57).

4. Der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit einer oder beider Parteien hat auf den Bestand des gültig abgeschlossenen obligatorischen Vertrags keinen Einfluß. Wird der Vertrag in der Art geschlossen, daß zunächst der Antrag und sodann seine Annahme (also in getrennten Akten) gerichtlich oder notariell beurkundet wird (BGB. §§ 128, 152), so wird das Zustandekommen des Vertrags nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist (BGB. § 153). Es kann gegen die Erben oder den gesetzlichen Vertreter auf Erfüllung des Vertrags geklagt werden. Die mangelnde Form von Vereinbarungen, die zwischen den Erben oder dem gesetzlichen Vertreter der einen Partei mit der anderen Partei vor der Auflassung getroffen sind, wird nach § 313 Satz 2 geheilt.

5. Der auf einen der Form des § 313 Satz 1 entsprechenden Vertrag gegründete Anspruch auf Auflassung kann abgetreten werden (RG. Wallmann Z. 4 S. 425, E. 42 S. 239). Die Abtretung ist an keine Form gebunden (RG. E. 53 S. 269). Der Anspruch aus der Auflassung kann nicht abgetreten werden. Der Erwerber, dem aufgelassen, der aber noch nicht eingetragen ist, kann einem Dritten auflassen, aber bevor der Dritte eingetragen werden kann, muß jener selbst als Eigentümer eingetragen werden (KG. Rsp. 2 S. 2).

V. Zu erwähnen ist endlich noch, daß das BGB. für obligatorische Verträge über die Verpflichtung zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes eine Form nicht verlangt. Hier genügt die Formalisierung des dinglichen Vertrags. Nur für das Erbbaurecht, das dem Grundstücke gleich behandelt wird, auch ein Blatt im Grundbuch erhalten kann (GBO. § 7), gilt § 313 in seinem ganzen Umfange (BGB. § 1017 Abs. 1; Prot. I S. 463, 464). Im übrigen kann aus einem formlosen, obligatorischen, auf Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechtes gerichteten Vertrag auf Erfüllung auch dann geklagt werden, wenn der Beklagte von einer inzwischen stattgehabten Einigung, bei der die Formen des § 873 Abs. 2 nicht gewahrt sind, zurückgetreten ist. Das verurteilende Erkenntnis ersetzt dann jene Formen (vgl. Förster im Recht 1901 S. 579).

VI. Über die Stempelpflichtigkeit privatschriftlicher Grundstücksveräußerungsverträge vgl. JMBl. 1900 S. 63.

VII. Übergangsrecht. Der § 313 Satz 1 ist nicht bis zum Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts suspendiert, sondern er gilt für alle nach dem 1. Januar 1900 geschlossenen Verträge, auch in Bezirken, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist; denn aus Art. 1, 55, 170 EG. z. BGB. ergibt sich, daß das den Eigentumsübergang vorbereitende obligatorische Kausalgeschäft seit dem 1. Januar 1900 den Vorschriften des BGB. vollständig unterworfen ist (RG. V 149. 03, 631. 04). Ein vor dem 1. Januar 1900 nicht perfekt gewordener Vertrag wird durch eine nach jenem Tage abgegebene schriftliche Anerkennung, die nach altem Rechte genügt haben würde, nicht gültig (RG. im Recht 1902 S. 19). Soll ein vor dem 1. Januar 1900 privatschriftlich geschlossener Vertrag nach dem Inkrafttreten des BGB. geändert werden, so bedürfen die Änderungen der Form des § 313 (Colmar in Lobes ZBl. 3 S. 840). Nach früherem preuß. Rechte wurde der zunächst nur von einem Teile unterschriebene privatschriftliche Vertrag bindend, wenn ihn der andere demnächst unterschrieb. Die Bindung trat mit dem Augenblick ein, wo der erste von der Unterschrift des anderen Kenntnis erhielt. Ist die zweite Unterschrift vor dem

1. Januar 1900 geleistet, aber erst nach diesem Tage zur Kenntnis des anderen Teiles gelangt, so ist wegen des inzwischen in Kraft getretenen § 313 ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen (RG. V 631. 04).

VIII. Örtliche Kollision der Gesetze. Wird ein Vertrag über die Veräußerung eines deutschen Grundstücks im Auslande geschlossen, so genügt nach herrschender Ansicht nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. die Beobachtung der Formvorschriften des Auslandes (Dernburg BR. 1 § 39 Nr. II, Gutbrod S. 56). Vielleicht läßt sich das Gegenteil aus Art. 30 EG. z. BGB. herleiten; denn der Zweck des § 313 BGB. würde vereitelt werden, wenn über deutsche Grundstücke im Auslande Veräußerungsverträge formlos geschlossen werden könnten.

C. Die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung.

Aus einem der Formvorschrift des § 313 entsprechenden Vertrage kann von beiden Teilen auf Auflassung und Eintragung geklagt werden. Ist es der Veräußerer, der die Auflassung verweigert oder verzögert, und ist er zugleich der eingetragene Eigentümer des Grundstücks, so ist der Gegenkontrahent im Erwerb äußerst gefährdet, weil jener das Grundstück in der Zeit, bis ein rechtskräftiges Urteil erlangt werden kann, mit der Wirkung einem anderen zum Eigentum übertragen oder für andere mit Hypotheken 2c. belasten kann, daß diese anderen selbst dann unanfechtbare Rechte am Grundstück erwerben, wenn sie von jenem Vertrag und dem sich daraus ergebenden Anspruch auf Auflassung und Eintragung Kenntnis hatten. Das Recht aus dem Vertrag ist ein rein obligatorisches, welches dem stärkeren dinglichen Rechte jener anderen unter allen Umständen weichen muß. Nur bei der Kollision dinglicher Rechte kommt es auf den guten Glauben des Erwerbers (falls der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft vermittelt ist) an. Aus praktischen Erwägungen war jedoch auch schon in bisherigem Rechte ein Mittel gegeben, wodurch der obligatorische Anspruch auf Auflassung mit dinglicher Wirkung gesichert werden konnte. Dieses Mittel ist die Vormerkung. Das PEigG. gab im § 8 dem Erwerber eines Grundstücks das Recht auf Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung. Das BGB. hat den Fall der Sicherung des Auflassungsanspruchs nicht besonders geregelt, sondern gewährt im § 883 ganz allgemein für jeden obligatorischen Anspruch, der auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet ist, das Sicherungsmittel der Vormerkung. Ein auf Grund eines dem § 313 Satz 1 nicht entsprechenden Vertrags eingetragene Vormerkung auf Auflassung ist nichtig (vgl. S. 193). Aus einem formgerechten Vertrage, durch den sich der Eigentümer der Gemeinde gegenüber verpflichtet, bestimmte Grundflächen zu Straßenbauzwecken für einen bestimmten Preis zu übertragen (KG. JW. 25 S. A 147), und aus der Bestimmung in einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Pachtvertrage, daß der Pächter mit Beendigung des Pachtvertrags berechtigt sei, das Grundstück für einen bestimmten Preis zu erwerben (KG. Rsp. 6 S. 122), können Vormerkungen auf Auflassung eingetragen werden. Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen der Vormerkung sind in den Anm. zu den §§ 883—888 (S. 185 ff.) behandelt und einzelne Anwendungen auf den Auflassungsanspruch (besonders in den Anm. I 3 c d, II 1, 2, 3, g, i, l, m, o, 5, 6 zu § 883, Anm. I 1, II 1 zu § 888) hervorgehoben. Es sind hier nur noch wenige Bemerkungen nachzutragen.

1. Durch die Vormerkung wird der obligatorische Anspruch zwar mit dinglichen Wirkungen ausgestattet, aber er wird dadurch nicht zu einem dinglichen. Der Vorgemerkte erlangt nicht eine einem Eigentümer ähnliche oder gleiche Stellung. Ihm steht weder die Vindikation, noch die Eigentumsfreiheitsklage zu (OTrib. E. 83 S. 81). Er kann weder Wiederherstellung des früheren Zustandes des Grundstücks, noch statt dessen Schadenersatz verlangen (RG. Gruch. 36 S. 1201). Er erlangt diese Klagerechte auch nicht schon durch die rechtskräftige Verurteilung des Veräußerers zur Auflassung, sondern erst durch die Auflassung und Eintragung (RG. das.).

2. Der Vorgemerkte hat nicht die Befugnis, der auf Antrag eines Gläubigers des Veräußerers eingeleiteten Zwangsverwaltung zu widersprechen. Das Nutzungsrecht bleibt dem eingetragenen Eigentümer trotz der Vormerkung und kann daher auch von seinen Gläubigern zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemacht werden (OTrib. Gruch. 24 S. 105).

3. Durch die Auflassungsvormerkung wird der eingetragene Eigentümer an der Veräußerung des Grundstücks nicht gehindert. Dagegen wird der Kreis der Kaufreflektanten und damit die Verkaufsmöglichkeit vermindert, da jeder Erwerber darauf gefaßt sein muß, dem Vorgemerkten weichen zu müssen. Das vorgemerkte Recht steht sonach der freiwilligen Veräußerung des Grundstücks nicht entgegen, da es durch die Veräußerung weder vereitelt noch beeinträchtigt wird (BGB. § 883 Abs. 2). Ebensowenig steht es der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung entgegen und fällt daher nicht unter die Bestimmungen der §§ 28, 27 Nr. 5 ZVG. (so auch Jaeckel S. 154). Dies ist dann ganz klar, wenn das Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers dem des Vorgemerkten im Range vorgeht, da dieser sich die Versteigerung selbst dann gefallen lassen müßte, wenn sein vorgemerktes Recht sich zur Zeit der Versteigerung schon in ein definitives umgewandelt hätte, d. h. wenn er als Eigentümer eingetragen wäre. In den Versteigerungsbedingungen kann der vorgemerkte Anspruch nach den Vorschriften der §§ 44, 45, 52 ZVG. von Amts wegen nicht berücksichtigt werden. Wird seine Übernahme seitens des Erstehers nicht durch Vereinbarung der Beteiligten zur Versteigerungsbedingung gemacht (§ 59 das.) oder wird sein Bestehenbleiben nicht zwischen dem Vorgemerkten und dem Ersteher vereinbart (§ 91 Abs. 2 das.), so erlischt der Anspruch (§§ 52 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 1 das.) mit dem Zuschlag und die Vormerkung hat dann nur noch die Wirkung, daß sie dem Berechtigten den nacheingetragenen Ansprüchen gegenüber das Recht auf den Versteigerungserlös wahrt. Wird der Anspruch des Vorgemerkten definitiv festgestellt, so gebührt der nach Befriedigung der voreingetragenen Gläubiger übrig bleibende Erlös ihm (BGB. § 883 Abs. 3).

Das Recht des Vorgemerkten steht der Zwangsversteigerung aber auch dann nicht entgegen, wenn es dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht, weil das vorgemerkte Recht nach den §§ 44 ff. ZVG. in diesem Falle in den Versteigerungsbedingungen berücksichtigt werden muß (so auch Jaeckel S. 184). Der Ersteher erwirbt dann, ebenso wie der Erwerber im Falle der freiwilligen Veräußerung, das Eigentum an dem Grundstück auf die Gefahr hin, daß er dem Vorgemerkten weichen muß. Ist die Übernahme des vorgemerkten Rechtes aus Versehen nicht zur Versteigerungsbedingung gemacht, so ist der Zuschlag zu versagen (§ 83 Nr. 1 das.); wird er dennoch erteilt, so steht dem Vorgemerkten die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 96 ff. das. zu. Versäumt der Vorgemerkte auch diese, so kann er seinen Anspruch nur gegen den Versteigerungserlös geltend machen (RG. E. 18 S. 297; Jaeckel a. a. O.).

Für den Fall, daß der Anspruch des Vorgemerkten bedingt oder betagt ist, tritt eine abweichende Behandlung nicht ein (BGB. § 161 Abs. 1).

Der Anspruch auf Auflassung eines Grundstücksteils kann auch ohne Vorlegung eines beglaubigten Auszugs aus dem Steuerbuch und einer von dem Fortschreibungsbeamten beglaubigten Karte vorgemerkt werden. Die Vormerkung ergreift dann aber nur diesen Teil. Der darin aufgenommene Vermerk, daß der Anspruch auf lasten- und schuldenfreie Auflassung gehe, ist unwirksam und unterliegt der Löschung von Amts wegen nach § 54 GBO. (RG. E. 55 S. 270). Ist die Vormerkung zunächst auf Grund einer einstw. Verfügung eingetragen und wird hierauf der Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung der Vormerkung rechtskräftig verurteilt, so ist dies im Grundbuche nachzutragen (RG. JW. 20 E. A. 77, RJA. 1 S. 158).

4. Das Recht auf den Erwerb eines Grundstücks aus einem dem § 313 Satz 1 entsprechenden Vorvertrage kann zwar vorgemerkt, aber nicht als Verfügungsbeschränkung

dahin eingetragen werden, daß das Grundstück bis zu einem bestimmten Zeitpunkte nur an den Kaufberechtigten verkauft werden dürfe (KG. Asp. 6 S. 122).

5. Der Käufer, für den auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung auf Auflassung erst nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verkäufers eingetragen ist, kann gegen die Konkursmasse auf Auflassung auch dann nicht klagen, wenn die einstweilige Verfügung vor der Konkurseröffnung erlassen war (Celle im Recht 1903 S. 240).

6. Über abweichende Ansichten vgl. Neumann JW. 1902 S. 458, Othmer S. 108, Planck Nr. 3e zu § 883, über die Frage, ob die Anfechtung einer Auflassung aus dem RAnfG. oder aus den §§ 29 ff. KO. einen vormerkungsfähigen Anspruch auf Rückauflassung gewährt, vgl. S. 116 Anm. d und über das bisherige Recht Turnau I S. 269.

§ 925.

Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

I. 1. Die materiellen Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums an Grundstücken ergeben sich aus § 873 Abs. 1 BGB. Es ist Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über die Eigentumsübertragung und Eintragung erforderlich. Erst wenn beide, gleichviel in welcher zeitlichen Aufeinanderfolge, vorliegen, tritt der Wechsel des Eigentums ein. § 925 Abs. 1 beschäftigt sich mit der Form der Einigung. Nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. würde mündliche Einigung genügen. Mit Rücksicht jedoch darauf, daß schon für den obligatorischen, auf die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichteten Vertrag eine qualifiziert schriftliche Form, nämlich die notarielle oder gerichtliche Beurkundung für erforderlich erachtet ist (§ 313 BGB.), hat der Gesetzgeber auch für die (dingliche) auf den Eintritt der Eigentumsübertragung selbst gerichtete Einigung des Veräußerers und des Erwerbers eine sichernde und noch verschärfte Form vorgeschrieben. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, die für den obligatorischen Vertrag des § 313 und zur dinglichen Bindung der Beteiligten an die Einigung, soweit diese die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes zum Gegenstande hat (§ 873 Abs. 2 BGB.), erforderlich ist, kann nach der Regel der §§ 128, 152 BGB. in der Art vor sich gehen, daß zunächst der Antrag und später seine Annahme von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird. Für einzelne Verträge von besonders hoher sozialer Bedeutung (für den Ehevertrag § 1434, für die Annahme an Kindes Statt § 1750 Abs. 2 und für den Erbvertrag §§ 2276 Abs. 1, 2290 Abs. 4) ist diese Form nicht für ausreichend, sondern noch Schließung des Vertrags bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor Gericht oder vor einem Notar für erforderlich erachtet. Zu diesen besonders wichtigen Rechtsgeschäften rechnet das BGB. auch die zur Übertragung des Eigentums (auch des Bruchteileigentums) an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, die im § 925 Abs. 1 nach dem Vorgange des PEigG. § 2 die dem älteren deutschen Rechte entlehnte Bezeichnung „Auflassung" erhält. Selbst den eben erwähnten wichtigen Verträgen gegenüber wird aber die Auflassung noch dadurch ausgezeichnet, daß sie an einer bestimmten Stelle, nämlich vor dem Grundbuchamte, das das Grundbuch über das aufzulassende Grundstück führt, erklärt werden muß. Die Auflassung muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Diese Vorschrift stimmt inhaltlich mit dem PEigG. § 2 überein. Aus ihr folgt, daß eine Auflassung, die eines Mangels in der Person eines der Beteiligten wegen

unwirksam ist, nicht dadurch gültig werden kann, daß jener Beteiligte den Mangel einseitig ergänzt (RG. V 29. 00). Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit schließt nicht aus, daß die Beteiligten die Auflassung durch Vertreter oder Bevollmächtigte erklären. Eine Einigung, die nicht dem § 925 entspricht, ist nichtig. Nach dem bisherigen preuß. Rechte ist das zuständige Amtsgericht das Grundbuchamt; die GBO. § 1 überläßt mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der in den einzelnen Bundesstaaten bestehenden Verhältnisse die Bildung der Grundbuchämter der Landesgesetzgebung (Denkschr. z. GBO. S. 24). Es kann danach auch eine andere Behörde (z. B. eine Gemeindebehörde) mit der Führung des Grundbuchs betraut werden. In Preußen bleiben nach Art. 1 AG. z. GBO. die Amtsgerichte die Grundbuchämter für die in ihrem Bezirke belegenen Grundstücke. Nicht erforderlich ist, daß die Auflassung gerade im Gerichtslokal erklärt wird (vgl. Bd II Anm. B 1 zu § 1 Abs. 1 GBO.).

Die großen Vorzüge dieser verschärften Form springen in die Augen. „Sie ist besonders dazu geeignet, den Beteiligten den Eigentumswechsel als unmittelbare Folge ihrer Erklärungen zum Bewußtsein zu bringen und sie daher gegen Übereilung zu schützen. Sie schließt ferner die Gefahr aus, daß die Auflassung im Widerspruche mit dem Grundbuch erfolgt. Auch gewährt allein die Auflassung vor dem Grundbuchamte den Beteiligten die Möglichkeit, mit voller Sicherheit Zug um Zug zu leisten" (Denkschr. z. BGB. S. 193, Prot. III S. 170, Ber. der RTKomm. S. 124). Insbesondere schützt sie den Erwerber vor der Gefahr, daß der Veräußerer zwischen der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs anderweitige, dem Erwerber nachteilige dingliche Verfügungen über das Grundstück trifft, z. B. Hypotheken eintragen läßt. Trotzdem ist jedoch auf Andrängen süddeutscher und rheinischer Stimmen (erst von der II. Komm.; vgl. Prot. I S. 458, III S. 174) in dem EG. z. BGB. eine Bestimmung getroffen, die leicht dahin führen kann, daß die im § 925 Abs. 1 so absolut hingestellte („muß") Regel zur Ausnahme wird. Art. 143 schreibt nämlich vor;

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 des Bürgerlichen Gesetzbuchs außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen es bei der Auflassung eines Grundstücks der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile nicht bedarf, wenn das Grundstück durch ein Gericht oder durch einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch in dem Versteigerungstermine stattfindet.

Nach dem Grundsatze der Art. 3 und 218 EG. z. BGB. werden durch Art. 143 nicht nur schon bestehende landesgesetzliche Vorschriften, die von der Regel des § 925 BGB. abweichen, aufrecht erhalten, sondern es steht in den Befugnissen der Landesgesetzgebung, derartige Bestimmungen auch da zu treffen, wo sie bisher nicht bestehen.

Begründet ist die Bestimmung des Art. 143 Abs. 1 damit, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamte für diejenigen Teile Deutschlands, wo die Zerstückelung des Grundbesitzes weit vorgeschritten ist, mit Unzuträglichkeiten verbunden sei. Es handle sich häufig um Parzellen von geringem Werte nnd man müsse den Parteien die Möglichkeit eröffnen, den dinglichen Vertrag über solche geringwertigen Landstücke ohne erheblichen Aufwand von Kosten und Zeit abzuschließen (Prot. III S. 174, Bd V S. 368). Zuständig bleibt auch in den Bundesstaaten, die vom Vorbehalte des Art. 143 Abs. 1 Gebrauch machen, unter allen Umständen auch das Grundbuchamt. Die Landesgesetze können dieses nicht für unzuständig erklären und ebensowenig von dem Erfordernisse der gleichzeitigen Anwesenheit der Auflassungsbeteiligten absehen.

In Preußen bestanden Bestimmungen, wie die im Art. 143 Abs. 1 vorgesehenen, nur in der Rheinprovinz (G. v. 12. April 1888 § 5 Abs. I). Diese Bestimmungen würden

durch das BGB. unberührt geblieben sein. Man hat jedoch eine Neuregelung vorgezogen, die von den bisherigen Bestimmungen insofern abweicht, als sie auch die Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts berücksichtigt und gewisse Bestimmungen einer Königlichen Verordnung vorbehält. Es bestimmt nämlich Art. 26 PAG. z. BGB.:

Für Grundstücke, die im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes belegen sind, gelten folgende Vorschriften:

§ 1. Die Auflassung sowie die zur Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts erforderliche Einigung kann außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen preußischen Amtsgericht oder vor einem preußischen Notar erklärt werden. Durch Königliche Verordnung kann bestimmt werden, daß auch die Amtsgerichte oder die Notare anderer Bundesstaaten zuständig sind.

Jeder Teil ist berechtigt, zu verlangen, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt erfolgt.

Für alle übrigen preuß. Landesteile ist die Regel des § 925 BGB. beibehalten worden. In der Begründung zu Art. 26 ist sehr richtig gesagt: „Die Reichsgesetzgebung hat die Auflassung vor dem Grundbuchamte wesentlich mit Rücksicht auf das preußische Recht (§ 2 EigG.) und in Anerkennung der Vorzüge, die diese Form der Auflassung vor jeder anderen für die Sicherheit der Beteiligten bietet, angenommen. Aus den gleichen Gründen kann nicht daran gedacht werden, landesgesetzlich die ausschließliche Zuständigkeit des Grundbuchamts für die Entgegennahme der Auflassung zu beseitigen." Wenn die Auflassung nach Art. 26 § 1 vor einem Notar erklärt ist, so ist sie sofort und nicht erst mit der Einreichung beim Grundbuchamte bindend (a. M. Köln RheinA. 100 I S. 63). Vereinbarungen, die zwischen der Auflassung und Eintragung formlos getroffen sind, werden durch die nachfolgende Eintragung nicht geheilt (S. 432 Nr. 9; a. M. Köln a. a. O.). Für die Kenntnis des Erwerbers im Sinne des § 892 Abs. 2 BGB. ist aber die Zeit des Eingangs der notariellen Auflassungsverhandlung beim Grundbuchamt entscheidend (RG. E. 53 S. 88).

Auch das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten bei der Auflassung ist durch Art. 143 Abs. 2 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung preisgegeben für den Fall, daß ein Grundstück durch ein Gericht oder einen Notar (nicht auch durch eine andere Behörde oder durch einen anderen Beamten) versteigert worden ist und die Auflassung noch im Versteigerungstermine stattfindet. Für diese Bestimmung ist folgende Begründung gegeben. Am Rheine finde die notarielle Versteigerung kleinerer Grundstücke regelmäßig in der Weise statt, daß der Notar für den Verkauf einer größeren Anzahl von Grundstücken einen gemeinsamen Termin ansetze und in diesem die einzelnen Parzellen hintereinander versteigere. Es sei nicht gebräuchlich, die Auflassung sofort nach der Versteigerung einer jeden einzelnen Parzelle zu erledigen; vielfach behalte sich auch der Verkäufer den Zuschlag bis zum Ende des Termins vor. Der Bieter pflege sich, nachdem festgestellt sei, daß er das Höchstgebot abgegeben, und nachdem er beantragt habe, das Grundstück auf seinen Namen zu schreiben, vor Beendigung des Termins zu entfernen. Eine Änderung dieses durchaus praktischen Verfahrens würde zu großen Störungen führen und von der Bevölkerung als eine innerlich nicht gerechtfertigte Belästigung empfunden werden. Eine Kritik dieser Vorschrift und ihrer Begründung ist hier nicht am Platze; nur so viel mag gesagt sein, daß es nicht ersichtlich ist, weshalb Art. 143 Abs. 2, der für seinen Fall die Bestimmung des § 925 Abs. 1 BGB. ganz und gar beseitigt, sich nicht auf die Aufrechterhaltung jener, vom Standpunkte der Rechtssicherheit höchst bedenklichen (Prot. III S. 176) rheinischen Bestimmung beschränkt hat, vor deren jetzt möglicher (Art. 3, 218 EG. z. BGB.) Übertragung auf andere Gebiete Deutschlands die Landesgesetzgebung im Interesse insbesondere der ländlichen Bevölkerung doch sehr zu warnen sein möchte. Preußen hat von diesem Vorbehalte nur für die im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes belegenen Grundstücke Gebrauch gemacht. Die Bestimmung des Art. III § 5 a rhein. G. v. 14. Juli

1893 iſt im Art. 26 § 2 PAG. z. BGB. durch folgende, dem Vorbehalte des EG. genau angepaßte Beſtimmung erſetzt:

§ 2. Bei der Auflaſſung bedarf es der gleichzeitigen Anweſenheit beider Teile nicht, wenn das Grundſtück durch ein Amtsgericht oder einen Notar verſteigert worden iſt und die Auflaſſung noch in dem Verſteigerungstermine ſtattfindet.

Der Vorbehalt des Art. 143 Abſ. 1 kann, wie auch von Gegnern dieſer Vorſchrift anerkannt werden muß, in einzelnen Fällen, z. B. in denen des § 99 GBO., zu völlig gefahrloſen Vereinfachungen und Erleichterungen führen. Wenn es ſich darum handelt, ein zu einem Nachlaß oder zu dem Geſamtgut einer ehelichen Gütergemeinſchaft oder einer fortgeſetzten Gütergemeinſchaft gehörendes Grundſtück oder Erbbaurecht auf einen von mehreren Erben als Eigentümer oder Erbbauberechtigten zu übertragen, kann die Landesgeſetzgebung auf Grund des Art. 143 Abſ. 1 beſtimmen, daß die erforderliche Auflaſſungserklärung vor dem Nachlaßgericht erfolgen darf. Im Zuſammenhange hiermit gewährt die GBO. im § 99 in Verb. mit §§ 37, 38 daſ. der Landesgeſetzgebung die Befugnis, zu beſtimmen, daß zum Nachweiſe der Erbfolge und der Auflaſſungserklärungen der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichts genüge (Denkſchr. z. GBO. S. 47). Dieſe Beſtimmungen ſind deshalb für beide in Betracht kommenden Teile ungefährlich, weil die Erben über einen Nachlaßgegenſtand nur *gemeinſchaftlich* verfügen können (BGB. §§ 2033 Abſ. 2, 2040 Abſ. 1), nachteilige Verfügungen zwiſchen der Auflaſſung und der Eintragung des Eigentumsübergangs ſeitens des einen Teiles zum Nachteile des anderen ohne deſſen Mitwirkung alſo nicht möglich ſind. *Preußen* hat jedoch — abgeſehen von den erwähnten, für die Rheinprovinz getroffenen Beſtimmungen — von dieſer Befugnis keinen Gebrauch gemacht, und auch für die Rheinprovinz ſind beſondere Vorſchriften im Sinne der GBO. § 99 nicht erlaſſen (vgl. Art. 10 Abſ. 2 AG. z. GBO. und Bd II Anm. zu § 99 GBO.).

In allen Fällen, in denen die Landesgeſetzgebung von dem Vorbehalte des EG. z. BGB. Art. 143 Gebrauch gemacht hat, kann übrigens jede Partei ſich ſelbſt gegen mögliche Gefahren dadurch ſchützen, daß ſie Auflaſſung vor dem Grundbuchamte verlangt. Dies folgt ſchon aus der Beſtimmung des Art. 143, iſt aber im PAG. z. BGB. Art. 26 § 1 Abſ. 2 noch beſonders anerkannt.

2. Der Inhalt, den die Auflaſſungserklärungen haben müſſen, ergibt ſich — abgeſehen zunächſt vom § 925 Abſ. 2 BGB. — aus § 873 Abſ. 1 daſ. Der Gebrauch beſtimmter Worte iſt nicht vorgeſchrieben. Aus den Erklärungen muß ſich ergeben, daß beide Teile über den Eigentumsübergang einig ſind. Die preußiſchen Formulare G. S. Nr. 1, 2, 9, 11, 12 ſind viel zu umſtändlich. Sie enthalten eine doppelte Einigungserklärung. Es genügt, wenn der Veräußerer erklärt, daß er dem Erwerber das Eigentum an dem, den Angaben des Grundbuchs entſprechend zu bezeichnenden (GBO. § 28) Grundſtück übertrage, und wenn der Erwerber dieſe Erklärung annimmt; denn die Einigung enthält ſchon begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag, ſo daß es nicht noch einer beſonderen Bewilligung oder eines beſonderen Antrags bedarf. Es genügt aber auch die bloße Erklärung des Veräußerers, daß er die Eintragung bewillige, in Verbindung mit der Erklärung des Erwerbers, daß er ſeine Eintragung beantrage. Es genügt endlich die Erklärung, daß Veräußerer und Erwerber darüber einig ſind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen ſolle (RG. RJA. 3 S. 143). Alle dieſe Sätze ſind vom RG. (E. 54 S. 378) anerkannt, womit die bisherige Kontroverſe erledigt iſt. Im Falle des PAG. z. BGB. Art. 26 § 2 reicht es aus, wenn der für eine Parzelle meiſtbietend Gebliebene, der nicht den Schluß der Verſteigerung abwarten will, den Antrag, ihn als Eigentümer der Parzelle einzutragen, ſtellt und wenn nach Schluß der Verſteigerung der Verſteigerer in dieſe beantragte Eintragung willigt. Die Formel, daß die Beteiligten eine Auflaſſungserklärung im Sinne des § 925 BGB. abgeben, genügt nicht, weil es an der Gewißheit fehlt, daß die Beteiligten den Sinn dieſer Geſetzesvorſchrift richtig erfaßt haben (K. Förſter

im Recht 1900 S, 481). Etwaige Unklarheiten der Fassung unterstehen den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. (vgl. RG. JW. 1895 S. 214 Nr. 60, E. 52 S. 411). Unerheblich ist, in welcher Reihenfolge die Erklärungen abgegeben werden, ob der Veräußerer oder der Erwerber damit den Anfang macht.

Über die mündlich abzugebenden Auflassungserklärungen ist ein Protokoll aufzunehmen (GBO. § 29, PAG. z. GBO. Art. 5), das den Bestimmungen des RGFG. §§ 167—182, 198 und des PGFG. Art. 40 ff. zu entsprechen hat (RG. E. 54 S. 195). Die Erklärungen sind rechtlich erst dann vorhanden, wenn das Protokoll darüber aufgenommen, vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben und vom instrumentierenden Richter durch Unterschrift vollzogen ist. Der Veräußerer ist also in der Lage, seine Auflassungserklärung oder die Unterzeichnung des Protokolls davon abhängig zu machen, daß der Erwerber Zug um Zug die Eintragung der Kaufgeldhypothek bewilligt (vgl. Eccius im Gruch. 47 S. 710). Die Auflassungserklärungen sind demnach schriftliche Willenserklärungen. Daher ist der zu schriftlichen Willenserklärungen durch Statut ermächtigte Vorstand einer Innung auch zu Auflassungen befugt (Oberneck 1 S. 416; a. M. KG. Rsp. 3 S. 428). Ob die dingliche Bindung (BGB. § 873 Abs. 2) von der Aufnahme eines Protokolls abhängt, ist streitig aber zu bejahen (vgl. Anm. b S. 110). Nach Annahme des RG. (V. 618. 04) ist die Auflassung gültig erklärt, wenn die Erklärungen vor einem Gerichtsschreiber abgegeben sind und der Grundbuchrichter in einem Nebenzimmer nur zugehört hat, falls er nur das Protokoll durch seine Unterschrift abschließt.

Die Eintragung der Rechtsänderung darf, abweichend von der allgemeinen Regel des § 19 GBO., wonach (gleichviel, ob die Einigung der Beteiligten bereits erklärt ist) die Bewilligung desjenigen genügt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist (§ 20 GBO.). Diese Bestimmung findet nach § 84 GBO. auf die im EG. z. BGB. Art. 63 (Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts), 68 (vererbliche und veräußerliche Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals) und nach Art. 28 PAG. z. GBO. auf das Bergwerkseigentum, auf unbewegliche Bergwerksanteile und selbständige Gerechtigkeiten entsprechende Anwendung.

Die zur Übertragung des Eigentums erforderliche (dingliche) Einigung kann nur in den Formen des § 925 Abs. 1 BGB. und des Art. 143 EG. z. BGB. erfolgen. Jede andere Art und Form der Einigung ist nichtig (BGB. § 125). Es kann daher von einer Anwendung des § 873 Abs. 2 BGB. keine Rede sein. Weder reicht zur dinglichen Bindung gerichtliche oder notarielle Beurkundung, die die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien nicht voraussetzt (BGB. § 152), noch Einreichung bei dem Grundbuchamt und noch viel weniger Aushändigung einer Eintragungsbewilligung des Veräußerers an den Erwerber aus. Nur in dem ganz besonderen Falle des Art. 143 Abs. 2 EG. z. BGB., PAG. z. BGB. Art. 26 § 2 kann allenfalls davon gesprochen werden, daß gerichtliche oder notarielle Beurkundung ausreiche, aber nicht wegen § 873 Abs. 2 BGB., sondern wegen dieser Ausnahmevorschriften (vgl. Prot. III S. 177, 178). Eine Auflassung, die den Erfordernissen des § 925 BGB. nicht entspricht, wird auch durch die nachfolgende Eintragung nicht gültig (vgl. Anm. d S. 160 f.), sondern es kann die Berichtigung des Grundbuchs (BGB. § 894) verlangt werden. Folgt aber auf die Eintragung eine gültige Auflassung, so vollendet sich mit dieser der Eigentumserwerb. Der Prozeßrichter, der einen gerichtlichen Vergleich aufnimmt, ist zur Beurkundung der Auflassung sowie der Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts auch dann nicht zuständig, wenn durch Landesgesetz auf Grund des Vorbehalts im Art. 143 EG. z. BGB. die Auflassung ꝛc. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht ꝛc. erklärt werden kann (München im Recht 1903 S. 604).

3. Die dingliche Bindung tritt mit dem Augenblick ein, in dem die Auflassungserklärungen vor der nach BGB. § 925 Abs. 1, EG. z. BGB. Art. 143, PrAG. z. BGB. Art. 26 zuständigen Stelle abgegeben und zu Protokoll gebracht sind (RG. JW. 28 S. A 124). Die dingliche Bindung des einen oder des anderen Teiles kann aber auch durch Urteil erfolgen. Dies ergibt sich aus § 894 Abs. 1 ZPO., der in Anm. IV (S. 124 ff.) ausführlich erläutert ist. Hier sind nur noch einige Besonderheiten seiner Anwendung auf den Fall der Auflassung zu erwähnen. — Die 2. Komm. hat die Aufnahme einer besonderen Bestimmung für die Auflassung abgelehnt, weil auch ohne dies nicht verkannt werden würde, daß, wenn eine Partei zu der von ihrer Seite zur Auflassung erforderlichen Erklärung rechtskräftig verurteilt ist, diese Erklärung nach § 894 ZPO. als abgegeben gelten müsse, und daß es daher zur Erfüllung der im § 925 BGB. vorgeschriebenen Form genüge, wenn die andere Partei unter Vorlegung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des Urteils oder im Falle des § 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO. einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die ihrerseits erforderliche Erklärung vor dem Grundbuchamt abgibt; die Anwendung des § 894 ZPO. auf derartig formalisierte Erklärungen, wie die zur Auflassung erforderlichen, sei bisher in der Wissenschaft und Praxis nie bezweifelt worden (Prot. III S. 177). Streng genommen paßt jedoch § 894 ZPO. auf die Auflassungserklärungen nicht, weil diese bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt werden müssen. Diesem Erfordernisse kann durch rechtskräftige Verurteilung des einen Teiles nicht genügt werden. Die Erklärung des Verurteilten gilt schon mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils als abgegeben; die des andern Teiles kann naturgemäß erst hinterher erfolgen. Der andere hat sich nach Eintritt der Rechtskraft mit dem Urteil und dem Zeugnisse der Rechtskraft zur zuständigen Auflassungsstelle zu begeben und dort seine Erklärungen abzugeben. Bevor er dies getan hat, tritt eine dingliche Bindung seines Willens nicht ein, während der andere Teil schon mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils dinglich gebunden ist. Wenn man nun auch sagen könnte, der obsiegende Teil trage mit dem Urteile gleichsam die Person des Verurteilten und dessen Auflassungserklärung zum Grundbuchamte, so hilft diese Fiktion doch nicht über das Bedenken hinweg, daß es an der im § 925 Abs. 1 BGB. vorausgesetzten gleichzeitigen dinglichen Bindung des Willens beider Teile fehlt. Es ergibt sich danach der der Vorschrift des § 925 gegenüber anomale Rechtszustand, daß zwar die Auflassung sich erst durch die fingiert gleichzeitige Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamte vollzieht, der eine Teil aber schon vorher so gebunden ist, als wenn die Auflassung bereits zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Urteils erfolgt wäre. Danach bleibt nur die Annahme übrig, daß durch § 894 ZPO. eine Ausnahme von dem im § 925 Abs. 1 BGB. aufgestellten Erfordernisse der Gleichzeitigkeit begründet wird, daß die Auflassung sich in diesem Falle in zwei zeitlich und räumlich getrennten Akten vollzieht (ähnlich Planck Nr. 2 b und Biermann Nr. 1 b zu § 925).

Die Verurteilung zum Abgeben der Auflassungserklärung kann nur auf Grund eines gültigen, insbesondere eines der Form des § 313 Satz 1 BGB. entsprechenden obligatorischen Vertrags ausgesprochen werden. Sie kann sich, falls es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt, auch gegen den Erwerber richten, weil dieser nach §§ 433, 445 BGB. zum Abnehmen des Grundstücks verpflichtet ist (über den Streitwert vgl. RG. Gruch. 34 S. 1138, JW. 1899 S. 276 Nr. 3). Wie schon erwähnt, kann die Auflassungserklärung des obsiegenden Teiles erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils abgegeben werden. Dies wird der um Protokollierung der Auffassung angegangene Notar oder Richter unter keinen Umständen außer acht lassen dürfen. Ist die Auflassungserklärung des obsiegenden Teiles versehentlich vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils entgegen genommen, so wird sie wiederholt werden müssen. Ob freilich der Verurteilte, wenn hinterher das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, aus einem solchen Versehen Ansprüche auf Rückauflassung gründen kann, dürfte mit Rücksicht darauf, daß der § 894 ZPO. den Grundsatz der Gleichzeitigkeit ohnehin durchbricht und daß das BGB. dem Konvaleszenzprinzipe den weitesten Spielraum

einräumt (§ 185), zu bezweifeln sein. Jedenfalls kann einem solchen Anspruch ohne weiteres der Boden dadurch entzogen werden, daß die Erklärung unter Vorlegung des mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Urteils wiederholt wird.

Das KG. (JW. 26 S. A 260) nimmt an, daß mit der rechtskräftigen Verurteilung des Mannes zur Auflassung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks auch die Zustimmung der nicht mitverklagten Frau als abgegeben gelte. Die Entscheidung ist nicht richtig. Nach § 1445 BGB. bedarf der Mann der Einwilligung (d. h. der vorherigen Zustimmung, BGB. § 183) der Frau zur Verfügung über ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung. Nur durch Genehmigung der Frau können derartige Rechtsgeschäfte wirksam werden (§§ 1448, 1396). Auf Grund eines vom Manne ohne Einwilligung der Frau geschlossenen Vertrags, durch den er sich zur Übertragung des Eigentums an einem zum Gesamtgute gehörenden Grundstücke verpflichtet hat, kann der Mann ohne Rechtsverletzung zur Auflassung nicht verurteilt werden. Ist es dennoch geschehen, so ist damit nur ein Zustand geschaffen, als wenn der Mann die Auflassung freiwillig erklärt hätte, d. h. die Wirksamkeit der Auflassung ist von der Genehmigung der Frau abhängig. Die Vorschrift des § 740 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Mann ergangenes Urteil genügt, paßt auf den Fall des § 874 ZPO. nicht. Die zur Rechtswirksamkeit der Auflassung erforderliche Willenserklärung der Frau kann durch das nur den Willen des Mannes bindende Urteil unmöglich ersetzt werden. (So auch Busch Festgabe für Koch 1903 S. 203, Planck Nr. 2 d zu § 1445).

Der Verurteilung zur Auflassung steht die Verurteilung zur Einwillung in die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Klägers als Eigentümers nicht gleich (RG. JW. 21 S. A 302, RJA. 2 S. 48: dagegen Förster in der DJZ. 1901 S. 269 Nr. 4). Hat jemand ein fremdes Grundstück verkauft und sich verpflichtet, die Eintragung des Käufers als Eigentümers herbeizuführen, so ist er auch nur hierzu und nicht zur Auflassung zu verurteilen. Er genügt seiner Pflicht, wenn er den Eigentümer zur Auflassung veranlaßt, und kann nicht gezwungen werden, zunächst selbst das Eigentum zu erwerben und es dann seinem Käufer aufzulassen. (RG. JW. 1900 S. 452 Nr. 34.)

Daß die Verurteilung zur Auflassung, die von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, in der in Rede stehenden Beziehung grundsätzlich der unbedingten Verurteilung zur Auflassung gleich steht, ergibt sich aus § 894 Satz 2 ZPO.; nur gilt die Erklärung des Verurteilten erst mit dem Augenblick als abgegeben, wo Rechtskraft des Urteils, Erfüllung der Gegenleistung und Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils zusammentreffen. Über die Verurteilung nach Wahl vgl. S. 129.

Ist nach Landesgesetzen die Erklärung der Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch vor anderen Behörden oder Beamten zulässig (Art. 143 EG. z. BGB.), so hat die rechtskräftige Verurteilung zur Auflassung die Bedeutung, daß die Auflassungserklärung des Verurteilten als an zuständiger Stelle abgegeben gilt. Der Verurteilte hat nichts mehr zu erklären, insbesondere nicht, vor welcher Behörde er die Auflassung vornehmen will. Daher kann von Anwendung der §§ 263, 264 BGB. nicht wohl die Rede sein, sondern die Auflassung ist vollendet, wenn der, zu dessen Gunsten das Urteil ergangen ist, seine Auflassungserklärung an einer der zuständigen Stellen abgibt. (So jetzt auch Planck Nr. 5 zu § 925.) Lautet die Verurteilung auf eine bestimmte Amtsstelle, so hat der Kläger seine Auflassungserklärung vor dieser abzugeben.

Im Falle der Auseinandersetzung, einer Erbengemeinschaft, einer Gütergemeinschaft, einer fortgesetzten Gütergemeinschaft wird die fehlende Zustimmung eines nicht erschienenen Beteiligten zu der in der Auseinandersetzungsurkunde erklärten Auflassung, Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts, Erteilung einer Vollmacht zur Auflassung (KGJ. 28 S. A 30) durch rechtskräftige Bestätigung der Vereinbarung oder

Auseinanderſetzung durch das nach §§ 72, 73, 99 RGFG. zuſtändige Amtsgericht erſetzt, jedoch nur in den Fällen der §§ 86 ff. daſ. (vgl. Bd II Anm. zu § 99 GBO.).

Iſt jemand in einem Zeitpunkte zur Abgabe der Auflaſſungserklärung verurteilt, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzuſehen war (vgl. EG. z. BGB. Art. 189), ſo kann der Berechtigte, ſobald das Grundbuch als angelegt anzuſehen iſt, unter Vorlegung des rechtskräftigen Urteils ſeine Eintragung als Eigentümer beim Grundbuchamte beantragen. Denn die zu einer Zeit, wo das Grundbuchrecht noch nicht eingeführt war, eingegangene Verpflichtung, Grundeigentum zu übertragen oder zu erwerben, ſchließt auch die Verpflichtung in ſich, die Formen zu beobachten, die nach Einführung des Grundbuchrechts vom Geſetze zur Übertragung des Eigentums für erforderlich erklärt ſind. (RG. JW. 1900 S. 607 Nr. 14.)

Auf Grund eines nur *vorläufig vollſtreckbaren* Urteils kann nur eine Auflaſſungsvormerkung eingetragen werden (ZPO. § 895; vgl. S. 137). Vollſtreckbare Vergleiche (ZPO. § 794) erſetzen die Auflaſſungserklärung nicht. Es muß von beiden Teilen bei gleichzeitiger Anweſenheit die Auflaſſung vor der zuſtändigen Amtsſtelle erklärt werden. Weigert ſich der eine Teil, ſo iſt auf Antrag des anderen Teiles dieſer zu ermächtigen, die Auflaſſungserklärung jenes durch einen Dritten abgeben zu laſſen (ZPO. § 887; RG. E. 55 S. 58).

II. 1. In der bisherigen preuß. Praxis wurde allgemein angenommen, daß die Auflaſſung unter Beifügung einer *aufſchiebenden oder auflöſenden Bedingung*, ſowie *unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins* unwirkſam ſei. An einer beſonderen Beſtimmung, die für dieſe Annahme hätte verwertet werden können, fehlte es in den PG. v. 5. Mai 1872; mit Recht ging man aber davon aus, daß nach jenen Geſetzen Auflaſſung und Eintragung als ein einheitlicher, in unmittelbarer zeitlicher Aufeinanderfolge ſich abſpielender Akt anzuſehen ſei (PGBO. § 48 Abſ. 3) und daß das Grundbuchſyſtem der bedingten oder betagten Eintragung des Eigentums widerſtrebe. Im Entw. I BGB. §§ 870, 871 wurde zwiſchen der aufſchiebenden Bedingung oder dem Anfangstermin auf der einen und der auflöſenden Bedingung oder dem Endtermin auf der anderen Seite unterſchieden. Die Beifügung jener ſollte die Auflaſſung unwirkſam machen, die Beifügung dieſer ſollte zwar ſtatthaft ſein, aber die Eintragung ſollte nur beſchränkte Wirkungen haben. Auf Grund der Beſchlüſſe der 2. Komm. iſt jene ältere Anſicht im BGB. zum Geſetz erhoben, obgleich die Konſtruktion, daß Auflaſſung und Eintragung einen einheitlichen Akt darſtellen, dem BGB. fremd und in den Fällen, wo die Landesgeſetze von dem Vorbehalte des Art. 143 EG. z. BGB. Gebrauch gemacht haben, unmöglich iſt. Begründet wird die Vorſchrift des § 925 Abſ. 2 BGB. (Denkſchr. z. BGB. S. 164) damit, daß zwar ein praktiſches Bedürfnis dafür vorliege, dem Eigentümer eines Grundſtücks zu ermöglichen, für einen ungewiſſen künftigen Fall oder von einem künftigen Zeitpunkt ab einem anderen den Eigentumserwerb oder ſich ſelbſt im Falle der Übertragung des Eigentums auf einen anderen die Wiedererlangung des Eigentums dinglich zu ſichern, daß dieſem Bedürfniſſe jedoch dadurch Genüge geſchehe, daß das BGB. die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines bedingten oder betagten Anſpruchs auf Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums zulaſſe (BGB. § 883 Abſ. 1 Satz 2; vgl. Prot. III S. 182).

Unwirkſam iſt demgemäß auch eine ſchenkweiſe Auflaſſung unter der Bedingung, daß der Beſchenkte den Schenker überlebt (BGB. § 2301). Auf *Rechtsbedingungen* findet § 925 Abſ. 2 keine Anwendung. So iſt z. B. eine Auflaſſung unter Vorbehalt der Beibringung der nachträglichen Genehmigung einer dritten Perſon (KG. RJA. 2 S. 86) und die Auflaſſung eines Nichteigentümers unter der Bedingung der Genehmigung des Eigentümers gültig (unrichtig Dronke in DJZ. 1901 S. 233). Nicht um eine Bedingung, ſondern um einen nach § 16 Abſ. 2 GBO. zuläſſigen Vorbehalt handelt es ſich, wenn die Bewilligung der Eintragung des Erwerbers als Eigentümers von der gleichzeitigen

Eintragung einer Hypothek (z. B. für das Kaufgeld) oder von vorheriger Löschung von Belastungen abhängig gemacht wird.

Nicht zu verwechseln mit der bedingten oder betagten Auflassung ist die Auflassung des auflösend bedingten oder durch einen Endtermin zeitlich begrenzten Eigentums an einem Grundstücke. Vornehmlich ist hierbei an den Fall der Vor- und Nacherbschaft zu denken. Der Vorerbe erlangt mit dem Erbfalle das durch das Recht des Nacherben beschränkte Eigentum am Nachlaßgrundstücke. Er kann es mit dieser Beschränkung übertragen; aber mit dem Eintritte der Nacherbfolge hört das Eigentum des Erwerbers auf und der Nacherbe wird ohne weiteres Eigentümer. Diese Rechtsfolge tritt unbedingt solchen Erwerbern gegenüber ein, die beim Erwerbe das Recht des Nacherben gekannt haben. Gegen den Erwerb Gutgläubiger (BGB. § 2113 Abs. 3) wird der Nacherbe nur durch Eintragung seines Rechtes (GBO. § 52) geschützt. Das gleiche gilt für Auflassungen, die von einem Subhastaten nach Einleitung der Zwangsversteigerung, und für solche, die vom Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens erklärt werden.

Wird die Auflassung unbedingt und unbetagt erklärt, während der Wille der Parteien auf bedingte oder betagte Auflassung ging, so ist der als Eigentümer eingetragene Erwerber Dritten gegenüber zu allen Verfügungen über das Grundstück befugt, dem Veräußerer gegenüber aber verpflichtet, in die Berichtigung des Grundbuchs (BGB. § 894), d. h. darin zu willigen, daß der Veräußerer wieder als Eigentümer und für den Erwerber nur eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen werde (RG. JW. 1887 S. 99 Nr. 51).

2. Enthält die Auflassungserklärung klar und unzweideutig eine unbedingte vorbehaltlose Einigung über die Übertragung des Eigentums, so rechtfertigt die unmittelbare Folge der unbedingten Auflassungserklärung auf den bedingten Kaufvertrag nicht die Auslegung, die Auflassung sei in Wirklichkeit auch nur bedingt abgegeben. Das würde nur dann der Fall sein, wenn in dem Vertrag erklärt wäre, die nachfolgende Auflassungserklärung solle nur unter der Bedingung des Vertrags gelten, oder wenn in der Auflassungserklärung auf die Bedingung des Vertrags verwiesen wäre. Ist z. B. im Geltungsgebiete des rheinischen Rechts vor dem Notar ein Kaufvertrag unter der beigefügten (auflösenden) Bedingung geschlossen, daß er jeder Rechtswirkung entbehren und so angesehen werden solle, als ob er überhaupt nicht abgeschlossen wäre, wenn es dem Käufer nicht gelingen möchte, die nachgesuchte Schankerlaubnis zu erhalten, und ist im unmittelbaren Anschluß daran vom Verkäufer die Eintragung des Käufers als Eigentümers des gekauften Grundstücks in das Grundbuch bewilligt und vom Käufer diese Eintragung beantragt, und reicht der Notar nach Erteilung der Schankerlaubnis den Vertrag zwecks Eintragung des Erwerbers beim Grundbuchamt ein: so darf die Eintragung nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil die Auflassung infolge des bedingten Kaufvertrags nur unter einer Bedingung erklärt und deshalb unwirksam sei. (KG. Zeitschr. f. d. Not. 1904 S. 266.) Wollen die Parteien verhindern, daß der Käufer sich schon vor Erteilung der Konzession als Eigentümer eintragen lasse, so können sie die Erklärung beifügen, daß vor Erteilung der Konzession eine Ausfertigung des Aktes nicht solle verlangt werden können.

3. Nach code civil wird die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums in vielen Fällen (vgl. die Zusammenstellung bei Zachariä-Dreyer Bd 1 § 196 Anm.*) entweder auf die Klage des Veräußerers durch Urteil oder unmittelbar kraft Gesetzes mit rückwirkender Kraft aufgehoben, so daß der Veräußerer den veräußerten Gegenstand frei von allen gegen den Erwerber begründeten Lasten zurück erhält. Diese Aufhebung hatte nach dem Systeme des code civ. schlechthin dingliche Wirkung, auch gegen gutgläubige Dritte. Nach dem rhein. G. v. 12. April 1888 § 7 trat die dingliche Wirkung, wenn die Widerruflichkeit des Eigentums nicht eingetragen war, gegen einen Dritten, der ein Recht am Grundstücke gegen Entgelt erworben hatte, nur dann ein, wenn zur Zeit seines Erwerbes der Fall

der Rückgängigmachung bereits eingetreten und dieſes dem Dritten bekannt war. Eine ſolche Widerruflichkeit (Reſiliation, Auflöſung) iſt dem BGB. fremd. Nach dem Grundſatze des Art. 170 EG. z. BGB. bleibt jedoch das bisherige Recht maßgebend, wenn ein Widerrufsrecht auf Grund eines vor dem Inkrafttreten des BGB. geſchloſſenen Rechtsgeſchäfts geltend gemacht wird. Für dieſe Fälle würde die dingliche Wirkung nach § 7 Geſ. v. 12. April 1888 beurteilt werden müſſen. Dies würde jedoch mit den Vorſchriften des BGB., die von der Zeit an, in der das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzuſehen iſt, zur Anwendung kommen, nicht im Einklange ſtehen, einmal weil § 7 den redlichen unentgeltlichen Erwerb nicht ſchützt und ſodann weil er dem nur perſönlichen Anſpruch auf Rückübertragung dingliche Wirkſamkeit ohne Eintragung verleiht. Weſentlich aus denſelben Gründen, die zur Zulaſſung der Vormerkung für den Fall der bedingten oder betagten Veräußerung geführt haben, iſt die Frage jetzt im PAG. z. BGB. Art. 25 dahin geregelt:

Steht im bisherigen Geltungsbereiche des rheiniſchen Rechtes dem früheren Eigentümer eines Grundſtücks auf Grund eines Rechtsgeſchäfts, durch welches das Grundſtück veräußert worden iſt, ein Recht zu, vermöge deſſen bei dem Eintritt eines beſtimmten Umſtandes das Eigentum an dem Grundſtücke mit rückwirkender Kraft an ihn zurückfällt, ſo verwandelt ſich das Rückfallsrecht zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzuſehen iſt, in einen Anſpruch auf Rückübertragung des Eigentums und Befreiung des Grundſtücks von den dem Rückfallsberechtigten gegenüber nicht wirkſamen Belaſtungen. Diejenigen, gegen welche ſich der Anſpruch richtet, ſind verpflichtet, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anſpruchs zu bewilligen.

Die vor der im Abſ. 1 bezeichneten Zeit erfolgte Eintragung des Rückfallrechts gilt als Eintragung einer Vormerkung.

III. Die Auflaſſung iſt nur die Form für die Bindung des rechtsgeſchäftlichen Veräußerungswillens, bei anderen Erwerbungsarten iſt ſie unanwendbar. Sie iſt alſo erforderlich beim Erwerbe durch Kauf, Tauſch, Erbſchaftskauf, Schenkung, Vermächtnis, Stiftung (BGB. §§ 80, 82). Sie würde grundſätzlich auch erforderlich ſein für den Erwerb durch Eingehung einer gütergemeinſchaftlichen Ehe, doch greift hier die ſchon beſprochene Sonderbeſtimmung des BGB. § 1438 Abſ. 2 ein (Überſicht 1 S. 405). In einzelnen, dem Gemeinſchaftsrecht angehörenden, Fällen kann es zweifelhaft ſein, ob in einem rechtsgeſchäftlichen Akte eine Veräußerung liegt. Als Grundſatz iſt aufzuſtellen, daß eine Veräußerung ſtets vorliegt und Auflaſſung daher erforderlich iſt, wenn durch Rechtsgeſchäft entweder eine Veränderung in der Perſon der Eigentümer oder ein Wechſel in dem Anteilsverhältniſſe der Eigentümer eintritt.

1. Ein Perſonenwechſel tritt zweifellos ein, wenn Grundſtücke für eine Gemeinſchaft mit juriſtiſcher Perſönlichkeit (rechtsfähiger Verein, Aktiengeſellſchaft, Kommanditgeſellſchaft auf Aktien, Genoſſenſchaft ꝛc.) eingebracht werden, und zwar auch dann, wenn die Grundſtücke bisher im Miteigentume ſtanden und die bisherigen Miteigentümer die einzigen Mitglieder der juriſtiſchen Perſon ſind. Dasſelbe gilt, wenn nach Auflöſung der juriſtiſchen Perſon die Grundſtücke den Einbringenden zurückgewährt werden, und zwar auch dann, wenn die juriſtiſche Perſon nur noch aus einer phyſiſchen Perſon beſteht, der das ganze Vermögen der juriſtiſchen Perſon übertragen wird (Staub Nr. 12 zu § 292 HGB.). Eine Auflöſung der juriſtiſchen Perſon tritt der Regel nach auch ein bei der Umwandlung in eine andere Geſellſchaftsform und bei der Fuſion mit einer anderen Geſellſchaft. Hiervon gibt es jedoch poſitive Ausnahmen.

a. Eine Kommanditgeſellſchaft auf Aktien kann durch Beſchluß der Generalverſammlung und aller perſönlich haftenden Geſellſchafter in eine Aktiengeſellſchaft umgewandelt werden (HGB. § 332 Abſ. 1). Mit der Eintragung des Umwandlungsbeſchluſſes in das Handelsregiſter ſcheiden die perſönlich haftenden Geſellſchafter aus der

Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort (das. § 333 Abs. 3). Es findet keine Auflösung, keine Rechtsnachfolge, keine Vermögensübertragung statt; die Gesellschaft bleibt bestehen, die Grundstücke verbleiben ihr, es findet keine Auflassung statt, sondern das Grundbuch ist nur durch einen Vermerk, der die Umwandlung kenntlich macht, zu berichtigen. Dagegen liegt eine rechtsgeschäftliche Veräußerung in der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine einfache Kommanditgesellschaft. Die alte Gesellschaft wird aufgelöst, eine neue gegründet. Die Übertragung des Vermögens von der alten auf die neue kann nur durch Rechtsgeschäft erfolgen; es ist also Auflassung erforderlich (Staub Nr. 7 zu § 334; a. M. KG. JW. 6 S. 12). Die Auflösung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien kann in der Regel nicht wieder rückgängig gemacht werden. Ausnahmeweise kann die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, wenn die Auflösung zum Zwecke der Veräußerung des Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft erfolgt ist und der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, oder wenn die Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder auf Antrag des Gemeinschuldners aufgehoben worden ist (HGB. § 307). Die fortgesetzte Gesellschaft ist die alte, es tritt weder Personen- noch Eigentumswechsel ein; Auflassung kann daher nicht in Frage kommen. Soll eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit, der unter dem früheren Rechte Persönlichkeit verliehen war, in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden, so ist zur Übertragung des Grundeigentums Auflassung erforderlich (KG. JW. 25 S. A 285). Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine juristische Person. Tritt ein Gesellschafter sein Grundstück an die Gesellschaft ab, so geht dieses in das Vermögen eines anderen Rechtssubjekts über und scheidet aus dem des Gesellschafters aus. Es ist daher Auflassung erforderlich (RG. V 70. 02). — Die preuß. Gewerkschaft des alten Rechtes wurde nicht als juristische Person aufgefaßt (OTrib. E. 39 S. 340, Bd 67 S. 239, Bd 75 S. 231, Arch. 97 S. 340), dagegen wird der Gewerkschaft des neuen Rechtes die Eigenschaft einer juristischen Person beigelegt (RG. E. 8 S. 222, Bd 23 S. 202, PJMBl. 1892 S. 189, JW. 1901 S. 812 Nr. 32). Bei Umwandlung einer alten Gewerkschaft in eine neue liegt also zweifellos ein Wechsel in der Person des Eigentümers vor; nach den positiven Bestimmungen der §§ 235a ff. PBergG. bedarf es jedoch keiner Auflassung, sondern es wird nur der vom Oberbergamte bestätigte Umwandlungsbeschluß in das Grundbuch eingetragen (vgl. Bd II Anhang A V 3). Streit herrscht darüber, ob die Umwandlung einer Gewerkschaft des neuen Rechtes in eine Aktien- oder andere Gesellschaftsform einen Wechsel des Rechtssubjekts herbeiführe (vgl. Bd II Anh. A V 5). Das RG. hat in einem Urteil (E. 26 S. 334, ZfBR. 32 S. 251) angenommen, das Rechtssubjekt bleibe dasselbe, ein Wechsel im Eigentume finde nicht statt, die neue Gesellschaft bleibe den Gläubigern und Schuldnern der bisherigen Gewerkschaft gegenüber verpflichtet wie berechtigt, nicht auf Grund einer Sukzession, sondern als dasselbe Rechtssubjekt in neuem Gewande. In einem anderen Urteile hat das RG. (Gruch. 35 S. 1174) dagegen in der Umwandlung eine Veräußerung (ein Anschaffungsgeschäft) erblickt, was nur bei Annahme eines Personenwechsels möglich ist. Letzter Ansicht wird der Vorzug zu geben sein. Jede juristische Person unterscheidet sich von jeder anderen, wie jede physische Person von jeder anderen. Der Übergang von einer Form der mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gemeinschaft in eine andere bedeutet eine Rechtsnachfolge, einen Personenwechsel. Um diese Rechtskonsequenz auszuschließen, bedarf es positiver Ausnahmebestimmungen (Braunschweig, Seuff. A. 50 S. 316) und solche sind nur gegeben im § 333 Abs. 3 HGB. und in den §§ 80, 81 G., betr. d. Gesellsch. mit beschränkter Haftung, RGBl. 1898 S. 866). Hier wird bestimmt, daß, wenn eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgelöst wird und die Liquidation unterbleibt, was zulässig ist, wenn hinsichtlich der Errichtung der neuen

Geſellſchaft gewiſſen Beſtimmungen genügt wird, das Vermögen der aufgelöſten Geſellſchaft mit der Eintragung der neuen Geſellſchaft in das Handelsregiſter auf dieſe von Rechts wegen übergeht. Bei Umwandlung einer offenen Handelsgeſellſchaft in eine Geſellſchaft m. b. H. bedarf es zur Umſchreibung der Geſellſchaftsgrundſtücke auf die neue Geſellſchaft der Auflaſſung (Dresden im Recht 1905 S. 225).

b. Bei der Fuſion von Geſellſchaften, die eine Auflöſung der übertragenen Geſellſchaft bedeutet, wird der Regel nach das Eigentum gewechſelt und es iſt ſonach Auflaſſung erforderlich. Auch von dieſer Regel gibt es Ausnahmen. Die eine iſt im § 304 HGB. enthalten. Wird das Vermögen einer Aktiengeſellſchaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesſtaat oder einem inländiſchen Kommunalverband übernommen, ſo kann zugleich vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben ſoll. Eine ſolche Vereinbarung bedarf eines zuſtimmenden Beſchluſſes der Generalverſammlung. Mit der Eintragung des Beſchluſſes in das Handelsregiſter gilt der Übergang des Vermögens der Geſellſchaft als erfolgt. Es tritt eine Art Geſamtrechtsnachfolge ein. Die Grundſtücke werden ohne Auflaſſung Eigentum des Reiches ꝛc.; der neue Eigentümer iſt auf Grund des Nachweiſes des Vorhandenſeins jener Vorausſetzungen einzutragen oder beim Vorliegen der Bedingungen des § 90 GBO. das Grundſtück auf Antrag des neuen Eigentümers auszubuchen. Die zweite Ausnahme enthält der § 306 HGB. Wird das Vermögen einer Aktiengeſellſchaft als Ganzes an eine andere Aktiengeſellſchaft oder an eine Kommanditgeſellſchaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Geſellſchaft übertragen und iſt dabei vereinbart, daß eine Liquidation der aufgelöſten Geſellſchaft nicht ſtattfinden ſolle, ſo iſt zunächſt das Vermögen der aufgelöſten Geſellſchaft durch die übernehmende Geſellſchaft getrennt zu verwalten. Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erſt erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelöſten Geſellſchaft von der anderen Geſellſchaft nach § 297 HGB. zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden ſind, und nur unter Beobachtung der nach § 301 daſ. für die Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorſchriften. Auf dieſe Übertragung finden die Vorſchriften des § 304 daſ. Anwendung, es findet alſo ein Eigentumsübergang kraft Geſetzes, keine Auflaſſung ſtatt. Dieſer Übergang vollzieht ſich nicht erſt mit der Vereinigung beider Vermögen, ſondern ſobald der Beſchluß der Generalverſammlung der aufgelöſten Geſellſchaft, durch den der Veräußerungsvertrag und das Unterbleiben der Liquidation genehmigt iſt, ſowie der Generalverſammlungsbeſchluß der übernehmenden Geſellſchaft, durch den das Grundkapital erhöht iſt, in das Handelsregiſter eingetragen ſind und die Kapitalserhöhung durchgeführt und ebenfalls eingetragen iſt (vgl. Staub Anm. 10, 11 zu § 306). Auch hier iſt eine Geſamtrechtsnachfolge anzunehmen (RG. E. 28 S. 363). In der Zeit von der Übernahme bis zur Vereinigung gilt nur im Verhältniſſe der Gläubiger der aufgelöſten Geſellſchaft zu der übernehmenden Geſellſchaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelöſten Geſellſchaft (§ 306 Abſ. 4). Dieſe Beſtimmungen (§ 306) ſetzen aber voraus, daß die aufnehmende Geſellſchaft ihren Sitz im Inlande hat; iſt dies nicht der Fall, ſo kann die Übertragung des Vermögens der aufgelöſten Geſellſchaft auf die andere nur im Wege der Liquidation erfolgen und es bedarf dann bei Grundſtücken der Auflaſſung (KG. JW. 21. S. A 294). Der Übergang des Vermögens einer aufgelöſten Gewerkſchaft neuen Rechtes auf den Alleininhaber aller Kuxe vollzieht ſich nicht im Wege der Geſamtrechtsnachfolge, ſondern es entſteht lediglich ein obligatoriſcher Anſpruch auf Übertragung des nach Deckung der Schulden verbleibenden Gewerkſchaftsvermögens gegen die zum Zwecke der Liquidation fortbeſtehend gedachte Gewerkſchaft. Zur Übertragung von Grundeigentum iſt deshalb Auflaſſung erforderlich. (KG. JW. 25 S. A 121; vgl. Anhang I Bd II Nr. V 2e.)

2. Die Gemeinſchaft zur geſamten Hand (Geſellſchaft §§ 705 ff. BGB., Erbengemeinſchaft BGB. § 2033, die offene Handelsgeſellſchaft und die Kommanditgeſellſchaft HGB. §§ 105 ff., 161 ff.) iſt keine von den phyſiſchen Teilhabern verſchiedene juriſtiſche

Person. Zweifellos handelt es sich aber auch bei ihr um einen Wechsel der Person des Eigentümers, wenn von einem der Gemeinschafter oder auch von jedem von ihnen ein ihm gehöriges Grundstück in die Gemeinschaft *eingebracht* wird. Das Grundstück scheidet aus dem Vermögen des bisherigen Eigentümers aus und erhält einen neuen Herrn insofern, als an Stelle des bis dahin allein berechtigten inferierenden Gemeinschafters der Kreis der gemeinschaftlich berechtigten Gesellschafter tritt (RG. JW. 1895 S. 332 Nr. 29, 1899 S. 596 Nr. 57, Gruch. 40 S. 1163, E. 31 S. 29, V 141. 04.). Früher konnte es mit Rücksicht auf die Fassung des Art. 91 HGB. ä. F. zweifelhaft sein, ob sich der Eigentumsübergang nicht lediglich durch die Tatsache des Einbringens vermittele. Die herrschende Meinung nahm an, daß Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich sei (RG. E. 31 S. 29). Jetzt ist jeder Zweifel ausgeschlossen. Die Vorschrift jenes Art. 91 Abs. 1 ist nicht in das neue HGB., sondern in verbesserter Form in den § 706 Abs. 2 BGB. aufgenommen, der auch für die offene Handelsgesellschaft und für die Kommanditgesellschaft gilt (HGB. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2). Danach ist im Zweifel anzunehmen, daß beizutragende nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist, gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter *werden sollen*. Das BGB. knüpft also den Eigentumsübergang nicht an die Tatsache des Einbringens, sondern beschränkt sich auf eine *Auslegungsregel* über die Bedeutung des Versprechens, eine Sache einzubringen. Dadurch tritt klarer hervor, daß es, um die Sache selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch des Übertragungsakts bedarf, der nach der Natur des Gegenstandes der Rechtsübertragung erforderlich ist, daß also bei Grundstücken die Auflassung stattfinden muß (RG. E. 56 S. 96). Ein Eigentümerwechsel findet auch dann statt, wenn die Miteigentümer eines Grundstücks dieses in eine Gesellschaft, die aus noch anderen Personen besteht, einbringen (a. M. anscheinend RG. E. 30 S. 150). Sehr bestritten war die Frage, ob Auflassung dann erforderlich sei, wenn sich nur die Miteigentümer *eines* Grundstücks zu einer Gesellschaft vereinigen und im Gesellschaftsvertrage das im Grundbuch auf ihre Namen eingetragene Grundstück als Gesellschaftsvermögen erklärt haben. Das RG. hat nach einigem Schwanken Auflassung und Eintragung für erforderlich erklärt (E. 56 S. 96). Es wird ausgeführt: Es liege der Fall einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung vor, zwar trete, da die Handelsgesellschaft keine von den Gesellschaften verschiedene selbständige Person sei, ein Wechsel in der Person der Eigentümer nicht ein, aber das sei zur Erfüllung des Begriffs der Veräußerung auch nicht erforderlich, sondern es genüge, daß ein Eigentumsrecht ganz oder teilweise aufgegeben und auf einen anderen übertragen wird. Dieses Erfordernis liege aber vor. Die rechtlichen Beziehungen der bisherigen Miteigentümer zum Grundstücke würden von Grund aus geändert. Während bisher jeder Miteigentümer seinen Anteil habe veräußern (BGB. § 747 Satz 1), belasten (BGB. §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192) und Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung habe verlangen können (BGB. §§ 749 ff.), stehe dem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft keine dieser Befugnisse zu, weil er einen bestimmten Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen nicht habe, sondern sein Recht sich im Anspruch auf eine dem Werte seines Anteils entsprechende Geldsumme erschöpfe (§§ 105 Abs. 2, 131, 135, 155 HGB. in Verb. mit §§ 718, 719 Abs. 1, 725, 732 Satz 1, 733 ff. BGB.). Demnach bestehe die durch den Gesellschaftsvertrag übernommene Verpflichtung des Einbringens darin, daß die bisherigen Miteigentümer ihr bisheriges Bruchteilseigentum aufgeben sollen, daß dieses Eigentum auf die Gesellschaft übergehen solle, in deren Hand sich die Bruchteile zu einem Gesamteigentume verschmelzen sollen, und daß die bisherigen Miteigentümer dagegen einen Anspruch auf einen Wertteil des Gesamtvermögens der Gesellschaft erhalten sollen. Damit seien aber die Merkmale des freiwilligen Veräußerungsgeschäfts gegeben. Jeder Miteigentümer erwerbe durch den Vertrag gegen den anderen den Anspruch, daß er sein Miteigentum an dem Grundstück zugunsten der Gesellschaft aufgebe und es auf diese übertrage

RG. E. 54 S. 106 f.). Realisiert werden könne dieser Anspruch nur durch Auflassung und Eintragung. In demselben Sinne hat München (Rsp. 10 S. 239) entschieden. (Vgl. auch RG. E. 57 S. 432). Ein bloßer Wechsel der Firma führt keine Änderung der Eigentumsverhältnisse herbei (RG. JW. 28 S. A 251). — Ganz dieselben Grundsätze gelten, wenn nach *Auflösung einer Gemeinschaft* zur gesamten Hand ein Grundstück einem Gesellschafter, insbesondere dem einbringenden oder den mehreren einbringenden Gesellschaftern (den ehemaligen Miteigentümern) übereignet wird (RG. Rsp. 9 S. 306). Eine solche Übereignung kann, auch wenn für das Grundstück ein bestimmter Preis gesetzt ist, nach der neueren Rechtsprechung des RG. (E. 25 S. 252, Bd 30 S. 150, Gruch. 39 S. 1011) zwar nicht als *Kaufvertrag* im Sinne der Stempelgesetze aufgefaßt werden, jedenfalls enthält sie aber einen rechtsgeschäftlichen Auseinandersetzungsvertrag, der ebenso wie der Erbauseinandersetzungsvertrag eine Veräußerung in sich schließt (München Rsp. 7 S. 333). Der *Austritt eines Gesellschafters aus der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft* unter Abfindung in Geld bringt keinerlei Veränderung in den Eigentumsverhältnissen hervor, denn nach § 738 BGB., der auch für die offene Handelsgesellschaft und für die Kommanditgesellschaft gilt, wächst der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zu. Die Identität der Gesellschaft bleibt kraft Gesetzes gewahrt und die Eigentumsverhältnisse bleiben unverändert. Der Ausscheidende hat nach dem in den §§ 728 bis 740, besonders im § 738 enthaltenen Grundsatze kein dingliches Recht auf die Grundstücke der Gesellschaft, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf eine Geldsumme (Denkschr. z. neuen HGB. S. 102; RG. E. 18 S. 44). Es kann also von Auflassung der Grundstücke an die Gesellschaft keine Rede sein. *Soll der Ausscheidende durch ein Grundstück abgefunden werden*, so handelt es sich um einen Wechsel in der Person des Eigentümers und es ist Auflassung erforderlich (RG. JW. 1899 S. 609 Nr. 39, 1900 S. 542 Nr. 51). Besteht die Gesellschaft nur aus *zwei* Personen, so hört mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft auf (Denkschr. a. a. O.). Soll in diesem Falle ein der Gesellschaft gehöriges Grundstück einem von ihnen übertragen werden, so bedarf es der Auflassung, weil ein Personenwechsel vorliegt *und* weil sich das Eigentum zur gesamten Hand in Alleineigentum umwandelt (RG. JW. 7 S. 168, OLG. Hamburg RJA. 2 S. 146, KG. RJA. 3 S. 97, München im Recht 1903 S. 212, RG. JMBl. 1901 S. 274; a. M. RG. JW. 1898 S. 609 Nr. 39). Ebenso ist Auflassung erforderlich, wenn das in die Gesellschaft eingebrachte Grundstück nach Auflösung der Gesellschaft auf die Namen der Gesellschafter als Miteigentümer eingetragen werden soll (KG. RJA. 4 S. 124). In solchem Falle muß der Antrag der früheren Gesellschafter, sie als Gesamthandseigentümer einzutragen, abgelehnt werden, weil das Gesamthandseigentum mit Auflösung der Gesellschaft beendigt ist und eine Gemeinschaft zur gesamten Hand durch Privatwillkür nicht hergestellt werden kann (KG. daf.). *Sind bei einer offenen Handelsgesellschaft nur zwei Gesellschafter* vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine *Ausschließung* aus der Gesellschaft zulässig sein würde, nach § 142 Abs. 1 HGB. der andere Gesellschafter, auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Das kann auch geschehen, wenn der Gläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft gemäß § 135 HGB. gekündigt hat oder über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet ist (§ 142 Abs. 2 daf.). Daß auch hier an sich die Auflassung aus dem doppelten Grunde des Wechsels sowohl des Subjekts als auch des Objekts des Eigentums erforderlich ist, kann nicht bezweifelt werden. (So auch München im Recht 1904 S. 575). Nach Staub (Nr. 2 zu § 142 HGB.) und Fuchs (Nr. 4 A IIb zu § 925 BGB.) soll aber hier der Eigentumsübergang sich durch das rechtskräftige Urteil vermitteln. Das Gesetz sagt jedoch nichts von einer solchen dinglichen Wirkung des Urteils, sondern gibt nur das Recht, das Geschäft zu *übernehmen*, also lediglich einen obligatorischen Anspruch. Eine, wenn auch nur analoge,

Anwendung des § 738 BGB. erscheint, weil keine Gesellschaft bestehen bleibt, ausgeschlossen (a. M. OVG. E. 41 S. 82). Durch das Urteil wird nicht die Auflassung, sondern etwa der Grundstücksveräußerungsvertrag (BGB. § 313) ersetzt. Nach § 142 Abs. 3 HGB. bedarf es noch einer Auseinandersetzung, also eines rechtsgeschäftlichen Aktes. Auf die sonach erforderliche Auflassung kann der zur Übernahme für berechtigt erklärte Gesellschafter nach erfolgter Auseinandersetzung klagen, indem er sich zur Zahlung des dem anderen Gesellschafter auf Grund der Auseinandersetzung zukommenden Betrags Zug um Zug gegen die Auflassung erbietet. Weder ein Wechsel des Subjekts noch des Objekts liegt vor und es kann also von der Notwendigkeit oder Zulässigkeit der Auflassung nicht die Rede sein, wenn eine offene Handelsgesellschaft zwar durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeindeschuldners eingestellt ist und die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (HGB. § 144). — Das RG. JW. 1899 S. 320 Nr. 48 hat angenommen, daß, wenn zwei Personen Inhaber zweier offenen Handelsgesellschaften sind und ein Grundstück aus der einen auf die andere Gesellschaft übertragen, kein Eigentumswechsel stattfinde und keine Auflassung erforderlich sei. Richtig ist, daß hier kein Personenwechsel stattfindet, mindestens zweifelhaft aber, ob nicht eine Veränderung der Anteilsberechtigung vorliegt. Das KG. (JW. 28 S. A 253) hält Auflassung für erforderlich. Tritt in eine Gesellschaft ein neues Mitglied ein, so findet ein Personen- und Eigentumswechsel nicht statt und der Fall der Auflassung ist also nicht gegeben (Predari S. 154, Biermann Nr. 4 zu § 925). Auch wenn einer offenen Handelsgesellschaft ein Kommanditist beitritt und die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt wird, bedarf es keiner Auflassung (Denkschr. z. neuen HGB. S. 112, KG. JW. 26 S. A 219; a. M. nach früherem Rechte RG. E. 32 S. 47).

Bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand steht keinem der Gemeinschafter ein Anteil an den einzelnen gemeinschaftlichen Vermögensstücken zu. Daher kann der einzelne Gemeinschafter (z. B. ein Miterbe) nicht einen Anteil am gemeinschaftlichen Grundstück auflassen (RG. E. 36 S. 316, JW. 1897 S. 495 Nr. 13; KG. RJA. 1 S. 29, JW. 26 S. A 250). Nur die Gesamtheit der Gemeinschafter ist zur Auflassung befugt. Wird auf Grund der Auflassung nur eines Miterben der Erwerber als Miteigentümer eingetragen, so ist das Grundbuch unrichtig, die Unrichtigkeit beruht auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften und, da sie sich unmittelbar aus dem Grundbuch ergibt, ist von Amts wegen ein Widerspruch nach § 54 GBO. einzutragen. Läßt der zu Unrecht als Miteigentümer Eingetragene weiter auf, so kann der neue Erwerber nicht eingetragen werden (KG. J. 26 S. A 252). Auch wenn Miterben sich auseinandersetzen, ist zur Übertragung des Eigentums an einem Nachlaßgrundstück an einen von ihnen die Auflassung erforderlich (RG. E. 9 S. 272, Bd 22 S. 224; KG. Rsp. 5 S. 355). Nicht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, nicht eine Erbengemeinschaft, sondern Eigentum nach Bruchteilen liegt vor, wenn ein Erblasser nicht sein ganzes Vermögen, sondern nur ein Grundstück (oder mehrere Grundstücke) mehreren Personen zugewendet hat. Es finden also auf die Auseinandersetzung die Grundsätze der Anm. 3 Anwendung (RG. E. 52 S. 174). Die Erbengemeinschaft tritt kraft Gesetzes mit dem Erbfall ein und endigt mit der Auseinandersetzung unter den Miterben. Ist die Erbengemeinschaft durch die Teilung endgültig beseitigt, so kann sie durch Aufhebung des Teilungsvertrags nicht aufs neue begründet und durch Vertrag die Rechtslage vor der Teilung nicht wiederhergestellt werden. Es kann sich nur darum handeln, den ehemaligen Gemeinschaftern wieder Rechte am ehemaligen Nachlaßgrundstücke einzuräumen. Dies kann nur geschehen durch Begründung gewöhnlichen Miteigentums oder durch die nach dem Gesetze zulässige Schaffung eines Gesamthandsverhältnisses, wie es die Gesellschaft ist. In jedem Falle ist, da es sich um die rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum handelt, die Auflassung erforderlich (KG. Z. f. d. Not. 1892 S. 178).

Auflassung ist erforderlich, wenn eine Gemeinschaft zur gesamten Hand in eine

Gemeinschaft zu Bruchteilen umgewandelt wird, z. B. wenn Miterben das Nachlaßgrundstück einander zu bestimmten Bruchteilen überweisen (RG. E. 56 S. 96, Bd 57 S. 432; a. M. Dernburg in bayer. Z. f. Rpfl. 1905 S. 33. Wegen der Gütergemeinschaft vgl. S. 405 Abs. 1). Während bestehender Gesamthandsgemeinschaft kann der einzelne Gemeinschafter über seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen nicht verfügen (BGB. §§ 719, 1442). Eine Ausnahmebestimmung enthält § 2033 BGB., wonach jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse (nicht auch über seinen Anteil an den Nachlaßgegenständen) dinglich verfügen kann. Tut er dies, so wird der Erwerber Gesamthandseigentümer des zum Nachlasse gehörigen Grundstücks ohne Auflassung und kann verlangen, daß das Grundbuch dadurch berichtigt wird, daß er an Stelle des Veräußerers als Gesamthandseigentümer in das Grundbuch eingetragen wird. Es bedarf daher auch keiner Auflassung, wenn die Miterben einem von ihnen das ganze Nachlaßeigentum zum Alleineigentum übertragen (KG. RJA. 3 S. 262, vollständiger in KG. JW. 26 S A 113). Es genügt, wenn der dingliche Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wird. Durch einen solchen Vertrag erhält der Erwerber die rechtliche Stellung eines Miterben oder eines Alleinerben (Küntzel in Gruch. 41 S. 825). Es besteht demnach für die Miterben eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines ganzen Vermögens (oder eines Bruchteils davon) unter Lebenden der Übergang des Eigentums an den einzelnen Gegenständen an Beobachtung der für ihre Übertragung bestehenden Vorschriften geknüpft ist. Will ein Alleinerbe den Nachlaß veräußern, so kann er das nur durch Übertragung des Eigentums an den einzelnen Nachlaßsachen. Verkauft ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse (durch obligatorischen Vertrag; BGB. § 2371), so ist er verpflichtet, den Erbteil als Ganzes, nicht den Anteil an den einzelnen Nachlaßsachen zu übertragen. Mit der rechtskräftigen Verurteilung des Miterben zur Übertragung erlangt der Erwerber die Stellung als Miterbe. (Vgl. über diese streitigen Fragen die Zusammenstellung im Recht 1904 S. 126 Nr. 140.)

Wird einem bisher nicht rechtsfähigen Vereine Rechtsfähigkeit erteilt, so bedarf es zur Übertragung der bisher allen Mitgliedern gemeinschaftlich gehörenden Grundstücke auf den rechtsfähigen Verein der Auflassung (Biermann Nr. 4 zu § 925; a. M. Predari S. 156 Nr. XI). Über den Fall der Auflösung eines rechtfähigen Vereins vgl. S. 406.

Die §§ 313, 925 BGB. sind nicht anwendbar, wenn es sich um öffentlichrechtliche Eigentumsübertragungen handelt. Wenn durch ein öffentlich-rechtliches Übereinkommen mehrere bisher selbständige Gemeinden zu einer Gesamtgemeinde verschmolzen werden, so bedarf das weitere Übereinkommen, wonach das bisher getrennte Grundvermögen der einzelnen Gemeinden Vermögen der neuen Gesamtgemeinde werden soll, weder der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, noch ist eine Auflassung erforderlich (München im Recht 1905 S. 470 Nr. 1834).

3. Sowohl das Subjekt als auch das Objekt wird gewechselt, wenn Miteigentum nach Bruchteilen in Eigentum zu realen Teilen umgewandelt wird. Eine Veränderung des Objekts liegt vor, wenn die Größe der den einzelnen Miteigentümern zustehenden Bruchteile geändert wird. Es ist also auch in diesen Fällen Auflassung erforderlich (KG. PJMBl. 1902 S. 127). Auch wenn die Miterben das Nachlaßgrundstück behufs Auseinandersetzung freiwillig versteigern, bedarf es zur Eigentumsübertragung der Auflassung (RG. E. 52 S. 174). Wird das gemeinschaftliche Grundstück behufs Auseinandersetzung zwangsversteigert, so geht mit dem Zuschlage das Eigentum auf den Ersteher über (§§ 180—184 ZVG.). Kein Eigentumswechsel liegt vor, wenn Miteigentümer nachträglich die früher unterbliebene Eintragung der den einzelnen zustehenden Bruchteile beantragen. Dazu ist nicht Auflassung erforderlich, sondern nur übereinstimmende Erklärung aller Miteigentümer (KG. JW. 25 S. A 134), vorausgesetzt, daß das Anteilsverhältnis nicht geändert ist.

4. Erwirbt ein Bevollmächtigter (BGB. § 164 Abs. 2) oder ein geschäftsführender Gesellschafter (BGB. § 714) ein Grundstück durch Auflassung im eigenen Namen statt im Namen des Machtgebers oder der Gesellschaft, so wird er unter der Voraussetzung, daß Eintragung hinzutritt, Eigentümer des Grundstücks mit der obligatorischen Verpflichtung, das Eigentum auf seinen Machtgeber zu übertragen (Planck 1 S. 284 Nr. 3). Diese Übertragung stellt sich, wenn auch nicht als ein Kauf (RG. Gruch. 35 S. 1009), so doch als eine rechtsgeschäftliche Veräußerung dar. Es muß also Auflassung erklärt werden. Haben zwei Gesellschafter ein Grundstück zu Gemeinschaftszwecken zu gleichen Anteilen erworben und sich als Miteigentümer je zur Hälfte eintragen lassen, so kann zwar jeder von ihnen vom anderen verlangen, daß er das Miteigentum zugunsten der Gesellschaft aufgebe und es auf diese durch Auflassung übertrage, aber solange dies noch nicht geschehen ist, gehört das Grundstück noch nicht zur Gesamthandsgemeinschaft und es können auf den Anteil jedes Miteigentümers für seine Gläubiger Zwangshypotheken eingetragen werden (RG. 54 S. 103). Auch die Übertragung eines ganzen Vermögens gegen Gewährung eines Altenteils, einer Leibrente ꝛc. ist rechtsgeschäftlicher Natur. Grundstücke, die zu dem Vermögen gehören, müssen aufgelassen werden (Mot. II S. 187).

5. Dagegen handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Veräußerung und ist also nicht Auflassung erforderlich, wenn ein Gewerke auf Kuxe des älteren Rechtes freiwillig verzichtet und den Kuxschein an die Gewerkschaft zurückgibt (PBergG. §§ 234, 132, 131; EG. z. BGB. Art. 67), wozu jeder Gewerke befugt ist, wenn auf seinem Anteile weder schuldige Beiträge noch sonstige Schuldverbindlichkeiten haften, oder die ausdrückliche Einwilligung der Gläubiger beigebracht wird. Die Gewerkschaft kann dann über den Anteil beliebig verfügen. Ist der Anteil unverkäuflich, so wird er den anderen Gewerken nach Verhältnis ihrer Anteile in ganzen Kuxen, soweit dies aber nicht möglich ist, der Gewerkschaft als solcher im Grundbuche lastenfrei zugeschrieben. Durch einen solchen Verzicht wird der Anteil herrenlos und der Erwerb seitens der Gewerkschaft vollzieht sich durch Aneignung (vgl. Anm. 2 zu § 928 BGB.). Zur Umschreibung auf den Namen der Gewerkschaft im Grundbuche genügt der Verzicht der Gewerken in beglaubigter Form und Vorlegung des der Gewerkschaft zurückgegebenen Kuxscheins.

Da die Auflassung ein Vertrag ist, setzt sie mindestens zwei Personen voraus. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn eine fiskalische Station ein Grundstück an eine andere abtritt (OTrib. E. 20 S. 19; RG. E. 2 S. 392, Bd 21 S. 57, Bd 59 S. 400; KG. JWBl. 1900 S. 55; vgl. auch PAVf. v. 20. November 1899 § 4 Abs. 2).

IV. Die Auflassung findet nur statt bei rechtsgeschäftlicher Übertragung des Eigentums an Grundstücken, bei rechtsgeschäftlicher Übertragung eines Erbbaurechts (BGB. § 1017 Abs. 2), des Bergwerkseigentums (EG. z. BGB. Art. 67, PBergG. v. 24. Juni 1865 § 50 in der Fassung des PAG. z. BGB. Art. 37), der selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten im Geltungsgebiete des PG. v. 22. Februar 1869 § 5 (in der Fassung des PAG. z. BGB. Art. 38) und anderer selbständigen Gerechtigkeiten, wenn für diese ein Grundbuchblatt angelegt ist (PAG. z. BGB. Art. 40), sowie endlich der Bahneinheit (PG. v. 19. August 1895 und 11. Juni 1902 § 16; EG. z. BGB. Art. 112; GBO. § 83; EG. z. ZVG. § 2). Wesentliche Bestandteile können weder von der freiwilligen Veräußerung, noch von der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgeschlossen werden (KG. JB. 25 S. A 139; RG. Gruch. 46 S. 859).

Der Grundbuchbeamte, der um Beurkundung von Auflassungserklärungen angegangen wird, hat sich folgenden Prüfungen zu unterziehen:

1. ob er zuständig ist. Unter dem Grundbuchamt im BGB. § 925 Abs. 1 ist nur das zu verstehen, das das Grundbuch über das Grundstück, das veräußert werden soll, führt (GBO. §§ 2, 3, 86). Eine Auflassung, die vor einem anderen Grundbuchamte stattgefunden hat, ist nichtig (BGB. § 925 Abs. 1, 125), denn die Erklärung von dem zuständigen Grundbuchamte gehört zu der gesetzlich vorgeschriebenen Form (a. M. nur Obernecl l

S. 412). Sie wird nicht dadurch gültig, daß das Auflassungsprotokoll an das zuständige Grundbuchamt abgegeben und von diesem der Eigentumswechsel eingetragen wird, da in Wirklichkeit ein Eigentumswechsel gar nicht stattgefunden hat. Der § 7 RGFG. findet der Sonderbestimmung des § 925 BGB. gegenüber keine Anwendung und § 10 GBO. trifft auf diesen Fall nicht zu. Der früher eingetragen gewesene Eigentümer kann die Berichtigung des Grundbuchs im Wege des § 894 BGB. erzwingen. Sind mehrere Grundstücke desselben Eigentümers Gegenstand der Auflassung, so hat der Grundbuchbeamte seine Zuständigkeit bezüglich jedes einzelnen Grundstücks zu prüfen. Verlangt wird aber nur tatsächliche Zuständigkeit (vgl. Bd II Anm. B II 4 zu § 1 GBO.).

Bestimmen Landesgesetze nach EG. z. BGB. Art. 143 Abs. 1, 3, 218, daß die Auflassung (und die Bestellung eines Erbbaurechts) außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann, so liegt diesen anderen Behörden ꝛc. die Prüfung ihrer Zuständigkeit nach Maßgabe jener Landesgesetze ob. Jeder Bundesstaat kann solche Bestimmungen jedoch nur in Ansehung der in seinem Gebiete liegenden Grundstücke treffen (EG. z. BGB. Art. 143 Abs. 1). Daher wird die in einem Bundesstaate zur Auflassung für (sachlich) zuständig erklärte andere Behörde ꝛc. die Beurkundung der auf ein in einem anderen Bundesstaate belegenes Grundstück gerichteten Auflassungserklärungen auch dann abzulehnen haben, wenn in diesem anderen Bundesstaat eine gleiche Behörde ꝛc. zur Beurkundung der Auflassung (neben dem zuständigen Grundbuchamte) bestimmt ist. Für Grundstücke, die im bisherigen Geltungsbereiche des rhein. Rechtes belegen sind, gelten die besonderen Bestimmungen des PAG. z. BGB. Art. 26 (vgl. Anm. 1 1 S. 440 f.).

Damit ist aber der Grundbuchbeamte, bei dem die Eintragung des Eigentumswechsels beantragt wird, der Prüfung, ob die Auflassung vor einer zuständigen Behörde erklärt ist, nicht enthoben. Er muß prüfen, ob eine dingliche Bindung des Willens der Parteien bereits eingetreten ist (GBO. § 20), und eine solche tritt nicht ein durch Auflassungserklärungen, die vor einer nicht zuständigen Stelle abgegeben sind. Der § 20 GBO. enthält jedoch nur eine Ordnungsvorschrift. Wird zunächst der Erwerber als Eigentümer eingetragen und dann erst eine gültige Auflassung erklärt, so vollendet sich der Eigentumserwerb mit der Auflassung. Folgt keine Auflassung nach, so kann die Löschung der Eintragung im Wege der Berichtigung (BGB. §§ 894, 899) verlangt werden. Die folgenden Untersuchungen über die Prüfungspflicht des Grundbuchamts sind des Zusammenhangs wegen nicht auf den Fall, daß die Eintragung eines durch Auflassung vermittelten Eigentumsübergangs beantragt wird, beschränkt. Ergänzt werden sie durch Anm. IV zu § 29 GBO. im Bd II.

Die Regelung der Fragen, ob, wenn ein Grundbuchamtsbezirk in mehrere Bezirke zerlegt und für jeden dieser Unterbezirke ein Grundbuchbeamter bestellt wird, jeder dieser Beamten zur Beurkundung der Auflassungserklärungen für den ganzen Grundbuchamtsbezirk zuständig ist und ob die Auflassung auch außerhalb des Amtslokals des Grundbuchamts erfolgen kann, ist Sache der Bestimmung der obersten Justizverwaltungsstellen der einzelnen Bundesstaaten (vgl. darüber Bd II Anm. B I 1—3 zu § 1 Abs. 1 GBO.).

2. Es ist ferner zu prüfen, ob eine Auflassung zulässig, insbesondere, ob das Grundstück gebucht (GBO. § 28), oder dies zwar nicht der Fall, aber der Grundbuchamtsbezirk dem Grundbuche bereits eröffnet ist (EG. z. BGB. Art. 186 Abs. 2, GBO. § 91, vgl. Nr. 3 S. 93). Ist die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt erklärt (EG. z. BGB. Art. 143 Abs. 1; PAG. z. BGB. Art. 26), so bleibt die gleiche Prüfung dem um Eintragung des Eigentumswechsels angegangenen Grundbuchamte nicht erspart. Ist für den Bezirk das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen oder das Grundstück durch besondere Anordnung von der Anlegung noch ausgenommen (EG. z. BGB. Art. 186), so kann das Eigentum durch Auflassung nicht übertragen werden (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1, vgl. Nr. 3 S. 93). Der Eintragungsantrag muß demnach abgelehnt werden, wenn nicht etwa

Digitized by Google

die Auflassungserklärungen so gefaßt sind, daß sich aus ihnen alle Erfordernisse ergeben, die nach dem früherem Rechte zur Eigentumsübertragung nötig waren (z. B. nach PALR. Vertrag, der, wenn nach dem 1. Januar 1900 geschlossen, der Form des § 313 Satz 1 BGB. bedarf, und Übergabe). Ist das Grundstück zwar nicht gebucht, aber der Bezirk, in dem es liegt, dem Grundbuch allgemein eröffnet, so darf der Grundbuchbeamte die Auflassung nicht beanstanden, sondern muß die Eintragung vornehmen, sobald für das Grundstück das Grundbuchblatt angelegt ist. Über die Voraussetzungen der Auflassung eines ideellen Anteils vgl. Bd II GBO. § 48 nebst Anm.

3. Es ist vor der Beurkundung der Auflassungserklärungen zu prüfen, ob die Erschienenen die Personen sind, für die sie sich ausgeben. Der beurkundende Richter oder Notar soll das Ergebnis dieser Prüfung in das Protokoll aufnehmen (RGFG. § 176 Abs. 3). Ist die Identität im Protokolle festgestellt, so hat sie der Grundbuchbeamte, wenn die Auflassungserklärungen nicht vor ihm abgegeben sind (EG. z. BGB. Art. 143 Abs. 1 u. 2), nicht nachzuprüfen. Übrigens hat ein Verstoß gegen die Vorschrift des angeführten § 176 Abs. 3 auf die Gültigkeit der Urkunde keinen Einfluß (Denksch. z. RGFG. S. 96). Das Nähere vgl. in Bd II Anm. IV 2 a zu § 29 GBO.

4. Da nichtige Erklärungen nicht beurkundet werden dürfen, ist ferner die Geschäftsfähigkeit der Personen, die die Auflassungserklärungen abgeben wollen, zu prüfen (BGB. §§ 104, 105, vgl. Bd II Anm. IV 2 a zu § 29 GBO.). In das Grundbuch gehören Vermerke über die Geschäftsfähigkeit nicht (München im Recht 1904 S. 282). Der Grundbuchbeamte hat, wenn die Auflassung vor anderen Behörden ꝛc. erklärt ist (EG. z. BGB. Art. 143), in dieser Beziehung keine Nachprüfungspflicht. Er hat die Eintragung abzulehnen, wenn in der vorgelegten Urkunde die Geschäftsunfähigkeit einer Partei bezeugt ist. Wenn dies auch selten vorkommen wird, so hat er doch immerhin seine Prüfung darauf zu richten. Nicht abgelehnt werden darf die Aufnahme der Auflassungserklärung von in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (BGB. §§ 106 ff.), die die Einwilligung (d. h. die im voraus erklärte Zustimmung; vgl. Planck Nr. 2 zu § 107) ihres gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts (BGB. §§ 1643, 1821 Nr. 1, 4, 1896, 1897) nicht eingeholt haben oder deren Erteilung nicht nachweisen können. Nach bisherigem Rechte wurde das Gegenteil angenommen und diese Annahme hatte ihre Berechtigung wegen der dem PEigG. zugrunde liegenden Fiktion der Gleichzeitigkeit der Auflassung und Eintragung. Das BGB. läßt eine solche Fiktion nicht zu, da es durch die Vorschrift im § 185 über die Konvaleszenz der Verfügungen (d. h. dinglicher Rechtsgeschäfte; vgl. RG. E. 49 S. 415) und durch die Bestimmung im Art. 143 EG. z. BGB., wonach landesgesetzlich andere, als die mit der Führung des Grundbuchs betrauten Behörden und Beamten zur Aufnahme von Auflassungserklärungen für zuständig erklärt werden können, zu erkennen gibt, daß die Akte der Auflassung und Eintragung zeitlich nicht zusammenzufallen brauchen (RG. E. 55 S. 341; KG. JW. 28 S. A 125). Danach genügt es (was auch schon für das frühere Recht behauptet wurde; Dernburg, Lehrb. I § 240 Anm. 12), wenn die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung BGB. § 184), die auf den Zeitpunkt der Abgabe der Auflassungserklärungen zurückwirkt, zur Zeit der Eintragung des Eigentumsübergangs vorliegt (so auch Stuttgart RJA. 3 S. 263; KG. Rsp. 6 S. 473). Die Prüfungspflicht liegt demnach nicht dem Beamten oder der Behörde, die die Auflassungserklärungen zu Protokoll nehmen, sondern dem mit der Eintragung befaßten Grundbuchamt ob. Wird die Auflassung vor diesem selbst erklärt, so darf es die Protokollierung der Erklärungen nicht deshalb ablehnen, weil die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts noch fehlt, jedenfalls wird es die Eintragung vorzunehmen haben, sobald die Genehmigung beigebracht wird.

Zweifelhaft ist, ob die Zustimmung zu dem obligatorischen Veräußerungsvertrage genügt oder ob nicht noch die Zustimmung zur Auflassung erforderlich ist. Bei der grundsätzlichen Loslösung der Auflassung von dem ihr zugrunde liegenden obliga-

torischen Vertrage ist die Frage im Sinne der letzten Alternative zu entscheiden (KG. JW. 20 S. A 237, RJA. 3 S. 59). Bis zur Genehmigung der Auflassung tritt eine dingliche Bindung des Willens der Parteien auch dann nicht ein, wenn der obligatorische Vertrag in der Form des § 313 Satz 1 BGB. geschlossen und genehmigt ist (§§ 108, 109 BGB.). Die dingliche Bindung ist aber, wie Voraussetzung des Eintritts der Rechtsänderung, so auch Voraussetzung der Eintragung (BGB. §§ 873, 925 Abs. 1, GBO. § 20). Überdies verlangt das BGB. (§ 1821 Nr. 1, 3) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht nur zum obligatorischen Vertrage, wodurch die Verpflichtung zur Verfügung über ein Grundstück eingegangen wird, sondern auch zu der Verfügung selbst. Je nach Lage des Falles wird die Auslegung begründet sein, daß die Genehmigung des obligatorischen Vertrags sich auch auf die dingliche Verfügung erstrecken solle (KG. RJA. 3 S. 59). Unter Verfügung versteht das BGB. (vgl. den vorigen Abs. dieser Anm.) ein dingliches Rechtsgeschäft. Handelt es sich um den entgeltlichen Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke, so bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur zum obligatorischen Vertrage (BGB. §§ 1821 Nr. 4, 1896, 1897); der Vater bedarf in diesem Falle überhaupt keiner Genehmigung (BGB. § 1643 Abs. 1), weder zum obligatorischen noch zum dinglichen Vertrage. Zum unentgeltlichen Erwerbe bedarf auch der Vormund keiner Genehmigung. (KG. RJA. 3 S. 61). Dagegen muß der Vater zu dem Erbteilungsvertrage, bei dem die Kinder als Miterben beteiligt sind und ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück an einen anderen Miterben in Anrechnung auf seinen Erbteil überlassen wird, sowie zur Auflassung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen (KG. RJA. 1 S. 135; Seuff. A. 56 S. 87).

Die Genehmigung der Auflassung muß dem Grundbuchamt unter allen Umständen genügen, da es sich mit der Prüfung der Rechtsbeständigkeit des obligatorischen Vertrags nicht zu befassen hat, selbst wenn es durch die Landesgesetzgebung (nach GBO. § 98) angewiesen ist, die Auflassungserklärung vor Vorlegung des Vertrags nicht entgegenzunehmen. Daß nur eine vorbehaltlose, unbedingte und unbetagte Genehmigung zur Eintragung des Eigentumsübergangs führen kann, ist selbstverständlich, folgt übrigens auch aus § 925 Abs. 2 BGB. Genehmigt das Vormundschaftsgericht einen ihm vorgelegten notariell oder gerichtlich beurkundeten Vertrag, so werden von der Genehmigung mündliche Nebenabreden, die dem Gerichte nicht bekannt geworden sind, nicht ergriffen (RG. Entsch. 50 S. 281, JW. 1905 S. 527 Nr. 5).

Dieselben Grundsätze sind maßgebend in den Fällen, in denen der Ehemann zu Verfügungen über Grundstücke der Zustimmung der Frau oder die Ehefrau der Zustimmung des Mannes bedarf (BGB. §§ 1375, 1395, 1396, 1397, 1445). Im § 1445 wird ebenso, wie im § 1821 Nr. 1, 3, die Einwilligung sowohl zum obligatorischen, als auch zum dinglichen Vertrage verlangt. Die vom Manne ohne Genehmigung der Frau getroffenen Verfügungen sind ganz, auch für den Mann, unwirksam (vgl. S. 444) [1]. Dieselben Grundsätze sind ferner maßgebend in den Fällen, in denen es zur Veräußerung von staatlichen Grundstücken der Genehmigung der Zentralbehörden, z. B. des Finanzministers, bedarf, jedoch fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, die hier die Genehmigung des dinglichen Vertrags für erforderlich erklären, so daß die Entscheidung auf das Prinzip abgestellt werden muß, das oben dahin aufgestellt ist, daß der dingliche Vertrag ohne die Genehmigung nicht bindend und

[1] Wird der gütergemeinschaftliche Mann Miterbe, so gehört sein Erbteil zwar zum Gesamtgute der Gütergemeinschaft, aber er bedarf zur Übereignung des zum Nachlasse gehörenden Grundstücks an einen anderen Miterben oder an einen Dritten der Einwilligung der Frau nicht, weil er kein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat, ein solches Recht also auch nicht zum Gesamtgute gehören kann (KG. RJA. 4 S. 117, Colmar im Recht 1904 S. 449). Der Verwalter des über das Vermögen des Mannes verhängten Konkurses ist an die Genehmigung der gütergemeinschaftlichen Frau nicht gebunden, da das Gesamtgut zur Konkursmasse gehört und das Verfügungsrecht durch den Verwalter ausgeübt wird (KO. §§ 2 Abs. 1, 6 Abs. 2; Jaeger KO. Nr. 3 zu § 13).

die Eintragung des Eigentumsübergangs ohne bindenden dinglichen Vertrag nicht zulässig ist. Übrigens sind in Preußen die Zentralbehörden auch bisher von der gleichen Auffassung ausgegangen. So ist nach einem Reskr. des JustMin. v. 7. Juli 1874 vom Finanzminister angeordnet, daß in Erlasse, die die Veräußerung fiskalischer Grundstücke genehmigen, eine ausdrückliche Ermächtigung zur Auflassung aufgenommen werden soll (RG. JW. 3 S. 308), während die Praxis der Gerichte geschwankt hat (vgl. Turnau 1 S. 173, 174). Den sämtlichen preußischen Oberpräsidenten, denen Strombau- oder Kanalverwaltungen unterstellt sind, ist die Befugnis, innerhalb ihrer Zuständigkeit Grundstücke für den Staat zu erwerben, mit der Wirkung beigelegt, daß sie Dritten gegenüber zum selbständigen Abschlusse der Grunderwerbverträge und zur Entgegennahme der Auflassungserklärung allgemein ermächtigt sind, ohne daß es dazu der besonderen Genehmigung des Ministers bedarf (Bekanntm. des Min. der öffentl. Arb. v. 6. Nov. 1900, JMBl. S. 637). Etwas anders liegt die Sache in den Fällen, wo die Veräußerung von Grundstücken an die Genehmigung von Aufsichtsbehörden gebunden ist, z. B. die Veräußerung von städtischen Grundstücken an die Genehmigung des Kreis- oder Stadtausschusses (StädteO. für die 6 östl. Prov. v. 30. Mai 1853 § 50, StädteO. für Westfalen v. 19. März 1856 § 49, für die Rheinprov. v. 15. Mai 1856 § 46, für den RegBez. Wiesbaden v. 8. Juni 1891 § 50 Abs. 2, für Hessen-Nassau v. 4. Aug. 1897 § 56, ZustG. v. 1. August 1883 § 16 Abs. 3), die Veräußerung von Grundstücken der Landgemeinden an die Genehmigung des Kreisausschusses (LandGO. v. 3. Juli 1891 § 114 Abs. 2 und LandGO. für Hessen-Nassau v. 4. Aug. 1897 § 78), Veräußerung von Grundstücken der Kirchengemeinden an die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde (vgl. Turnau II S. 289) und allgemein die Veräußerung (oder Verpfändung) unbeweglicher Sachen der Korporationen und Gemeinden an die besondere Einwilligung der ihnen vorgesetzten Behörde (PALR. II 11 § 83). In allen solchen Fällen dient das Genehmigungsrecht des Staates nicht den Interessen der Gemeinden, sondern seinen eigenen Interessen (RG. JW. 6 S. 74, Bd 8 S. 68). Immerhin kommt aber auch hier ein bindender dinglicher Vertrag nur bei Hinzutritt der Genehmigung zustande, so daß ohne diese die Eintragung eines Eigentumswechsels nicht stattfinden kann. Eine Genehmigung der „Veräußerung" muß dem Grundbuchamt unter allen Umständen genügen.

Zur Veräußerung von Grundstücken, die einer evangelischen Kirchengemeinde in den acht älteren Provinzen Preußens zu einem bestimmten Zwecke, z. B. als Pfarrwohnungen, von Dritten zugewendet sind, bedarf es außer der Zustimmung des genußberechtigten Pfarrers der Genehmigung des Oberkirchenrats und des Ministers der geistlichen Angelegenheiten (RG. JW. 20 S. A 303).

Der Vertrag, durch den in Preußen eine Schulgemeinde ein Grundstück erwerben soll, muß, um rechtswirksam zu sein, von sämtlichen Mitgliedern des Schulvorstandes geschlossen werden. Hieran kann von der Regierung als Aufsichtsbehörde der Schulgemeinden in der Vermögensverwaltung nichts geändert werden. Ein nur von einzelnen Mitgliedern des Schulvorstandes geschlossener Vertrag ist für die Schulgemeinde rechtsunverbindlich. (OTrib. E. 68 S. 317; RG. E. 58 S. 61.)

Die eben behandelte, früher lebhaft erörterte, aber zu keinem festen Abschlusse gebrachte Frage (vgl. Turnau I S. 173, 174) hat im wesentlichen ihre Bedeutung dadurch verloren, daß die Einwilligung oder Genehmigung erst bei der Eintragung des Eigentumsübergangs vorhanden zu sein braucht. Wird die Genehmigung versagt, so fällt freilich die Auflassung in sich zusammen, aber bis zu dem Zeitpunkte, wo es sich entscheidet, ob die Genehmigung erteilt wird, können die Parteien (abgesehen von dem seltenen Falle des § 109 Abs. 1 BGB.) von dem dinglichen Vertrage nicht zurücktreten (BGB. §§ 1829, 1643 Abs. 3, 1897). Wird auf Grund einer noch nicht genehmigten Veräußerung die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers beantragt, so kann das Grundbuchamt zur Beibringung der Genehmigung eine Frist bestimmen und es hat, wenn inzwischen eine

andere Eintragung beantragt wird, die dasselbe Recht betrifft, zugunsten des früheren Antrags von Amts wegen eine Vormerkung (auf Auflassung) einzutragen (GBO. §§ 18, 17). Wird die Genehmigung erteilt, so ist der Erwerber als Eigentümer einzutragen, andernfalls lediglich die Vormerkung zu löschen. Wird der andere Antrag auf Grund einer von derselben Behörde genehmigten Auflassung gestellt, so ist damit festgestellt, daß die Genehmigung der Auflassungserklärungen, die dem früher gestellten Antrage zugrunde lagen, nicht erteilt ist, und somit der frühere Antrag zurückzuweisen und eine etwa eingetragene Vormerkung von Amts wegen zu löschen (GBO. § 18 Abs. 2 Satz 2). Wird die Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts versagt, so steht dem Vormunde die Beschwerde zu (ob auch dem Vertragsgegner ist streitig; Z. f. ZivProz. 25 S. 219, Bd 28 S. 300, Rsp. 4 S. 97). Hat aber der Vormund sich bei der Versagung beruhigt und dies dem Vertragsgegner mitgeteilt, so gilt der (dingliche) Vertrag als von Anfang an ungültig (Mot. z. BGB. I S. 136) und kann weder durch Erklärung des Vormundes, noch durch nachträgliche Genehmigung des Vormundschafts- oder des Beschwerdegerichts wieder ins Leben gerufen, vielmehr muß ein neuer Vertrag geschlossen werden (RG. JW. 25 S. A 17). Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde gegenüber erklären (BGB. § 1828). Es genügt daher nicht, wenn das Vormundschaftsgericht ein ihm zur Genehmigung überreichtes Auflassungsprotokoll dem Grundbuchamte mit dem Ersuchen vorlegt, die Eintragung zu bewirken (RG. E. 59 S. 277). Der Konkursverwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung der Gläubigerversammlung einzuholen, wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand veräußert werden soll; doch ist die Rechtswirksamkeit der Veräußerung Dritten, also auch dem Erwerber gegenüber von Beobachtung dieser Vorschrift nicht abhängig (KO. §§ 134, 136). Das Grundbuchamt hat sich daher nicht mit der Prüfung zu befassen, ob die Genehmigung eingeholt ist. Die Bestellung eines Erbbaurechts ist keine Veräußerung (vgl. Anm. 3 zu § 1012).

Die Einwilligung oder Genehmigung bedarf an sich keiner Form; nach dem allgemeinen Grundsatze der GBO. § 29 soll jedoch der Erwerber als Eigentümer nur eingetragen werden, wenn die Einwilligung oder Genehmigung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Der § 29 enthält aber nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung die Gültigkeit der Eintragung nicht berührt.

Großjährige Kinder bedürfen auch dann nicht der Genehmigung des Vaters, wenn sie Hauskinder sind (BGB. § 1626).

Zum Erwerbe von Grundstücken für das gütergemeinschaftliche Vermögen und zur Bewilligung einer Hypothek für den gestundeten Erwerbspreis bedarf der Mann der Genehmigung der Frau nicht (RG. RJA. 2 S. 89).

5. Es ist ferner zu prüfen, ob der Veräußerer zur Veräußerung, der Erwerber zum Erwerbe berechtigt ist.[1]

a. Absolut veräußerungsunfähig ist niemand. Auch die Geschäftsunfähigen (BGB. §§ 104, 105) können durch ihre gesetzlichen Vertreter erwerben und veräußern. Die gesetzlichen Beschränkungen der Veräußerungsfähigkeit beruhen teils auf Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, teils auf dem ehelichen Güterrechte, teils auf einem dem öffentlichen Rechte angehörigen staatlichen Aufsichtsrechte. In allen diesen Fällen ist die Wirksamkeit der Veräußerung von Grundstücken von der Genehmigung von Privatpersonen oder von Behörden abhängig. Es kann dieserhalb auf die vorhergehende Anm. verwiesen werden. Zu bemerken ist nur noch, daß von den Fällen,

[1] Bei Prüfung der Verfügungsbefugnis ist der Grundbuchrichter nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden, sondern kann auch den Inhalt der Grundakten (RG. JW. 20 S. A 282, Bd 21 S. A 119) und sonstige Tatsachen, die zu seiner amtlichen Kenntnis gelangt sind, berücksichtigen (RG. JW. 25 S. A 117, Bd 28 S. A 92, 94, RJA. 4 S. 110).

wo staatliche oder behördliche Genehmigung erforderlich ist, nur einer in den §§ 1821, 1643, 1897 BGB. geregelt ist; die Landesgesetze, welche die übrigen Fälle ordnen, bleiben in Kraft, da sie insoweit nicht privatrechtliche, sondern öffentlich-rechtliche Vorschriften enthalten (EG. z. BGB. Art. 55. Ob auch Art. 119 Nr. 1 herangezogen werden darf, ist mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt dieses Art. zweifelhaft). Die Beschränkung in der Verfügung über Grundstücke kann aber auch auf einer letztwilligen Verfügung oder auf einer prozessualen Anordnung beruhen. Der Beamte oder die Behörde, die die Auflassungserklärungen aufnehmen, sowie der mit der Eintragung befaßte Grundbuchbeamte haben sich zu vergewissern, ob dergleichen Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch eingetragen sind. Auf nichteingetragene Beschränkungen erstreckt sich ihre Prüfungspflicht nicht. Der Grundbuchbeamte ist bei der Eintragung nicht dadurch gedeckt, daß eine andere Behörde bei der Auflassung die Prüfung vorgenommen hat, wie denn überhaupt in den Fällen, in denen nach EG. z. BGB. Art. 143 die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt erklärt zu werden braucht und dort nicht erklärt wird, die dem Legalitätsprinzip entsprechende Prüfungspflicht im wesentlichen dem Grundbuchbeamten, bei dem die Eintragung beantragt wird, zugeschoben wird. Als Verfügungsbeschränkungen kommen hauptsächlich in Betracht die des vom Erblasser von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreiten (BGB. §§ 2136, 2137) Vorerben durch das Recht des Nacherben (BGB. § 2113 Abs. 1, 3), das bei Eintragung des Vorerben von Amts wegen einzutragen ist (GBO. § 52), die des Lehns- und Fideikommißbesitzers durch die Rechte der Lehns- und Fideikommißnachfolger (EG. z. BGB. Art. 59, 61; GBO. § 83; PAG. z. GBO. Art. 15), Beschränkung der Verfügungen der Erben durch einen Testamentsvollstrecker (BGB. § 2211: GBO. § 53). Der Vorerbe ist Eigentümer der Nachlaßsachen (vgl. Anm. II 1 S. 446) und kann daher grundsätzlich über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen (BGB. § 2112); jedoch ist seine Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück (auch über eine Hypothekenforderung, Grund- oder Rentenschuld; § 2114 Satz 3) im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113 Abs. 1). Dasselbe gilt (BGB. § 2113 Abs. 2) von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Die Kündigung und Einziehung einer zur Erbschaft gehörenden Hypothekenforderung, Grund- oder Rentenschuld steht dem Vorerben zu. Er kann jedoch nur verlangen, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird (§ 2114 Satz 1, 2). Von den Beschränkungen der §§ 2113 Abs. 1, 2114 kann der Erblasser den Vorerben befreien (§ 2136). Hat der Erblasser den Nacherben auf das eingesetzt, was von der Erbschaft beim Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt jene Befreiung als angeordnet (§ 2137). Von der Beschränkung in unentgeltlichen Verfügungen kann der Vorerbe nicht befreit werden. Dritten gegenüber wirkt die Beschränkung nur, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder ihnen bekannt ist (§§ 2113 Abs. 3, 2114, 892, 932 ff.). Das Grundbuchamt kann Auflassungserklärungen des Vorerben, Eintragung eines anderen Eigentümers auf Grund einer solchen Auflassung, die Eintragung der vom Vorerben bewilligten Hypotheken ꝛc. auch dann, wenn das Recht des Vorerben eingetragen ist, nicht ablehnen, weil diese Verfügungen nur im Falle des Eintritts der Nacherbfolge und auch dann nur in einem gewissen Umfang unwirksam werden; dagegen muß es nach § 2114 die Löschung einer vom nicht befreiten Vorerben eingezogenen Hypothekenforderung, Grund- oder Rentenschuld ablehnen, wenn außer der Löschungsbewilligung des Vorerben nicht noch die Einwilligung des Nacherben oder die Hinterlegung des Kapitals (nicht auch der Zinsen) für den Vorerben und den Nacherben in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form nachgewiesen wird. Auch im Falle des Universalfideikommisses des PALR. ist der Vorerbe nicht befugt, ohne Zustimmung des Nacherben die Löschung oder Umschreibung

von Nachlaßhypotheken zu bewilligen (KG. JW. 23 S. A 250). Der ersichtliche Grund dieser Unterscheidung ist, daß das Kapital dem Nacherben völlig entschwinden kann, während ihm das Grundstück erhalten bleibt und er Beseitigung von Eintragungen nach Eintritt der Nacherbfolge erreichen kann (KG. JW. 22 S. A 315). Auch Verfügungen des befreiten Vorerben darf das Grundbuchamt nur eintragen, wenn zugleich das Recht des Nacherben eingetragen oder dessen Einwilligung beigebracht wird, weil der Vorerbe von gewissen Beschränkungen nicht befreit werden kann und das Grundbuchamt nicht zu prüfen hat, ob die Verfügung nicht gegen eine gesetzliche Beschränkung verstößt, ob sie z. B. unentgeltlich (BGB. § 2113 Abs. 2) erfolgt (RG. RJA. 6 S. 140; KG. RJA. 3 S. 250). Das Grundbuchamt hat die Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts einzutragen GBO. § 52). Die Grundbuchbehörden haben die Einsetzung der Nacherben, die an sich nach Form und Inhalt zu Zweifeln an ihrer Gültigkeit keinen Anlaß bietet, als rechtswirksam zu behandeln, bis ihnen die Ungültigkeit in der gesetzlichen Form nachgewiesen wird; sie selbst haben, auch wenn es sich um eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO. handelt, nicht die Verpflichtung, Zeugen zu vernehmen oder sonstige Ermittlungen zu veranstalten, wenn behauptet wird, die letztwillige Verordnung sei anfechtbar oder frist- und formgerecht von dem dazu Berufenen angefochten (KG. RJA. 4 S. 69). Mit dem Eintritte der Nacherbschaft erlangt der Nacherbe das Recht auf Beseitigung der Eintragungen, die auf Grund der unwirksam gewordenen Verfügungen des Vorerben bewirkt sind. Dieses Recht ist im Wege des § 894 BGB. geltend zu machen. Dem Grundbuchamte muß also die Zustimmung derjenigen zu der Berichtigung des Grundbuchs beigebracht werden, deren Recht durch die Berichtigung betroffen wird, oder ein rechtskräftiges Urteil, durch das sie zur Erteilung der Zustimmung verurteilt sind. Dem gutgläubigen Erwerber gegenüber besteht der Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs nicht; daher ist zum Schutze des Nacherben vorgeschrieben, daß sein Recht bei der Eintragung des Vorerben zugleich einzutragen ist (GBO. § 52). Ist dies geschehen, so ist er unbedingt geschützt, ist es unterblieben, so muß der Nacherbe nachweisen, daß der auf Zustimmung in Anspruch Genommene sein Recht gekannt habe. Unbeschränktes (also auch dem Nacherben gegenüber wirksames) Eigentum erlangt der Erwerber — abgesehen von dem Falle seines guten Glaubens — nur, wenn der Nacherbe in die Auflassung seitens des Vorerben einwilligt (BGB. §§ 183, 185 Abs. 1) oder sie genehmigt oder wenn er unbeschränkt haftender Erbe des Vorerben wird (§ 185 Abs. 2). Unter den gleichen Voraussetzungen werden auch die auf Bewilligung des Vorerben eingetragenen Belastungen und seine Verfügungen über eingetragene Rechte dem Nacherben gegenüber wirksam. Unter Umständen ist der Nacherbe dazu verpflichtet, in Verfügungen des Vorerben einzuwilligen (§ 2120). Verfügungen des Vorerben können nur eingetragen werden, wenn er als Berechtigter eingetragen ist oder wenn die Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben in der Form des § 29 GBO. nachgewiesen wird (vgl. Bd 2 Anm. 7 zu § 41 GBO.). Die Auflassungserklärung des Vorerben muß aber entgegengenommen werden, auch wenn diese Voraussetzungen noch nicht vorliegen (a. M. KG. RJA. 3 S. 250, das aber — von seinem Standpunkt aus inkonsequent — annimmt, daß die auf Grund eines den nicht eingetragenen Vorerben zur Auflassung verurteilenden Erkenntnisses abgegebene Auflassungserklärung rechtswirksam sei, sofern nur nachträglich der Vorerbe und der Nacherbe eingetragen würden).

Wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, wodurch sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist nach § 2269 Abs. 1 BGB. im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt verstorbenden Ehegatten eingesetzt ist. Danach ist eine solche Verfügung im Zweifel dahin auszulegen, daß der überlebende Ehegatte nicht bloß Vorerbe, sondern alleiniger Erbe sein und der gemeinsam eingesetzte Dritte nur als vom Überlebenden eingesetzter Erbe gelten soll. Wird die letztwillige Verfügung so ausgelegt, so ist der überlebende Ehegatte unbeschränkt befugt,

über den Nachlaß mit voller Wirksamkeit zu verfügen, namentlich auch Nachlaßgrundstücke aufzulassen (KG. JW. 26 S. A 51).

Will eine zur Vorerbin eingesetzte Mutter, deren Nacherben ihre minderjährigen Kinder sind, ein Grundstück vollwirksam veräußern, so ist ihr Mann (der Vater der Kinder) nicht befugt, als gesetzlicher Vertreter der Kinder der Veräußerung zuzustimmen, sondern nach §§ 1630 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB. muß ein Pfleger bestellt werden, der die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Veräußerung nachzusuchen hat (München RJA. 4 S. 194).

„Eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Verfügung ist unbeschränkt wirksam, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist" (BGB. § 2115). Ergänzend wird bestimmt:

im § 773 ZPO.:

Ein Gegenstand, der zu einer Vorerbschaft gehört, soll nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder überwiesen werden, wenn die Veräußerung oder Überweisung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Der Nacherbe kann nach Maßgabe des § 771 (ZPO.) Widerspruch erheben;

im § 128 KO.:

Ist der Gemeinschuldner Vorerbe, so darf der Verwalter die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände nicht veräußern, wenn die Veräußerung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB. dem Nacherben gegenüber unwirksam ist.

Die Vorschrift des § 773 ZPO. ist nur eine Ordnungsvorschrift, über deren Befolgung das Grundbuchamt nicht zu wachen hat. Es darf also das Ersuchen um Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks (ZVG. § 19) oder den Antrag auf Eintragung der Überweisung einer Hypothekenforderung (ZPO. § 837) nicht ablehnen. Der Nacherbe ist darauf angewiesen, sein Recht selbst zu wahren (ZPO. § 771; ZVG. § 37 Nr. 5). Auf die Eintragung einer Zwangshypothek findet § 773 ZPO. keine Anwendung (KG. RJA. 4 S. 59).

Der Konkursverwalter *darf*, auch wenn das Recht des Vorerben nicht eingetragen ist (RG. E. 46 S. 165), *nicht* in die Rechte des Nacherben durch Veräußerung eingreifen. Die Veräußerung ist unwirksam, wenn nicht nachgewiesen wird, daß der Gemeinschuldner (Vorerbe) von den Beschränkungen in der Verfügung befreit ist (Jaeger KO. Nr. 7 zu § 128). Fehlt es an diesem Nachweise, so ist der Konkursverwalter zur Auflassung eines zur Konkursmasse und zugleich zur Erbschaft gehörenden Grundstücks nicht zuzulassen, jedenfalls auf Grund einer solchen Auflassung ein neuer Eigentümer nicht einzutragen. Erfolgt aber die Veräußerung auf Betreiben des Konkursverwalters im Wege der Zwangsvollstreckung (KO. § 126), so ist § 773 ZPO. maßgebend. Übrigens ist nach BGB. § 2115 Satz 1 die Zwangsvollstreckung ꝛc. im Falle des Eintritts der Nacherbfolge, soweit dadurch das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird, auch dann unwirksam, wenn die Voraussetzungen vorlagen, unter denen der Vorerbe selbst hätte wirksam verfügen können (Denkschr. z. BGB. S. 415). Das Verfügungsrecht darf durch die Gläubiger des Vorerben nicht zu ihren Zwecken ausgeübt werden (Prot. V S. 113). Anders liegt die Sache, wenn Verfügungen durch Urteil vorliegen. Hier hat schon der Vorerbe selbst verfügt und das Urteil hat nur die Bedeutung, daß es die Verfügung feststellt und die Ausführung erzwingbar macht. Selbstverständlich können Nachlaßgläubiger wegen ihrer schon gegen den Erblasser begründeten Ansprüche durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung über Nachlaßgegenstände verfügen und sind ihre Verfügungen auch gegenüber dem Nacherben wirksam. Aber auch Vollstreckungshandlungen zur Durchführung eines Rechtes, das

im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist, sind unbeschränkt wirksam. Es ist damit ein solches vom Vorerben bestelltes dingliches Recht gemeint, aus dem der Nacherbe sich die Zwangsvollstreckung gefallen lassen müßte, wenn sie nicht schon gegen den Vorerben durchgeführt wäre, z. B. eine mit Zustimmung des Nacherben bestellte Hypothek (Prot. V S. 113).

Die auch nach dem bisherigen Rechte recht bedenkliche (Turnau II S. 440) Annahme (RG. E. 14 S. 288, Gruch. 37 S. 733, JW. 1896 S. 619 Nr. 55), daß der Nacherbe, dessen Recht im Grundbuch eingetragen ist, schon vor Eintritt der Nacherbfolge gegen den Gläubiger einer vom Vorerben bewilligten Hypothek auf Löschung klagen könne, wenn dem Vorerben vom Erblasser die Veräußerung und Verpfändung der Nachlaßgrundstücke untersagt ist, läßt sich nach den Vorschriften des BGB. nicht aufrecht erhalten. Der Erblasser kann den Vorerben von einzelnen gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen befreien (§§ 2136, 2137), dagegen hat er nicht die Befugnis, den Vorerben in der Verfügung über das Gesetz hinaus zu beschränken (BGB. § 137). Dergleichen ungesetzliche Beschränkungen dürfen das Grundbuchamt nicht veranlassen, die Eintragung dinglicher Verfügungen des Vorerben in das Grundbuch abzulehnen. Im Falle des § 773 ZPO. steht dem Vorerben das Recht aus § 771 ZPO. zu, weil eine zu seinen Gunsten gegebene Ordnungsvorschrift verletzt ist.

In Abweichung von dem bisherigen, aber im Einklange mit dem älteren preuß. Rechte (Turnau II S. 440 Nr. 2) ist bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben (und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung) von Amts wegen einzutragen (GBO. § 52). Durch diese Vorschrift wird bezweckt, die Beschränkung im Grundbuche für Dritte erkennbar zu machen und dadurch den Nacherben gegenüber den sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren zu sichern (Denkschr. z. GBO. S. 58). Ob der Nacherbe einen Anspruch darauf hat, daß sein bereits bei der Eintragung des Vorerben als Eigentümers im Grundbuch eingetragenes Recht bei jeder einzelnen, auf Grund der Bewilligung des Nacherben später in dasselbe Grundbuch erfolgenden Eintragung (z. B. von Hypotheken) vermerkt werde (RG. JW. 1896 S. 619 Nr. 55), darf bezweifelt werden. Dagegen erscheint es unzweifelhaft, daß der Nacherbe auf Beachtung der Vorschrift GBO. § 52 dringen kann. Wenn er das Testament vorlegt, muß sein Recht nachträglich eingetragen werden.

Der *Testamentsvollstrecker* hat nach BGB. §§ 2205, 2211 das ausschließliche Recht, über die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände zu verfügen (vgl. Bd II Anm. A II 1 zu § 36 GBO). Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, so ist dies bei der Eintragung des Erben von Amts wegen miteinzutragen, es sei denn, daß der Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt (GBO. § 53). Auch diese Vorschrift bezweckt den Schutz gegen die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren (BGB. §§ 2211, 892, 932 ff.). Die Grundlage für die Eintragung bildet neben dem Erbschein das dem Testamentsvollstrecker über seine Ernennung vom Nachlaßgerichte zu erteilende Zeugnis (BGB. § 2368; Denkschr. z. GBO. S. 59). Auch hier ist die entgegen der Vorschrift des § 53 GBO. unterbliebene Eintragung auf bloße Anregung des Testamentsvollstreckers nachzuholen. Übrigens ist der Grundbuchbeamte für den aus Nichtbeachtung der §§ 52, 53 GBO. entstandenen Schaden unzweifelhaft nach § 12 GBO. und Art. 8 PAG. z. GBO. (BGB. § 839) verantwortlich. Ist der Testamentsvollstrecker eingetragen, so muß die Eintragung dinglicher Verfügungen der Erben abgelehnt werden (BGB. § 2211 Abs. 1). Vgl. Bd II Anm. zu § 36 Abs. 2 GBO.

Die Eintragung der *Familienfideikommißeigenschaft* kann nur auf Ersuchen der Fideikommißbehörde erfolgen (EG. z. BGB. Art. 59; PAG. z. GBO. Art. 16, 17), in Ermangelung einer solchen Behörde auf Grund des Nachweises ihrer Entstehung (Art. 18 Abs. 1 das.). Ist die Eintragung nicht bewirkt, so steht der Erwerb Dritter unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. §§ 892, 932 ff.; EG. z. BGB. Art. 61). Das Grundbuchamt hat zwar nicht nachzuforschen, ob dem Grundstück oder der

Digitized by Google

Hypothek, über die verfügt werden soll, Familienfideikommißeigenschaft beiwohnt, aber die durch die Grundakten oder sonst amtlich erlangte Kenntnis davon muß er berücksichtigen (KG. RJA. 4 S. 110). Ist dagegen diese Eigenschaft im Grundbuche vermerkt, so darf das Grundbuchamt auf Grund von Verfügungen, die der Fideikommißbesitzer allein vorgenommen hat, Eintragungen nicht bewirken (RG. JW. 1897 S. 478 N. 56, E. 39 S. 181). Das Obereigentum gehört nach preuß. Rechte der ganzen Familie, dem Fideikommißbesitzer nur das nutzbare Eigentum (ALR. II 4 §§ 72, 73). Demgemäß ist dieser in der Verfügung über die Substanz, d. h. in der Veräußerung, in der willkürlichen Vererbung und in der Belastung beschränkt (ALR. II 4 §§ 76—116). Veräußerungen und Belastungen kann er nur mit Genehmigung der Familie vornehmen. Diese wird durch die Anwärter vertreten oder durch einen für die unbekannten Anwärter bestellten Kurator (ALR. II 4 § 95). Die Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung des Familienschlusses steht der Fideikommißbehörde, d. h. im Gebiete des PALR. dem Oberlandesgericht, in dessen Bezirke der Stifter bei Errichtung des Fideikommisses seinen Wohnsitz hatte (BfJustMin. v. 24. Juli 1867 und v. 18. Juli 1889, Gruch. 33 S. 850; RG. E. 34 S. 228), zu (G. v. 15. Februar 1840 §§ 1, 2, 16 ff.[1]; G. v. 5. März 1855). Durch das PAG. z. GBO. Art. 17 ist die Vorschrift des rhein. G. v. 12. April 1888 § 33 Abs. 2 Satz 1, wonach die Eintragung der Fideikommißeigenschaft auf Ersuchen des Oberstaatsanwalts erfolgte, beseitigt. Die Bestätigung des Familienschlusses durch die Fideikommißbehörde liefert dem Grundbuchamte den Nachweis von dessen ordnungsmäßiger Fassung und überhebt es in dieser Beziehung jeder Prüfung. — Zur Verfügung über die Revenüen ist der Fideikommißbesitzer befugt; er kann sie also auch verpfänden, mit ihnen Hypothek bestellen. Das BGB. hat freilich das Institut der Revenüenhypothek abgelehnt (Mot. III S. 633), aber Art. 60 EG. z. BGB. hält die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, die die Bestellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld an einem Grundstücke, dessen Belastung nach den in den Art. 57—59 bezeichneten Vorschriften nur beschränkt zulässig ist, dahin gestatten, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann. Danach sind die Bestimmungen PALR. II 4 §§ 76 ff., 108 ff. aufrecht erhalten (vgl. Art. 89 Nr. 1 c AG. z. BGB.).

Bezüglich der Belastungen kommt in Preußen das Gesetz, betr. die Errichtung von Landeskulturrentenbanken v. 13. Mai 1879 § 32 in Betracht, wonach, wenn ein Darlehn zu Drainirungsanlagen auf einem Lehn- oder Fideikommißgute gewährt werden soll, es zur Eintragung der Rente weder der Einwilligung der Lehns- oder Fideikommißfolger und der Agnaten, noch eines Familienbeschlusses bedarf (RG. E. 40 S. 318). Vgl. Anm. IV S. 168. Die Zwangsversteigerung des Fideikommißgegenstandes ist nur wegen Substanzschulden zulässig (PALR. II 4 §§ 104, 110). Die Prüfung, ob diese Voraussetzung der Zwangsversteigerung vorliege, ist Sache des Vollstreckungsrichters, nicht des Grundbuchamts.

Die nach EG. z. BGB. Art. 59, 120, GBO. § 83 erlassenen PAG. z. BGB. Art. 19 und z. GBO. Art. 20, deren Wortlaut in Anm. IV 1 zu § 1120 mitgeteilt wird, bestimmen über die lastenfreie Abschreibung von Parzellen von Familienfideikommißgütern für den Fall, daß sog. Unschädlichkeitsatteste erteilt sind. In diesem Falle ist der Fideikommißbesitzer ohne Zustimmung der Familie zur Auflassung befugt. Des Familienschlusses bedarf es nicht, sondern es genügt die Zuziehung zweier Anwärter zu freiwilligen Verfügungen, die:

a. infolge einer Rechtsverbindlichkeit getroffen werden sollen (z. B. im Falle des PEnteignG. v. 11. Juni 1874 § 17);

[1] Für die Tätigkeit der auf Grund dieses Gesetzes bestellten Vormünder kommen nur dessen Bestimmungen, nicht die des BGB. über Vormünder und Pfleger zur Anwendung (KG. JMBl. 1903 S. 96, KG. JW. 25 S. A 214).

b. zum Umtauſch einzelner Gutsparzellen gegen andere Grundſtücke, inſoweit als dieſe in der nämlichen Feldmark, wie das Gut, oder doch in einer unmittelbar angrenzenden Feldmark gelegen ſind;

c. zur Veräußerung einzelner Gutsparzellen zum Zwecke der Erwerbung anderer, innerhalb der zu b bezeichneten Grenzen liegenden Grundſtücke, inſofern ſolche wirklich erworben und dem Fideikommiß einverleibt werden.

(G. v. 15. Februar 1840 § 15 Nr. 2—4. Dieſes G. iſt durch Art. 89 Nr. 10 des AG. z. BGB. nur, ſoweit es ſich auf Familienſtiftungen bezieht, aufgehoben.)

Das Grundbuchamt ſoll in dieſen Fällen die Auflaſſungserklärungen erſt entgegennehmen und darf die Eintragung des Eigentumsübergangs erſt bewirken, wenn ihm die Ausfertigung der von der Fideikommißbehörde aufgenommenen Verhandlung über die Zuſtimmung der beiden Anwärter vorgelegt wird.

Unabhängig von der Zuſtimmung der Familie oder einzelner Anwärter ſind die Zwangsverſteigerung wegen Subſtanzſchulden (PALR. II 4 § 110), die Zwangsenteignung, ſowie die Eigentumsveränderungen infolge von Gemeinheitsteilungen, gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen und Reallaſtenablöſungen. In dieſen Fällen vollzieht ſich aber der Eigentumsübergang ohne Auflaſſung.

Über die Beſchränkungen des Lehnsbeſitzers vgl. Turnau II S. 159 und über die Beſchränkungen des Eigentümers eines Rentenguts und des Anerben vgl. Überſ. S. 332 f.

Die Eröffnung des Konkurſes über das Vermögen des Eigentümers wird nach § 113 KO. in das Grundbuch eingetragen. Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinſchuldner die Befugnis, über ſein zur Konkursmaſſe gehöriges Vermögen zu verfügen (KO. § 6). Die in der Eintragung des Konkursvermerks kundgegebene Verfügungsbeſchränkung ſteht aber der Auflaſſung nicht hindernd entgegen, weil Rechtshandlungen, die der Gemeinſchuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens vornimmt, nur den Konkursgläubern gegenüber unwirkſam ſind (KO. § 7 Abſ. 2).[1] Der Grundbuchrichter darf daher weder die Entgegennahme der Auflaſſungserklärungen, noch die Eintragung des Eigentumsübergangs ablehnen. Der Konkursverwalter wird durch die ſeitens des Gemeinſchuldners vorgenommene Veräußerung nicht gehindert, das Grundſtück nach § 126 KO., §§ 172 ff. ZVG. zur Zwangsverſteigerung zu bringen. Dem Erforderniſſe des § 17 ZVG. iſt durch die Eintragung des Konkursvermerks genügt. Der Erſteher wird auf Grund des Zuſchlags als Eigentümer eingetragen. Das Eigentum deſſen, der vom Gemeinſchuldner erworben hat, erliſcht; es ſteht ihm nur ein Bereicherungsanſpruch an die Konkursmaſſe zu (KO. § 7 Abſ. 2). In gleich beſchränkter Weiſe wirkt die Eintragung eines nach KO. §§ 106 Abſ. 1, 113 erlaſſenen allgemeinen Veräußerungsverbots. Inwieweit dergleichen nicht eingetragene Veräußerungsbeſchränkungen Dritten gegenüber Wirkſamkeit haben, richtet ſich nach §§ 892, 893 BGB. (vgl. S. 155 ff.). Dieſelben beſchränkten Wirkungen hat die Eintragung des Vermerks, daß die Nachlaßverwaltung angeordnet ſei, auf die Verfügungsbefugnis des Erben (BGB. § 1984 Abſ. 1). Durch die Einleitung der Zwangsverſteigerung und die Eintragung des Zwangsverſteigerungsvermerks (ZVG. §§ 19 ff.) wird der Eigentümer an der Veräußerung des Grundſtücks nicht verhindert, doch muß der Erwerber ſich die Fortſetzung und Durchführung der Zwangsvollſtreckung gefallen laſſen (ZPO. §§ 265, 266, 325, 727). Selbſt den Konkursgläubigern gegenüber wirkt dieſe Veräußerungsbeſchränkung (KO. § 13). Die Aufnahme der Auflaſſungserklärungen und die Eintragung aus ihnen kann mithin in dieſem Falle nicht verweigert werden; ebenſowenig wenn eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflaſſung für einen Dritten eingetragen iſt (RG. E. 27 S. 237). Eine ſolche Vormerkung wirkt nach KO. § 24 (in Abweichung vom früheren Rechte; vgl. Turnau I S. 268, 269 Anm. 4 b) auch gegen den Konkursverwalter und die von dieſem vertretene Konkursmaſſe.

[1]) Das iſt jedoch ſtreitig (vgl. S. 153 f. und Predari S. 312).

Ist eine Auflassung nach der Beschlagnahme des Grundstücks, aber vor der Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks beurkundet, so kann die Eintragung des neuen Erwerbers ebenfalls nicht abgelehnt werden. Ist die Zwangsversteigerung wegen des Anspruchs aus einem eingetragenen Rechte angeordnet, so hat die nach der Beschlagnahme bewirkte Veräußerung des Grundstücks auf den Fortgang des Verfahrens gegen den Schuldner keinen Einfluß (ZVG. § 26). Ist die Zwangsversteigerung dagegen wegen einer persönlichen Forderung angeordnet, so kann gegen einen gutgläubigen Erwerber das Verfahren nicht fortgesetzt werden (vgl. Bd II Ergänz. II Einl.).

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern, ist nichtig (BGB. §§ 1136, 137). Ist sie dennoch eingetragen, so darf sie zur Verweigerung der Entgegennahme der Auflassungserklärungen und der Eintragung des Eigentumswechsels nicht führen. *Jedes rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot*, auch das durch Testament verordnete, ist Dritten gegenüber unwirksam (abgesehen von den besprochenen Ausnahmen der §§ 2113, 2211 BGB.) und kann auch durch Eintragung niemals dingliche Wirkungen erlangen (anders nach PrLR. I 4 §§ 15 ff.), sondern wirkt nur obligatorisch (Mot. I S. 213, Bd V S. 244, Prot. III S. 256; RG. JW. 21 S. A 133). Dies gilt auch für die in Eheverträgen enthaltenen Verfügungsbeschränkungen (RG. JW. 20 S. A 292). Im Falle des § 1136 BGB. ist der Vereinbarung auch die obligatorische Wirkung versagt. Demnach darf ein solches Verbot nicht eingetragen werden und, wenn es dennoch geschehen, darf das nicht zur Ablehnung der Entgegennahme der Auflassungserklärungen und der Eintragung des Eigentumsübergangs führen. Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt, auch wenn sie nach dem BGB. nicht zulässig ist, wirksam, jedoch unbeschadet der Vorschriften des BGB. zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (EG. z. BGB. Art. 168). In Betracht kommen auch die durch EG. z. BGB. Art. 119 Nr. 2 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften, die die *Teilung eines Grundstücks* oder die getrennte Veräußerung von Grundstücken, die bisher zusammen bewirtschaftet worden sind, untersagen oder beschränken. Auflassungen, die solchen Gesetzen zuwiderlaufen würden, dürfen nicht aufgenommen werden und können nicht zur Eintragung führen. In *Preußen* bestehen übrigens dergleichen Vorschriften nicht. Der Grundsatz der Geschlossenheit und Unteilbarkeit des Grundbesitzes ist hier schon im Anfange des 19. Jahrhunderts aufgegeben (Edikt v. 9. Oktober 1809 u. v. 14. September 1811; vgl. Turnau I S. 240 Anm. 1). Über die Beschränkung durch *Rechtshängigkeit* vgl. S. 259 f.

b. *Ebenso ist nach dem Rechte des BGB. niemand erwerbsunfähig.* In *Preußen* waren nach Beseitigung der Strafe des bürgerlichen Todes (code pénal Art. 18) durch Art. 10 der VerfUrk. v. 31. Januar 1850 nur die zu einem staatlich genehmigten und mit Korporationsrechten versehenen Kloster zugehörigen *Mönche* und *Nonnen* nach abgelegtem Klostergelübde absolut erwerbsunfähig (ALR. II 11 §§ 1199—1202, 1209; vgl. RG. JW. 1898 S. 449 Nr. 44, 45, 48—50, E. 41 S. 295, 308). Das BGB. hat auch diese Ausnahme beseitigt (Mot. I 25). „Den dem BGB. zugrunde liegenden Prinzipien zufolge hat der Eintritt in ein Kloster und die Ablegung von Ordensgelübden auf die privatrechtliche Stellung der Person keinen Einfluß. . . . Auf dem Gebiete des Vermögensrechts kann dem Gelübde der Armut rechtliche Folge nicht gegeben werden. Niemand ist imstande, der ihm auf Grund seiner Persönlichkeit zukommenden rechtlichen Fähigkeiten sich zu entschlagen; die Vermögensfähigkeit läßt sich durch Verzicht nicht abstreifen, auch nicht durch einen in Gelübdeform erklärten Verzicht. Es treten demgemäß . . . auf Grund des Art. 55 EG. z. BGB. sowohl die Vorschriften der Landesgesetze, die Klosterpersonen im Interesse der Klöster für vermögensunfähig erklären, als die Vorschriften außer Kraft, nach denen die Ablegung der Klostergelübde den bürgerlichen Tod zur Folge hat. Zu einem Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze in erster Hinsicht fehlt jeder Anlaß. Dagegen erscheint es angemessen und unbedenklich, den Einzelstaaten wenigstens die Möglichkeit offen zu

halten, die Durchführung der von ihnen für erforderlich erachteten Erwerbsbeſchränkungen der toten Hand — Art. 86 — mittelbar dadurch zu ſichern, daß ſie den unentgeltlichen Erwerb ſeitens der Religioſen an das Erfordernis ſtaatlicher Genehmigung knüpfen. Den Landesgeſetzen auch hinſichtlich des entgeltlichen Erwerbs dieſe Machtbefugnis einzuräumen, könnte zu einer völligen Entziehung der Erwerbsfähigkeit und damit tatſächlich zur Vermögensunfähigkeit der Religioſen führen" (Mot. z. EG. z. BGB. S. 169, 170). Demgemäß beſtimmt Art 87 EG. z. BGB.:

Unberührt bleiben die landesgeſetzlichen Vorſchriften, welche die Wirkſamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöſer Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von ſtaatlicher Genehmigung abhängig machen.

Unberührt bleiben die landesgeſetzlichen Vorſchriften, nach welchen Mitglieder religiöſer Orden oder ordensähnlicher Kongregationen nur mit ſtaatlicher Genehmigung von Todes wegen erwerben können. Die Vorſchriften des Art. 86 Satz 2 finden entſprechende Anwendung.

Mitglieder ſolcher religiöſer Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, bei denen Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbeſtimmte Zeit nicht abgelegt werden, unterliegen nicht den in den Abſ. 1, 2 bezeichneten Vorſchriften.

In Preußen beſtehen keine geſetzlichen Beſtimmungen der im Art 87 bezeichneten Art, weil die Religioſen nach abgelegtem Kloſtergelübde überhaupt vermögensunfähig waren. Infolge der Aufhebung der Beſtimmungen des ALR. II 11 §§ 1199—1209 (vgl. PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1c) werden die Religioſen mit dem Inkrafttreten des BGB. vermögensfähig. Nach Art. 87, 3, 218 EG. z. BGB. kann Preußen Erwerbsbeſchränkungen innerhalb der im Art. 87 geſteckten Grenzen beſtimmen. Im PAG. z. BGB. iſt dies nicht geſchehen. Demnach regelt ſich der Grunderwerb nach den allgemeinen Regeln des BGB. Über das Kloſtergelübde und ſeine vermögensrechtliche Bedeutung im Geltungsgebiete des PALR. ſeit dem 1. Januar 1900 vgl. v. Brünneck in Gruch. 45 S. 193.

In Bundesſtaaten, die vom Vorbehalte des Art. 87 Gebrauch machen, bleibt die Wirkſamkeit einer auf Schenkung beruhenden Auflaſſung an einen Religioſen ſo lange in der Schwebe, bis die ſtaatliche Behörde ſich über die Erteilung der Genehmigung entſchieden hat. Wird die Genehmigung verſagt, ſo fällt damit die Auflaſſung in ſich zuſammen; wird ſie erteilt, ſo wird die Auflaſſung mit rückwirkender Kraft gültig (BGB. § 184 Abſ. 1). Da die Auflaſſung vom zugrunde liegenden Rechtsgeſchäfte völlig losgelöſt iſt, die Erklärungen ſich lediglich auf die Einigung der an der Auflaſſung Beteiligten über den Eintritt des Eigentumsübergangs beſchränken (BGB. §§ 873 Abſ. 1, 925 Abſ. 1), wird das Grundbuchamt oder die andere Behörde oder der andere Beamte (EG. z. BGB. Art. 143 Abſ. 1), die zur Aufnahme der Auflaſſungserklärungen zuſtändig ſind, ohne beſondere Nachforſchung über den obligatoriſchen Grund der Auflaſſung nichts erfahren. Sie ſind aber (immer vorausgeſetzt, daß der Bundesſtaat, in deſſen Gebiete das von der Auflaſſung betroffene Grundſtück liegt, von dem Vorbehalte des Art. 87 Gebrauch gemacht hat) zu dieſer Nachforſchung verpflichtet, weil es ſich um eine Beſchränkung der Geſchäftsfähigkeit handelt und weil unwirkſame Auflaſſungen nicht zur Eintragung eines (in Wirklichkeit nicht eingetretenen) Eigentumswechſels führen dürfen. Iſt die Auflaſſung (wo dies zuläſſig iſt) nicht vor dem Grundbuchamt erklärt und ergibt das Auflaſſungsprotokoll über ſolche Nachforſchungen nichts, ſo hat der mit der Eintragung befaßte Grundbuchbeamte auf Beibringung der Grundlagen zu dringen, aus denen ſich die Erwerbsfähigkeit des Religioſen ergibt. Die Feſtſtellung der Erwerbsfähigkeit in dem anderweitig aufgenommenen Auflaſſungsprotokolle muß dem Grundbuchbeamten genügen. — Die vor der Auflaſſung über einen Religioſen anzuſtellenden Nachforſchungen werden ſich zunächſt darauf zu erſtrecken haben, ob bei dem Orden oder der ordensähnlichen Kongregation, denen der Religioſe angehört, Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbeſtimmte Zeit abgelegt werden. Iſt dies nicht der Fall, dann ſteht die Erwerbsfähigkeit des Religioſen, die durch Landesgeſetze nicht weiter beſchränkt werden kann, als nach Art. 87 zuläſſig iſt, feſt. Andernfalls iſt zu erforſchen, ob der

Religiose ein Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit bereits abgelegt hat. Ist dies nicht der Fall, so wird die Auflassung nicht beanstandet werden dürfen, weil sich aus Art. 87 Abs. 3 ergibt, daß Religiose vor abgelegtem Klostergelübde in ihrer Erwerbsfähigkeit durch Landesgesetze nicht beschränkt werden können. Wird ermittelt, daß solche Gelübde bereits abgelegt sind, so ist endlich noch zu erforschen, ob die Auflassung geschenkweise erfolgt. Ist dies der Fall, so muß die Eintragung des beabsichtigten Eigentumswechsels von Beibringung der staatlichen Genehmigung abhängig gemacht werden. Die Auflassung kann nach den zu IV 4 S. 456 entwickelten Grundsätzen auch vor Beibringung der Genehmigung zu Protokoll genommen werden. In den Bundesstaaten, die, vom Vorbehalte des § 98 GBO. Gebrauch machend, bestimmen, daß die Auflassung nur entgegengenommen werden soll, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde vorgelegt wird, vereinfacht sich die zuletzt erwähnte Prüfung. Das Grundbuchamt (oder die andere Behörde ꝛc.) wird zweckmäßig die Entgegennahme der Auflassungserklärungen vor Beibringung jener Urkunde ablehnen, wenn auch an sich die Vorschrift des § 98 GBO. nicht den Zweck hat, dem Grundbuchamte die Einsicht und Prüfung des obligatorischen Vertrags zu ermöglichen. Darüber, welche Folgen es hat, wenn der Religiose sich wahrheitswidrig als unbeschränkt erwerbsfähig darstellt, oder wenn beide Teile wahrheitswidrig behauptet haben, daß die Eigentumsübertragung an den Religiosen gegen Entgelt geschehe, werden die Landesgesetze Bestimmung zu treffen haben. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift des Art. 87 Abs. 1 EG. z. BGB. kann es nicht genügen, den Veräußerer zur Rückforderung zu ermächtigen, sondern es wird Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der auf diesen Eigentumswechsel bezüglichen Eintragung auf Ersuchen der staatlichen Behörde, die die Genehmigung zur Schenkung zu erteilen hat, vorzuschreiben sein.

Es kommen ferner folgende Erwerbsbeschränkungen in Betracht:

a. der juristischen Personen. Art. 86 EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen. Wird die nach dem Landesgesetze zu einem Erwerbe von Todes wegen erforderliche Genehmigung erteilt, so gilt sie als vor dem Erbfall erteilt; wird sie verweigert, so gilt die juristische Person in Ansehung des Anfalls als nicht vorhanden; die Vorschrift des § 2043 BGB. findet entsprechende Anwendung.

„Die Beschränkungen des Erwerbes seitens juristischer Personen bezwecken, den Gefahren vorzubeugen, die übermäßige Anhäufung von Grundbesitz oder Kapitalvermögen in der Hand juristischer Personen für das Gemeinwohl, oder allzuweit getriebene, auf die Förderung besonderer öffentlicher Zwecke abzielende Freigebigkeit des einzelnen für das Gedeihen und das Wohl der Familie haben kann" (Mot. zum Entw. 1 e. EG. z. BGB. S. 172). Abweichend vom Art. 87 sind hier auch die Beschränkungen des entgeltlichen Erwerbes aufrecht erhalten oder der künftigen landesgesetzlichen Regelung vorbehalten. (Art. 3). In Preußen bestand eine ganze Reihe einschlägiger Bestimmungen (vgl. u. a. G., betr. die Genehmigung von Schenkungen ꝛc. an Korporationen und andere juristische Personen, v. 23. Februar 1870; ALR. II 6 § 83, II 11 §§ 194, 195). Einer Aufzählung aller hierher gehörigen Bestimmungen bedarf es nicht, da das PAG. z. BGB. unter Aufhebung d. G. v. 23. Februar 1870 (Art. 89 Nr. 26) für alle preuß. juristischen Personen einheitliche Regeln aufstellt. Es bestimmt nämlich:

Art. 6. § 1. Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen an juristische Personen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach der Genehmigung des Königs oder der durch Königliche Verordnung bestimmten Behörde, wenn sie Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen. Wiederkehrende Leistungen werden mit vier vom Hundert zu Kapital gerechnet.

§ 2. Die Genehmigung kann auf einen Teil der Schenkung oder der Zuwendung von Todes wegen beſchränkt werden.

§ 4. Die Vorſchriften der §§ 1 bis 3 gelten nicht für Familienſtiftungen.

Art. 7. § 1. Juriſtiſche Perſonen, die in Preußen ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundſtücken im Werte von mehr als fünftauſend Mark der Genehmigung der ſtaatlichen Aufſichtsbehörde.

Dies gilt nicht für Familienſtiftungen, für juriſtiſche Perſonen, deren Rechtsfähigkeit auf einem neben dem BGB. beſtehenden Reichsgeſetze beruht, ſowie für ſolche juriſtiſche Perſonen des öffentlichen Rechtes, welche nach den für ſie geltenden Geſetzen ohne die im Abſ. 1 bezeichnete Genehmigung Grundeigentum erwerben können.

Sparkaſſen, die durch ſtaatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt haben, können ein von ihnen beliehenes Grundſtück im Zwangsverſteigerungsverfahren ohne die Genehmigung erwerben.

§ 2. Juriſtiſche Perſonen, die in einem anderen Bundesſtaat ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von Grundſtücken im Werte von mehr als fünftauſend Mark der Genehmigung des Königs oder der durch Königliche Verordnung beſtimmten Behörde.

Der gleichen Genehmigung bedürfen ausländiſche juriſtiſche Perſonen zum Erwerbe von Grundſtücken ohne Rückſicht auf den Wert.

§ 3. Die in den §§ 1, 2 vorgeſchriebene Genehmigung iſt nicht erforderlich zu einem Erwerbe, der auf Grund einer nach Maßgabe des Art. 6 genehmigten Schenkung oder Zuwendung von Todes wegen erfolgt.

Zu Art. 7 § 2 Abſ. 1 beſtimmt die PV. z. Ausführung des BGB. v. 16. November 1899 im Art. 6:

Die zum Erwerbe von Grundſtücken nach Art. 7 § 2 Abſ. 1 des AG. z. BGB. erforderliche Genehmigung wird Aktiengeſellſchaften, Kommanditgeſellſchaften auf Aktien, eingetragenen Genoſſenſchaften, eingeſchriebenen Hilfskaſſen, rechtsfähigen gegenſeitigen Verſicherungsgeſellſchaften und Gewerkſchaften, die außerhalb Preußens in einem deutſchen Bundesſtaat ihren Sitz haben, von den zuſtändigen Miniſtern erteilt.

Dieſe Beſtimmungen unterſcheiden ſich von den bisherigen Vorſchriften im weſentlichen nur dadurch, daß die Wertgrenze für das Erfordernis der Genehmigung im Falle der Schenkung oder der Zuwendung von Todes wegen von 3000 auf 5000 Mk. hinaufgerückt und für den entgeltlichen Erwerb von Grundſtücken eine Wertgrenze überhaupt erſt eingeführt iſt; nur der Erwerb von Grundſtücken ſeitens ausländiſcher Perſonen iſt auch nach dem neuen Geſetze ohne Rückſicht auf den Wert der Grundſtücke an die Genehmigung des Königs oder der durch Königl. Verordnung beſtimmten Behörde gebunden. Die neuen Beſtimmungen ſind auch in Helgoland, wo es bisher an entſprechenden Vorſchriften fehlte, in Kraft getreten.

Die Frage, ob Schenkungen und letztwillige Zuwendungen, inſoweit dadurch eine neue juriſtiſche Perſon ins Leben gerufen werden ſoll, der ſtaatlichen Genehmigung bedürfen, iſt durch § 80 BGB. geregelt. Es iſt die Genehmigung des Bundesſtaats, in deſſen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben ſoll, und, wenn die Stiftung ihren Sitz nicht in einem Bundesſtaate haben ſoll, die Genehmigung des Bundesrats erforderlich. Schenkungen und letztwillige Zuwendungen, die inländiſchen Perſonen zu anderen als ihren bisher genehmigten Zwecken gewidmet werden ſollen, bedürfen nicht (wie nach § 1 Nr. 2 PG. v. 23. Februar 1870) ſchlechthin, ſondern nur, wenn ſie Gegenſtände im Werte von mehr als 5000 M. betreffen, der Genehmigung. Wird einer juriſtiſchen Perſon (z. B. einer Kirchengemeinde) ein ganzes Vermögen (z. B. durch Teſtament) zugewendet, das einen Wert von weniger als 5000 Mk. hat, zu dem aber ein Grundſtück im Werte von mehr als 5000 Mk. gehört, ſo bedarf es zum Erwerbe der ſtaatlichen Genehmigung. Grundſtücksbelaſtungen werden vom Werte des Grundſtücks nicht abgezogen. (KG. JW. 29 S. A 141.)

Die Frage der Rückwirkung der Genehmigung ist für die Zuwendungen von Todes wegen im Art. 86 Satz 2 EG. z. BGB. reichsgesetzlich geregelt; für Schenkungen sind die maßgebenden Bestimmungen in den §§ 182—185 BGB. enthalten.

An die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde ist der entgeltliche Erwerb von Grundeigentum seitens der Familienstiftungen und derjenigen juristischen Personen, deren Rechtsfähigkeit auf einem neben dem BGB. bestehenden Reichsgesetze beruht, nicht geknüpft. Die Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaften beruht auf dem HGB. (§ 210), also auf einem Reichsgesetze. Demgemäß bedürfen Aktiengesellschaften, die in Preußen ihren Sitz haben, zum entgeltlichen Erwerbe von Grundstücken keiner staatlichen Genehmigung (PAG. z. BGB. Art. 7 § 1 Abs. 2). Für die nicht in Preußen domizilierten Aktiengesellschaften ist die Genehmigung erforderlich (das. § 2). Vereine und Stiftungen, die nach den Vorschriften des BGB. Rechtsfähigkeit erlangen, bedürfen dagegen jener Genehmigung. Städte und Landgemeinden sind nach den verschiedenen in Preußen geltenden Städte- und Landgemeindeordnungen im Erwerbe von Grundeigentum durch das Erfordernis der Einholung staatlicher Genehmigung nicht beschränkt (vgl. z. B. LGemO. v. 3. Juli 1891 § 114). Nach § 97 Abs. 1 der rheinischen LGemO. v. 23. Juli 1845 bedürfen die rheinischen Landgemeinden jedoch der Genehmigung der Regierung, an deren Stelle der Kreisausschuß getreten ist, aber jetzt auch nur bei Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mk. (KG. JW. 27 S. A 273). Die auf Grund der §§ 128 ff. LandgO. v. 3. Juli 1891 gebildeten Zweckverbände, denen die Rechte öffentlicher Körperschaften verliehen sind, bedürfen zu einem solchen Erwerb ebenfalls der staatlichen Genehmigung (KG. Rsp. 8 S. 168). Landschaftliche Kreditinstitute bedürfen nach dem Erlasse v. 1. Dezember 1869 (GS. S. 1185) der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde zum Erwerbe der bepfandbrieften, zur Zwangsversteigerung gestellten Güter nicht. Dasselbe Privileg ist jetzt auch den Sparkassen, die durch staatliche Genehmigung Rechtsfähigkeit erlangt haben, erteilt (Art. 7 PAG. z. BGB.). Über Schulen in Holstein vgl. KG. JW. 23 S. A 139.

Die Vorschrift des Art. 7 § 1 Abs. 1 PAG. z. BGB. gilt grundsätzlich für alle juristischen Personen, die in Preußen ihren Sitz haben. Dadurch sind z. B. § 50 Nr. 1 PG. v. 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden und Art. 24 Nr. 1 PG. v. 3. Juni 1876 über die evangelische Kirchenverfassung in den acht älteren Provinzen aufgehoben und ersetzt. Beim Erwerbe mehrerer Grundstücke durch eine juristische Person sind zur Bestimmung der Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbes die Werte insoweit zusammenzurechnen, als die juristische Person die Grundstücke von nur einem Rechtsvorgänger durch einen einheitlichen Akt erworben hat. Beim Erwerbe mehrerer Grundstücke von verschiedenen Rechtsvorgängern findet keine Zusammenrechnung statt, auch wenn die Kaufverträge in eine Urkunde zusammengefaßt sind. (KG. JW. 25 S. A 126, Bd 26 S. A 257, Bd 27 S. A 273.)

Ob die preuß. Gewerkschaften des neuen Rechtes (BergG. § 96) zum entgeltlichen Erwerbe von Grundstücken der staatlichen Genehmigung bedürften, ist mit Rücksicht auf die Fassung des Art. 7 PAG. z. BGB. und des Art. 6 PV. v. 16. November 1899 zweifelhaft, aber wohl mit dem KG. (PJMBl. 1902 S. 86, JW. 24 S. A 98) zu verneinen, weil die dem Bergrecht angehörenden Bestimmungen nach Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB. unberührt geblieben sind (vgl. ZfBergr. 43 S. 380). Eine Bergwerksgesellschaft, die ihrer Verfassung nach keine Gewerkschaft ist, die aber juristische Persönlichkeit hat, bedarf zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mk. der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde (KG. JW. 26 S. A 106). Auch Knappschaftsvereine im früheren Geltungsgebiete des PALR. bedürfen zu einem solchen Erwerbe der Genehmigung des Oberbergamts, als der staatlichen Aufsichtsbehörde (KG. JW. 27 S. A 265).

Juristische Personen, die zwar in Deutschland, aber nicht in Preußen ihren Sitz haben, bedürfen zum Erwerbe von in Preußen belegenen Grundstücken im Werte von höchstens 5000 Mk. überhaupt keiner Genehmigung, bei Grundstücken in höherem Werte

dagegen der Genehmigung des Königs oder der durch Königl. Verordnung bestimmten Behörde, während die in Preußen domizilierten juristischen Personen in gleichem Falle nur die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde einzuholen haben. Diese mit Art. 3 der Verfassung des Deutschen Reichs nicht recht in Einklang zu bringende Verschiedenheit wurde auch auf Grund der PG. v. 4. Mai 1846 und v. 13. Februar 1870 § 4 von der Praxis überwiegend anerkannt mit der Begründung, daß jener Art. 3 nur die Gleichstellung aller deutschen physischen Personen anordne (vgl. Mot. zum EG. z. BGB. S. 175; Denkschr. S. 121; KG. JW. 16 S. 72, PJMBl. 1898 S. 104; a. M. aber RG. E. 6 S. 142).

Ausländische, d. h. nicht in Deutschland domizilierte juristische Personen bedürfen zu jedem Grunderwerbe der Genehmigung des Königs oder der durch Königl. Verordnung bestimmten Behörde. Für solche ausländischen juristischen Personen kommt auch Art. 88 EG. z. BGB. in Betracht. Die in der Schweiz domizilierten juristischen Personen nehmen in der hier fraglichen Beziehung keine Ausnahmestellung ein (KG. PJMBl. 1898 S. 104), da der zwischen dem Deutschen Reiche und der schweizerischen Eidgenossenschaft am 31. Mai 1890 geschlossene Niederlassungsvertrag (RGBl. S. 131) sich nur auf physische Personen bezieht.

Die Prüfung, ob diese landesgesetzlichen Bestimmungen beobachtet sind, erfolgt, wenn es sich um einen rechtsgeschäftlichen Grunderwerb unter Lebenden handelt, ordnungsmäßig schon vor Entgegennahme der Auflassungserklärung durch die für diese zuständigen Behörden oder Beamten; sie muß aber jedenfalls vor der Eintragung des Eigentumsübergangs durch den Grundbuchbeamten geschehen. Bei entgeltlichem Erwerbe wird der Grundbuchbeamte sich mit der Angabe der Parteien über den vereinbarten Preis begnügen müssen, also den Nachweis der Genehmigung nur fordern dürfen, wenn dieser Preis 5000 Mk. übersteigt. Handelt es sich um eine Schenkung oder um eine Zuwendung von Todes wegen, so wird der Nachweis zu verlangen sein, daß die Grundstücke höchstens 5000 Mk. wert sind oder daß die Genehmigung erteilt ist. Der Nachweis ist nach GBO. § 29 Satz 2 durch öffentliche Urkunden zu führen.

Aus dem Zusammenhalte der Art. 6 und 7 § 3 PAG. z. BGB. ergibt sich, daß, wenn eine Schenkung oder Zuwendung von Todes wegen vom Könige nicht genehmigt ist, der Erwerb der zu der Schenkung ꝛc. gehörigen Grundstücke der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde bedarf (vgl. S. 469 letzter Abs.). Die Genehmigung des Königs wird durch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht ersetzt. Gehören also zu einem zugewendeten Vermögen im Werte von mehr als 5000 Mk. Grundstücke im Werte von mehr als 5000 Mk. und der König hat die Genehmigung der Zuwendung versagt, so können auch die Grundstücke auf Grund der Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht erworben werden. Beträgt dagegen der Wert des zugewendeten Vermögens weniger als 5000 Mk., der Wert eines dazu gehörigen Grundstücks aber mehr als 5000 Mk., so ist die Genehmigung des Königs zur Zuwendung nicht erforderlich, wohl aber die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zum Erwerbe des Grundstücks (KG. JW. 29 S. A 141).

Ist der Erwerber eine ausländische juristische Person, so ist in jedem Falle nachzuweisen, daß der Erwerb vom König oder von der durch Königl. Verordnung bestimmten Behörde genehmigt ist.

Die Verleihung des Enteignungsrechts ersetzt in jedem Falle die Genehmigung zum freihändigen Erwerb.

β. Erwerbsbeschränkungen der Ausländer. Der vom Bundesrat eingefügte Art. 88 EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen.

Das ältere deutsche Recht war dem Erwerbe von Grundeigentum durch Ausländer abhold. Als Ausländer galten auch die Bewohner eines deutschen Landes im Verhältnisse

zu den Einwohnern eines anderen deutschen Landgebiets. Der steigende Verkehr und die sich stetig entwickelnde comitas nationum drängten auf Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen hin. Ein gemilderter Ausfluß jenes älteren deutschen Prinzips findet sich noch in der PKabO. v. 28. März 1809 (Rabe 10 S. 77), wonach keinem Ausländer vor Ableistung des Untertaneneides und ohne Spezialkonzession des Ministers d. Inn. der Erwerb eines adeligen Gutes oder Domänenvorwerks gestattet war. An dieser Beschränkung wurde auch deutschen Nichtpreußen gegenüber festgehalten, obwohl Art. 18 Nr. 1 d. deutsch. Bundesakte v. 8. Juni 1815 die Einwohner des einen deutschen Staates zum Erwerbe von Grundeigentum in anderen deutschen Staaten zuließ. In neuerer Zeit sind auch diese Schranken gefallen. Nach Art. 3 der Verfassung des Nordd. Bundes v. 24. Juni 1867, § 1 des Freizügigkeitsges. v. 1. November 1867 und Art. 3 der Verfassung des Deutschen Reichs v. 6. April 1871 sind die Angehörigen eines jeden Bundesstaats in jedem anderen Bundesstaat als Inländer zu behandeln und demgemäß zur Erwerbung von Grundstücken unter denselben Voraussetzungen wie die Einheimischen zuzulassen. Damit fiel für die deutschen Nichtpreußen das Erfordernis der Spezialkonzession (vgl. JMBl. 1868 S. 134). Endlich wurde durch G. v. 28. Mai 1874 die KabO. v. 28. Mai 1809 ganz aufgehoben, und es kann seitdem in Preußen *jeder* Ausländer ohne staatliche Genehmigung und ohne Leistung des Huldigungseides Grundeigentum erwerben. Doch bezieht sich diese Gleichstellung nur auf die physischen Personen. Wegen der ausländischen juristischen Personen vgl. Lit. α S. 468.

γ. Nach dem Reichs-Hypothekenbankgesetze vom 13. Juli 1899 § 5 Abs. 3 ist den *Hypothekenbanken* der Erwerb von Grundstücken nur zur Verhütung von Verlusten an Hypotheken oder zur Beschaffung von Geschäftsräumen gestattet. Nach dem G. v. 12. Mai 1901 § 54 (RGBl. S. 139) bedürfen *Versicherungsaktiengesellschaften* und *Versicherungsvereine* auf Gegenseitigkeit nach den näheren Bestimmungen der §§ 93, 96 das. zum Erwerbe von Grundstücken der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, soweit es sich nicht um den Erwerb von ihnen beliehener Grundstücke im Zwangsversteigerungsverfahren handelt. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn es sich außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens um die Sicherung eingetragener Forderungen, oder wenn es sich um den Erwerb von Grundstücken handelt, die für die Zwecke des Geschäftsbetriebs bestimmt sind. In allen diesen Fällen, auch soweit die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht erforderlich ist, bedarf es der *landesgesetzlich* vorgeschriebenen staatlichen Genehmigung (EG. z. BGB. Art. 86) auch dann nicht, wenn es sich um ausländische, in Deutschland zum Geschäftsbetriebe zugelassene Versicherungsanstalten handelt (Alexander-Katz in d. Z. f. Versich.-Wissenschaft 1903 S. 477).

δ. In Betracht kommen für den Erwerb durch Auflassung und Eintragung die §§ 456—458 BGB., soweit sie sich auf den *Erwerb des Konkursverwalters beziehen*. Nach KO. § 134 kann der Verwalter nach Einholung der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, der Genehmigung der Gläubigerversammlung Grundstücke, die zur Konkursmasse gehören, aus freier Hand veräußern. Nach §§ 456, 457 BGB. darf er dann das Grundstück weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen. Die Wirksamkeit eines diesen Vorschriften zuwider erfolgten Kaufes und der *Übertragung* (Auflassung) des gekauften Gegenstandes (Grundstücks) hängt nach § 458 BGB. von der Zustimmung der beim Verkauf als Schuldner, Eigentümer (Gemeinschuldner) oder Gläubiger (Konkursgläubiger) Beteiligten ab. Ist die Zustimmung nicht seitens *aller* Beteiligten im voraus erteilt, so muß der Verwalter sie sämtlich zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Die Genehmigung kann wirksam nur nach der Aufforderung und nur bis zu dem Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden. Wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert (§§ 458, 177 Abs. 2 BGB.). Im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verweigerung sind Kauf und Übertragung unwirksam, gleichviel ob der Verwalter den

Verkauf selbst vorgenommen oder einen anderen damit beauftragt, z. B. das Grundstück durch einen Notar hat versteigern lassen. Bei den Beratungen der 2. Komm. (Prot. II S. 74) wurde darauf aufmerksam gemacht, daß das BGB. in den §§ 456—458 von dem im § 181 aufgestellten Verbote des Selbstkontrahierens des Vertreters insofern eine Ausnahme mache, als es zwar für die Fälle der §§ 456, 457 das Selbstkontrahieren verbietet, aber anders als nach § 181 die gegen das Verbot vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht für nichtig, sondern nur für unwirksam, aber genehmigungsfähig erklärt. Zweifelhaft ist es, ob der vom Verwalter selbst vorgenommene Verkauf unter § 457 oder unter § 181 fällt. Letztenfalls würde der Ankauf durch den Verwalter mindestens durch die nachträgliche Genehmigung der obenbezeichneten Beteiligten nicht wirksam werden, da nichtige Rechtsgeschäfte niemals gültig werden können. Die im voraus seitens des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erteilte Genehmigung zum Selbstkontrahieren des Verwalters wird deshalb wirkungslos sein, weil sich aus § 458 Abs. 1 ergibt, daß nur der Gemeinschuldner in Verbindung mit den Konkursgläubigern den Verwalter vom Verbote des Selbstkontrahierens entbinden kann. Nach dem Wortlaute scheint § 457 diesen Fall nicht zu treffen; denn er setzt voraus, daß der Auftrag zum Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand (das Grundstück) für Rechnung eines anderen (des Gemeinschuldners) verkaufen zu lassen. Nach KO. § 117 hat der Verwalter das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, sei es selbst, sei es durch andere (vgl. § 126) zu verwerten. Der Gläubigerausschuß oder die Gläubigerversammlung, die zum freihändigen Verkauf eines Grundstücks die Genehmigung zu erteilen haben, können als Auftraggeber im Sinne des § 457 BGB. nicht angesehen werden. Sie erteilen keinen Auftrag, sondern nur eine Genehmigung und diese ist dritten Personen gegenüber nicht einmal wesentlich (KO. § 136). Es ist daher anzunehmen, daß ein vom Verwalter in eigener Person vorgenommener Verkauf, bei dem er als Käufer auftritt, schlechthin nichtig ist und daß sich §§ 457, 458 BGB. nur auf die Fälle beziehen, in denen der Verwalter das Grundstück zwar freihändig, aber durch einen anderen verkaufen, insbesondere durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten versteigern läßt. Demgemäß wird der erste Fall überhaupt nicht zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen des Verwalters führen dürfen, während im anderen Falle zwar die Auflassungserklärungen entgegengenommen werden dürfen, die Eintragung des Eigentumsübergangs aber von Beibringung der Genehmigung, die den Vorschriften der §§ 458 Abs. 1, 177 Abs. 2 zu entsprechen hat, abhängig gemacht werden muß. Im übrigen vgl. über § 181 BGB. Bd II Anm. IV 3 g zu § 29 GBO.

Die Fälle, in denen ein Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird, interessieren hier nicht, weil sich in ihnen der Eigentumsübergang nicht auf Grund einer Auflassung und der Eintragung, sondern auf Grund des Zuschlags vollzieht. Kommen die §§ 456—458 BGB. auf solche Verkäufe überhaupt zur Anwendung, so hat das Vollstreckungsgericht die Gültigkeit zu prüfen (ZVG. § 71 Abs. 2). Das Grundbuchamt hat den im Zuschlage benannten Ersteher auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (ZVG. § 130; GBO. § 39), ohne eine Prüfung in der in Rede stehenden Richtung hin eintreten zu lassen, als Eigentümer einzutragen. Seine Prüfung hat sich nur darauf zu erstrecken, ob das Ersuchen den vorgeschriebenen Voraussetzungen entspricht (RG. JW. 1887 S. 198).

c. Alle sonstigen auf privatrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze beruhenden Beschränkungen des Erwerbes von Grundstücken sind durch das BGB. aufgehoben (EG. z. BGB. Art. 55). In Preußen bestehen, abgesehen von den oben unter b, d α u. β aufgeführten Gesetzen, die sich auf den Erwerb der Ordensleute und der juristischen Personen beziehen und die im wesentlichen nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Rechte angehören, keine privatrechtlichen Vorschriften, wenn man nicht etwa den § 468 II 8 ALR. dahin rechnen will, wonach kein Arzt in der Regel (die Ausnahmen bestimmt die ApothekerO. v. 11. Oktober 1801 § 14, Rabe 6 S. 610) eine eigene

Apotheke besitzen soll. Da aber die Ungültigkeit des dem § 468 widersprechenden Erwerbes nirgends vorgeschrieben ist, braucht hier nicht untersucht zu werden, ob diese Bestimmung durch das BGB. aufgehoben ist. In Kraft bleiben aber jedenfalls die dem öffentlichen, insbesondere dem Disziplinarrecht angehörenden Bestimmungen, die gewissen Personen Beschränkungen im Erwerbe von Grundeigentum auferlegen. In Preußen sind die früher zahlreichen Erwerbsverbote (Turnau I S. 210, 211) zur Zeit auf folgende wenigen Fälle beschränkt:

Mitglieder der Provinzial-Domänenverwaltung sollen Domänengrundstücke in der Provinz, in der sie angestellt sind und arbeiten, nur nach vorgängiger Dispensation des Chefs der oberen Domänenverwaltung und auf Antrag des Präsidenten der Provinzialverwaltung sowohl direkt als durch Zession erwerben (KabO. v. 29. Februar 1812, GS. S. 16). Dies bezieht sich auch auf die Domänen-Rentbeamten (Reskr. v. 18. Januar und 4. Dezember 1837, v. Kamptz Ann. 21 S. 28, 891).

Kein im Dienste des Staates stehender Forstbedienter, ohne Unterschied seines Ranges, soll befugt sein, ein Grundstück zu erwerben, das in den seiner Aufsicht und Verwaltung anvertrauten Forsten und Revieren ein Holzungs-, Hütungs- oder sonstiges Recht hat, oder daran grenzt. Ausnahmen hiervon dürfen nur in besonders geeigneten Fällen auf den Antrag der Provinzialregierung durch das Finanzministerium gestattet werden (KabO. v. 5. September 1821, GS. S. 158).

Die Bergbeamten des Staates, ihre Frauen und unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder können im Verwaltungsbezirke der Beamten durch Mutungen keine Bergwerke oder Kuxe erwerben. Zu solchen Erwerbungen durch andere Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist die Genehmigung des Handelsministers erforderlich (PBergG. § 195). In Betracht kommt hier nur die rechtsgeschäftliche Übertragung schon bestehenden Bergwerkseigentums und des Eigentums von immobilen Kuxen, die sich nur auf Grund der Auflassung und Eintragung vollzieht (vgl. Bd II Anhang I Nr. III).

In diesen drei Fällen ist der Erwerb des Eigentums von Erteilung der Genehmigung abhängig. Die Eintragung des Eigentumswechsels kann daher erst nach Beibringung der Genehmigung erfolgen, wenn auch die Entgegennahme der Auflassungserklärungen schon vorher zulässig sein mag.

Bei Turnau (I S. 212 Anm. 3) ist noch eine provinzielle Bestimmung angeführt, über deren Fortbestehen Zweifel gehegt werden kann. Im ehemaligen Kurfürstentum Hessen ist nämlich durch V. v. 29. September 1829 und durch G. v. 8. März 1831 den Justiz- und gewissen Verwaltungsbeamten, sowie ihren Ehefrauen und den noch unter ihrer väterlichen Gewalt stehenden Kindern verboten, freiwillig, außer einem Erbanfalle, mehr Grundeigentum als ein Haus und einen Garten in ihrem Amtsbezirke zu erwerben.

6. Die Entgegennahme der Auflassungserklärung kann (auch wenn die Erklärung einer Partei durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, § 894 ZPO.) nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Nach dem bisherigen Recht (PEigG. §§ 2, 5 Abs. 1), dem das Konvaleszenzprinzip fremd geworden war und das Auflassung und Eintragung als einen untrennbar einheitlichen Akt auffaßte, konnte nur der eingetragene Eigentümer auflassen. War der Veräußerer zur Zeit der Abgabe der Auflassungserklärungen als Eigentümer nicht eingetragen, so war und blieb die Auflassung nichtig, auch wenn der Veräußerer hinterher seine Eintragung als Eigentümer erlangte (Turnau I S. 175—178, 196, 197). Ausnahmen waren nur für veräußernde Miterben (EigG. § 5 Abs. 2; Turnau I S. 179, 197) und für das Auseinandersetzungsverfahren (G. v. 2. April 1887; vgl. Bd II Ergänz. IV Nr. V 2 i) zugelassen. Das BGB. ist zum Konvaleszenzprinzipe (§ 185) zurückgekehrt und hat das Dogma von der Einheitlichkeit und Gleichzeitigkeit der Auflassung und der Eintragung verlassen (vgl. Anm. IV 4 S. 456). Die Auflassung seitens eines nichtberechtigten Veräußerers ist nach dem Rechte des BGB. nicht nichtig, sondern sie kann unter den Voraus-

setzungen des § 185 BGB. mit rückwirkender Kraft (§ 184) wirksam werden, wenn Eintragung hinzutritt (KG. JW. 21 S. A 150). Es läßt sich daher die Ablehnung der Entgegennahme der Auflassungserklärung nicht mehr damit rechtfertigen, daß auf Protokollierung unwirksamer oder nichtiger Verträge kein Recht des Publikums bestehe (Stuttgart RJA. 3 S. 263, Jena Rsp. 5 S. 418). Freilich kann nicht in Abrede gestellt werden, daß § 185 dazu führen kann, daß formell gültige Auflassungen beurkundet werden, die niemals zur Wirklichkeit gelangen. Die Genehmigung des Berechtigten zur Auflassung des Nichtberechtigten bedarf an sich weder der für die Auflassung vorgeschriebenen, noch einer anderen Form; dem Grundbuchamt aber muß sie in einer Form des § 29 GBO. nachgewiesen werden. Darüber, wem gegenüber sie zu erklären ist, vgl. S. 106. Wenngleich die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Auflassung zurückwirkt, so ist doch der Rechtszustand, in dem sich das Grundstück zur Zeit der Genehmigung befindet, maßgebend. Sind in der Zeit zwischen Auflassung und Genehmigung Eintragungen auf Grund der Bewilligung des Eigentümers oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt, so bleiben sie wirksam (BGB. § 184 Abs. 2). Hat der Genehmigende das Grundstück inzwischen einem anderen aufgelassen und ist dieser auch eingetragen, so schlägt die Genehmigung fehl, denn genehmigen kann nur der Berechtigte (der Eigentümer) und zur Zeit der Genehmigung war er nicht mehr berechtigt. Dagegen hat der Grundbuchbeamte vor der Eintragung allerdings nachzusehen, ob der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, da eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (GBO. § 40). Das KG. (RJA. 2 S. 250) hat den § 185 BGB. auf einen Fall angewendet, wo jemand neben anderen ihm grundbuchmäßig gehörenden Grundstücken eine in seinem wahren Eigentume stehende, aber irrtümlich auf dem Blatte eines fremden Grundstücks eingetragene Parzelle veräußert und aufgelassen und der Eigentümer dieses fremden Grundstücks die Genehmigung zur Auflassung der Parzelle erteilt hatte. In der Tat war hier aber der Auflassende nicht ein Nichtberechtigter im Sinne des § 185, sondern der in Wahrheit Berechtigte, dem nur infolge des Buchirrtums die formale Legitimation fehlte (vgl. S. 329 f.). Richtig wäre es gewesen, nach Aufklärung des Irrtums die Grundbücher zu berichtigen und demnächst oder gleichzeitig mit dieser Berichtigung den Erwerber auf Grund der ihm erteilten Auflassung als Eigentümer auch der Parzelle einzutragen (GBO. § 40). Im Endergebnis ist aber die Entscheidung des KG. richtig (Förster im Recht 1902 S. 141, 1903 S. 54, Biermann Anm. 1 g zu § 925; a. M. Eccius in der DJurZtg. 1902 S. 61 u. in Gruch. 47 S. 51). (Vgl. auch Bd II Anm. A 5 zu § 20 GBO.) Lassen nichteingetragene Erben auf, so hat das Grundbuchamt nur zu prüfen, ob ihr Erblasser eingetragen ist (GBO. § 41). Hat der Erblasser aufgelassen oder ist er zur Auflassung rechtskräftig verurteilt, so wird die Eintragung des Erwerbers nicht dadurch gehindert, daß nach dem inzwischen erfolgten Tode des Erblassers die Erben als Eigentümer eingetragen sind (GBO. § 41). Ist der Nachlaßpfleger (BGB. §§ 1960, 1961) oder der Nachlaßverwalter (BGB. §§ 1975 ff.; vgl. Denkschr. z. GBO. S. 50) zur Auflassung rechtskräftig verurteilt (BGB. § 1984 Abs. 1 Satz 3), so steht der Eintragung des im Urteile bezeichneten Erwerbers der Umstand nicht entgegen, daß die Erben nicht als Eigentümer eingetragen sind, sondern es genügt, wenn der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Hat der Testamentsvollstrecker aufgelassen oder ist er zur Auflassung rechtskräftig verurteilt, so genügt es, wenn das Eigentum auf den Namen des Erblassers eingetragen ist. Hier ist jedoch nach GBO. § 41 Abs. 2 noch die Legitimation des mit einem nur beschränkten Verfügungs- und Vertretungsrecht ausgestatteten Testamentsvollstreckers nach BGB. §§ 2205–2209, 2213 zu prüfen. Im Falle der freiwilligen Auflassungserklärung des Testamentsvollstreckers genügt die Prüfung des Testaments und eventuell des zur Legitimation des Vollstreckers vom Nachlaßgericht auszustellenden Zeugnisses (BGB. § 2368; GBO. § 36) unter Vergleichung der genannten Gesetzesvorschriften. Für den Fall der Verurteilung des Testamentsvollstreckers zur Auflassung hat der

Prozeßrichter (der Vorsitzende) nach §§ 327 Abs. 2, 728 Abs. 2, 730 ZPO. zu prüfen, ob das Urteil gegen die Erben wirksam ist, und je nach Ausfall dieser Prüfung die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils anzuordnen oder abzulehnen. Das Grundbuchamt hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung die prozessualen Bestimmungen gewahrt sind. Über das Verfahren bei Beanstandung von Eintragungsanträgen vgl. Bd II § 18 GBO. mit Anm.

Der § 40 Abs. 1. GBO. enthält übrigens nur eine Ordnungsvorschrift („soll"), deren Nichtbeachtung die Eintragung nicht nichtig macht. Genehmigt der Berechtigte hinterher die von einem Nichtberechtigten erklärte Auflassung, oder wird der Nichtberechtigte hinterher Eigentümer des Grundstücks oder wird er vom Berechtigten derart beerbt, daß dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, so konvaleszieren Auflassung und Eintragung und der bis dahin Nichtberechtigte wird Eigentümer des Grundstücks (BGB. § 185 Abs. 2 Satz 1). Es muß jedoch vor Außerachtlassung jener Ordnungsvorschrift, auf Grund deren der Grundbuchbeamte zur Ablehnung der Eintragung befugt ist, gewarnt werden, da aus der Nichtbeachtung nicht nur Unklarheiten des Grundbuchs, sondern auch materielle Nachteile hervorgehen können.

Zu beachten hat der Grundbuchbeamte die Vorschrift BGB. § 185 Abs. 2 Satz 2, wonach von mehreren Auflassungen, die ein Unberechtigter vorgenommen hat, nur die erste unter der Voraussetzung wirksam wird, daß der Verfügende das Grundstück erwirbt oder der Berechtigte sein Erbe wird und für seine Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Es kommt daher für die Eintragung nicht auf die Zeitfolge an, in der die von einem Notar, einem anderen Beamten ꝛc. (EG. z. BGB. Art. 143) aufgenommenen mehreren Auflassungserklärungen dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung vorgelegt werden (GBO. §§ 17, 46), sondern als Eigentümer muß der eingetragen werden, dem die Auflassung zuerst erteilt ist.

Nicht zu verwechseln mit der Auflassung durch einen nicht berechtigten Veräußerer ist der Fall, wenn bei mehreren aufeinander folgenden Verkäufen desselben Grundstücks der erste als Eigentümer eingetragene Verkäufer an den letzten Käufer auflässt. In diesem Falle ist der erste Verkäufer, selbst wenn die Zwischenpersonen oder einzelne von ihnen mit einer solchen Auflassung nicht einverstanden sind, kein Nichtberechtigter. Er ist als eingetragener Eigentümer zur Verfügung, d. h. zu dinglichen Rechtsgeschäften (RG. E. 49 S. 415) allein berechtigt; obligatorische Rechte anderer hindern ihn daran nicht. Selbst wenn die Zwischenverkäufe dem Grundbuchamte bekannt gegeben werden, dürfen sie im Eintragungsvermerke, der nur die dingliche Rechtsänderung aufzunehmen hat, nicht erwähnt werden.

Die Vorschrift des § 312 BGB., daß ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig ist, bezieht sich nur auf den obligatorischen Vertrag und gilt auch für diesen nicht, wenn er nur einzelne Gegenstände, z. B. ein Grundstück, betrifft (Planck Nr. 1 zu § 312). Wird auf Grund eines solchen obligatorischen Vertrags über ein Grundstück die Auflassung erklärt, so treten die oben erörterten Grundsätze des § 185 BGB. ein. Wird auf Grund eines obligatorischen Vertrags über den Nachlaß oder über einen Bruchteil des Nachlasses eines lebenden Dritten nach dessen Tode die Auflassung bezüglich eines Grundstücks erklärt, so finden auf den dinglichen Vertrag zwar auch die Grundsätze des § 185 Anwendung, aber beide Teile können wegen Nichtigkeit des obligatorischen Vertrags unter den Voraussetzungen der §§ 817 ff. BGB. den Eigentumsübergang rückgängig machen. Das Grundbuchamt hat sich hierum nicht zu kümmern und darf die Entgegennahme der Auflassungserklärungen sowie die Eintragung des Eigentumsübergangs nicht verweigern.

Haben nicht eingetragene Erben aufgelassen, so hat der Grundbuchbeamte ordnungsmäßig (GBO. §§ 26, 36, 41 Abs. 1) den Nachweis ihrer Erbfolge zu verlangen. Dieser kann nur durch einen Erbschein (BGB. §§ 2353 ff.) geführt werden; wenn jedoch

die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten iſt, genügt es, daß an Stelle des Erbſcheins die Verfügung und das Protokoll über die Eröffnung der Verfügung (BGB. §§ 2260, 2276, 2300) vorgelegt werden. Doch kann das Grundbuchamt auch in dieſem Falle die Vorlegung eines Erbſcheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch jene Urkunden nicht für nachgewieſen erachtet (GBO. § 36 Abſ. 1 letzter Halbſ.). Die Beſtimmung ſoll das Grundbuchamt der Prüfung von Teſtamenten und Erbverträgen, wenn ſie beſonders ſchwierig iſt, z. B. wenn die Erbfolge nach ausländiſchem Rechte zu beurteilen iſt, überheben (Denkſchr. z. GBO. S. 46). Offenkundigkeit genügt hier, abweichend von GBO. § 29, nicht.

Sind im Falle einer Ehe, für die allgemeine Gütergemeinſchaft gilt (BGB. §§ 1437 ff.), beim Tode eines Ehegatten gemeinſchaftliche Abkömmlinge vorhanden, ſo wird zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinſchaftlichen Abkömmlingen, die im Falle der geſetzlichen Erbfolge als Erben berufen ſind, die Gütergemeinſchaft fortgeſetzt (BGB. § 1483 Abſ. 1 Satz 1). Dieſe fortgeſetzte Gütergemeinſchaft iſt eine Gemeinſchaft zur geſamten Hand (Denkſchr. z. GBO. § 56). Keiner der Gemeinſchafter kann über ein zu der Gemeinſchaft gehörendes Grundſtück oder über ſeinen Anteil daran ohne Einwilligung der anderen verfügen (BGB. §§ 1442 Abſ. 1, 1445, 1487 Abſ. 1). Insbeſondere kann auch der überlebende Ehegatte, dem die rechtliche Stellung des Mannes zugeſchrieben wird (BGB. § 1487 Abſ. 1), über Grundſtücke ohne Einwilligung der übrigen Teilnehmer an der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft nicht verfügen. So auch bei der fortgeſetzten Lingenſchen Gütergemeinſchaft (RG. Rſp. 9 S. 452). Willigt bei fortgeſetzter Gütergemeinſchaft der Vater, der ein zum Geſamtgute gehörendes Grundſtück veräußert, namens ſeiner minderjährigen Kinder in dieſe Veräußerung ein, ſo genügt die Genehmigung des Vormundſchaftsgerichts. Der Beſtellung eines Pflegers für die Kinder bedarf es nicht (München RJA. 5 S. 25). Soll ein zur fortgeſetzten Gütergemeinſchaft gehöriges Grundſtück unter Mitwirkung aller Gemeinſchafter an einen Dritten veräußert werden, ſo iſt vor der Auflaſſung, ſpäteſtens aber vor der Eintragung des Eigentumsübergangs, wenn der Ordnungsvorſchrift der GBO. § 40 Abſ. 1 genügt werden ſoll, darauf zu halten, daß die Gemeinſchafter unter Angabe des Gemeinſchaftsverhältniſſes (GBO. § 48) als Eigentümer eingetragen werden. Die Ausnahmevorſchrift GBO. § 41 findet auf dieſen Fall keine Anwendung, weil das BGB. dem Eintritte der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft, wie ſich aus § 1483 Abſ. 1 Satz 2 („Der Anteil des verſtorbenen Ehegatten am Geſamtgute gehört in dieſem Falle nicht zum Nachlaſſe") ergibt, nicht die Bedeutung einer Erbfolge beilegt. Iſt das eheliche Gütergemeinſchaftsverhältnis im Grundbuche nicht eingetragen, ſo haben die Gemeinſchafter, um ihre Eintragung zu erlangen, außer dem Zeugnis über die Fortſetzung der Gütergemeinſchaft (BGB. § 1507; GBO. § 36 Abſ. 2) noch ein Zeugnis des Gerichts darüber, daß zwiſchen den Eheleuten nach der Eintragung im Güterrechtsregiſter Gütergemeinſchaft beſtanden hat (BGB. §§ 1538 ff.; GBO. § 34), beizubringen. Iſt das Grundbuchamt zugleich das Regiſtergericht, ſo genügt ſtatt des Zeugniſſes die Bezugnahme auf das Regiſter (GBO. § 34). Werden alle dieſe Nachweiſe geführt, dann wird es weder ſchaden noch gemißbilligt werden können, wenn das Grundbuchamt von Beobachtung der Ordnungsvorſchrift des § 40 Abſ. 1 GBO. Abſtand nimmt. Die vorherige Eintragung der Gemeinſchafter als Eigentümer hat dann keinen rechten Zweck. Nicht anders iſt zu verfahren, wenn das Grundſtück einem der Teilhaber der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft zum Eigentum übertragen werden ſoll; jedoch vereinfacht ſich in dieſem Falle die Prüfung des Grundbuchamts, wenn die Landesgeſetzgebung von dem Vorbehalte des § 99 GBO. Gebrauch macht (vgl. oben Nr I S. 405 f.). Dies iſt ſeitens Preußens im Art. 10 AG. z. GBO. geſchehen. Sind ſämtliche Abkömmlinge von der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft ausgeſchloſſen (z. B. durch die teſtamentariſche Beſtimmung, daß dem Überlebenden Beſitz, Genuß und unbeſchränkte Verfügung über das beiderſeitige Vermögen verbleiben und er berechtigt ſein ſoll, die Grundſtücke ohne Genehmigung der Kinder zu veräußern), ſo iſt der Über-

lebende zur Auflassung allein legitimiert (BGB. § 1511); das etwa verletzte Pflichtteilsrecht gibt den Kindern nur einen Geldanspruch (KG. JW. 25 S. A 228).

Nicht anders als der Fall, daß der Veräußerer nicht als Eigentümer eingetragen ist, liegt der Fall, wenn der Veräußerer zwar als Eigentümer eingetragen, aber *nicht wahrer Eigentümer* ist. Die Aufnahme einer von ihm erklärten Auflassung kann nicht abgelehnt werden (a. M. KG. JW. 28 S. A 94, das überhaupt in dieser Frage schwankt). Nicht einmal die Eintragung des Erwerbers auf Grund einer solchen Auflassung kann abgelehnt werden, sondern der Grundbuchrichter kann, wenn die Eintragung des Veräußerers auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften beruhte, nur einen Widerspruch (GBO. § 54) eintragen, bevor er den Erwerber als Eigentümer einträgt (auch hierin a. M. KG. das.). Willigt der wahre Eigentümer in die Eintragung des Erwerbers ein, so ist für die Eintragung des Widerspruchs kein Raum; genehmigt er sie, so muß der Widerspruch gelöscht werden.

7. Soll die Auflassung durch Vertreter erfolgen, so ist vor Entgegennahme der Auflassungserklärungen die *Legitimation der Vertreter* zu prüfen. Der Vormund hat seine Bestallung (BGB. § 1791), der Nachlaßpfleger (BGB. § 1961), der Nachlaßverwalter (BGB. § 1975 ff.) und der Konkursverwalter (KO. § 78) haben öffentliche Urkunden über ihre Ernennung vorzulegen, falls diese Ernennungen oder Bestallungen beim Grundbuchamte nicht offenkundig sind (GBO. § 29 Satz 2). Die Form der Beglaubigung reicht nicht aus, weil die Vertretungsbefugnis hier auf dem Gesetze, nicht auf einer Erklärung des Vertretenen (§ 29 Abs. 1) beruht (KG. RJA. 2 S. 189, PJMBl. 1901 S. 234, KG. JW. 22 S. A 296). Sind die Auflassungserklärungen vor anderen Behörden oder Beamten abgegeben (EG. z. BGB. Art. 143, PAG. z. BGB. Art. 26), so sind dem um die Eintragung des Eigentumsübergangs angegangenen Grundbuchamte mit dem Auflassungsprotokoll auch jene Urkunden vorzulegen, da *ihm* die Prüfung der Legitimation obliegt (GBO. § 29). Der Nachweis, daß der Vorstand eines Vereins aus den im Register eingetragenen Personen besteht, ist durch ein Zeugnis des Amtsgerichts über die Eintragung zu führen (BGB. § 69; Denkschr. z. GBO. S. 46).[1]) Ebenso genügt zur Legitimation des Vorstandes einer Genossenschaft eine Bescheinigung des Gerichts, daß die darin zu bezeichnenden Personen als Mitglieder des Vorstandes in das Genossenschaftsregister eingetragen sind (GenG. § 26 Abs. 2, RGBl. 1898 S. 810). Ebenso ist der Nachweis der Befugnis zur Vertretung einer Aktiengesellschaft (Vorstand), einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung in das Handelsregister zu führen (GBO. § 33). In allen diesen Fällen genügt ein durch den Gerichtsschreiber beglaubigter Auszug aus dem Register, weil hier die Vertretungsbefugnis auf dem Willen der Vertretenen beruht (KG. RJA. 3 S. 105). Ist das Grundbuchamt zugleich das Registergericht, so genügt statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Register (GBO. § 34). Andere Behörden oder Beamte, als die genannten, sind nicht befugt, solche Zeugnisse auszustellen (KG. JW. 5 S. 94); daher darf das Grundbuchamt auf Grund der von ihnen dennoch ausgestellten Zeugnisse die Legitimation nicht als geführt annehmen. Es ist auch darauf zu sehen, daß die Zeugnisse, Bestallungen ꝛc. ein neuerliches Datum tragen. Nur dadurch wird eine Garantie dafür geschaffen, daß die Vertretungsmacht zur Zeit der Entgegennahme der Auflassungserklärungen noch besteht. Ist dem Beamten oder der Behörde, vor denen die Auflassungen erklärt werden sollen, bekannt, daß Veränderungen in der Person der Vertreter vorgekommen sind, z. B. daß statt der in der Vormundschaftsbestallung benannten eine andere Person zum Vormunde bestellt ist, so ist die Entgegennahme der Auflassungserklärung abzulehnen. Die gleiche Prüfung liegt dem um die Eintragung des Eigentums-

[1]) Auflassungserklärungen müssen auch dann von sämtlichen Vorstandsmitgliedern abgegeben werden, wenn nach den Satzungen des Vereines Urkunden schon bei Unterzeichnung mit dem Namen des Vorsitzenden allein rechtsverbindlich sind (KG. Rsp. 10 S. 406).

wechſels angegangenen Grundbuchamt ob. Über die Vertretungsbefugniſſe der Prokuriſten und Handlungsbevollmächtigten und über die Vertretung der einzelnen Gemeinſchaften vgl. Bd II Anm. II bis IV zu § 33 GBO. Der Erwerb von Grundſtücken ſeitens der Aktiengeſellſchaften iſt, wenn nicht der Erwerb von Grundſtücken den Gegenſtand des Unternehmens bildet, nach § 207 HGB. unter gewiſſen Umſtänden an die Zuſtimmung der Generalverſammlung gebunden. Der Teſtamentsvollſtrecker kann die bei der Nachlaßteilung erforderlich werdenden Auflaſſungen an einzelne Miterben erklären; er iſt dazu auch befugt, wenn er ſelbſt Miterbe iſt und der Erblaſſer ihm die Befugnis nicht ausdrücklich erteilt hat (RG. RJA. 6 S. 135). Iſt von zwei Teſtamentsvollſtreckern einer rechtlich verhindert, ſo vertritt ihn der andere.

Die Auflaſſung kann in allen Fällen durch Bevollmächtigte erklärt werden. Die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Auflaſſungserklärung iſt wirkſam, wenn der Vertretene ſie genehmigt (BGB. § 177; KG. RJA. 2 S. 85, RG. E. 54 S. 367, Förſter im Recht 1902 S. 141, 1903 S. 54, Biermann Nr. 1b zu § 925; a. M. Eccius in DJZ. 1902 S. 61, 92, 95 und in Gruch. 47 S. 51). Die Genehmigung bedarf an ſich keiner beſtimmten Form; dem Grundbuchamt aber muß ſie nach § 29 GBO. nachgewieſen werden (KG. RJA. 2 S. 252). Die im § 30 GBO. für Vollmachten zu Eintragungsanträgen zugelaſſene leichtere Form iſt auf den Fall der Auflaſſung nicht anwendbar, weil der in der Auflaſſungserklärung enthaltene Antrag auf Eintragung des Eigentumsübergangs zugleich die zur Eintragung erforderliche Erklärung enthält und dieſe unter den § 29 GBO. fällt. Die auf Grund einer mündlichen Vollmacht erklärte Auflaſſung genügt, wenn vor der Eintragung eine formgültige Vollmacht nachgebracht wird (Förſter im Recht 1900 S. 481, Biermann a. a. O.). Die nachgebrachte Vollmacht muß zwar an ſich ergeben, daß die Ermächtigung ſchon zur Zeit der Auflaſſung erteilt war, aber auch wenn ſie ergibt, daß die Ermächtigung ſpäter erteilt iſt, wird ſie dem Grundbuchrichter genügen müſſen, und zwar als Zuſtimmung des Machtgebers zur Auflaſſung (abweichend wohl KG. Rſp. 6 S. 17). Wird dem Grundbuchamte die vor einem anderen Amtsgericht oder vor einem Notar nach Art. 26 PAG. z. BGB. erklärte Auflaſſung in Ausfertigung überreicht, ſo kann der etwa dazu geſtellte Antrag auf Eintragung mündlich oder privatſchriftlich erklärt werden. Ob die Ermächtigung zum Abſchluſſe des obligatoriſchen Veräußerungsgeſchäfts zur Auflaſſung ausreicht, kann mit Rückſicht auf die Selbſtändigkeit des dinglichen Vertrags der Auflaſſung zweifelhaft ſein. Eine gerade auf Auflaſſung gerichtete Sondervollmacht iſt nicht mehr erforderlich. Es muß genügen, wenn die Ermächtigung zur Veräußerung von Grundſtücken erteilt iſt. Lautet die Vollmacht allgemein auf Auflaſſung ohne Beſchränkung auf eine beſtimmte Perſon des Erwerbers, ſo ſteht dem Bevollmächtigten die Wahl des Erwerbers frei. Iſt die Vollmacht auf Zeit erteilt, ſo kann ſie nach Ablauf der Zeit nicht mehr zur Legitimation des Bevollmächtigten dienen. Hat ein Vormund die Vollmacht für ſein Mündel erteilt, ſo geht die Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten nicht weiter, als die des Vormundes. Wird die Vormundſchaft durch Großjährigkeit oder Tod des Mündels beendet, ſo hört damit auch die Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten auf (BGB. §§ 1882 ff.; vgl. § 1893 in Verb. mit §§ 1682, 1683). Wird dem Grundbuchamte bekannt, daß bereits im Zeitpunkte der Auflaſſung die Vormundſchaft beendet war, ſo hat es die Eintragung der vom Vormund erteilten Auflaſſung abzulehnen. Die erſt nach erklärter Auflaſſung eingetretene Beendigung der Vormundſchaft berührt die Wirkſamkeit der Auflaſſung nicht. Ähnlich verhält es ſich mit dem Erlöſchen der Vollmacht durch Widerruf. Iſt der Widerruf vor der Auflaſſung erklärt und wird er erſt nachher dem Grundbuchamte nachgewieſen, ſo iſt die Eintragung ſo lange zu beanſtanden, bis der Vertretene die Auflaſſung genehmigt (BGB. § 177). Der Widerruf nach der Auflaſſung hindert die Eintragung nicht. Ein vom Gemeinſchuldner erteilter Auftrag erliſcht mit der Eröffnung des Konkurſes bezüglich des zur Konkursmaſſe gehörigen Vermögens (KO. § 23). Erhält das Grundbuchamt vor oder nach der Auflaſſung Kenntnis davon, daß der Konkurs

vorher eröffnet war, so ist die Eintragung bis zur Genehmigung durch den Konkursverwalter abzulehnen. Die Eröffnung des Konkurses nach erklärter Auflassung beeinträchtigt die Wirksamkeit der Auflassung nicht (BGB. § 878 u. Anm. III S. 153). Darüber, daß eine Person ermächtigt werden kann, die Auflassungserklärungen für beide Auflassungsbeteiligten abzugeben, und daß unter Umständen ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst den Auflassungsvertrag schließen kann, vgl. Bd II Anm. IV 3 g zu § 29 GBO.

Eine eigentümliche Vertretung ordnet das BGB. in den §§ 1282, 1287 und die ZPO. im § 848 nach dem Vorbilde des § 17 PAG. z. ZPO. v. 24. März 1879 an (vgl. Anm. 4 S. 275). Der mit einem vollstreckbaren Titel für seine Forderung versehene Gläubiger hat folgendes Verfahren einzuschlagen. Er hat zunächst unter Vorlegung des vollstreckbaren Titels bei dem zuständigen Vollstreckungsgerichte (Amtsgericht; ZPO. § 828) eine Anordnung dahin zu erwirken, daß die Auflassung an den vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester (ZPO. § 848 Abs. 1, 2) und nur an diesen zu erfolgen habe. Unter Überreichung dieser Anordnung und des vollstreckbaren Schuldtitels hat der Gläubiger beim Amtsgerichte der belegenen Sache die Bestellung des Sequesters zu veranlassen und demnächst jene Anordnung und den Beschluß, durch den der Sequester bestellt ist, dem zur Übertragung des Eigentums an den Schuldner verpflichteten eingetragenen Eigentümer als dem Drittschuldner, sowie dem Schuldner nach §§ 829, 846 ZPO. zustellen zu lassen. Mit der Zustellung an den Drittschuldner ist die Pfändung des Anspruchs bewirkt (ZPO. § 829 Abs. 3). In dem Bestellungsbeschluß ist der Sequester zur Abgabe der Auflassungserklärung für den Schuldner als Erwerber zu ermächtigen. Dieser Beschluß reicht zur Legitimation des Sequesters hin und es hat das Grundbuchamt sich um die Zustellungen ꝛc. nicht zu kümmern. Weigert der Drittschuldner (der Eigentümer des Grundstücks) sich, die Auflassungserklärung (als Veräußerer) abzugeben, so muß der Gläubiger sich den Anspruch seines Schuldners auf Eigentumsübertragung überweisen lassen (ZPO. §§ 825, 886). Durch die Überweisung wird er zur Anstellung der Klage auf Auflassung und Eintragung gegen den Drittschuldner berechtigt (ZPO. § 836). Der Klagantrag ist auf Verurteilung des Drittschuldners zur Auflassung an den Sequester behufs Eintragung des Schuldners als Eigentümers zu richten. Mit der Rechtskraft des den Drittschuldner verurteilenden Erkenntnisses (falls die Auflassung von einer Gegenleistung im Urteil abhängig gemacht ist, mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils, ZPO. §§ 726, 727, 730) gilt dessen Auflassungserklärung als abgegeben (ZPO. § 894). Der Gläubiger hat nun die mit dem Zeugnisse der Rechtskraft (ZPO. § 706) oder mit der Vollstreckungsklausel (ZPO. §§ 725, 730 Abs. 3) versehene Ausfertigung des Urteils dem Sequester auszuhändigen. Dieser hat unter Vorlegung seiner Bestallung und des Urteils die Auflassungserklärung für den Schuldner abzugeben. Damit ist der Eigentumsübergang, falls Eintragung hinzutritt, vollzogen. Ist der Anspruch für mehrere Gläubiger gepfändet, so hat jeder Gläubiger, dem der Anspruch überwiesen ist, das Recht, gegen den Drittschuldner zu klagen und das Urteil ist für und gegen sämtliche Gläubiger wirksam (ZPO. §§ 855, 856). Die Bestimmung des § 848 Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn der verklagte Auflassungsschuldner den Anspruch des Klägers auf Auflassung wegen einer ihm an diesen zustehenden Forderung hat pfänden lassen. Erfolgt die Pfändung während schwebenden Prozesses, so muß der Kläger den Klagantrag dahin ändern, daß nicht ihm, sondern einem vom Amtsgerichte zu bestellenden Sequester aufgelassen werden soll, widrigenfalls die Klage abgewiesen werden muß (RG. V B 138. 1901). Vgl. Anm. 2 zu § 1287.

In der PV., betr. das Verwaltungszwangsverfahren ꝛc., v. 15. November 1899 § 45 sind dem § 848 ZPO. völlig entsprechende Bestimmungen getroffen.

Eine besondere Art der Vertretung bei Veräußerungen von Grundstücken, die bei einer Auseinandersetzung gemeinschaftliches Eigentum der Beteiligten geblieben sind, ordnet das PG. v. 2. April 1887 an. Die Vertretung ist der Regel nach dem Gemeinde-

vorſtande (§ 2), wenn die gemeinſchaftlichen Grundſtücke in verſchiedenen Gemeindebezirken oder in verſchiedenen Gemeinde- und Gutsbezirken liegen, einem der beteiligten Gemeindevorſtände oder Gutsvorſteher zu übertragen. Wenn die Intereſſen des Vertreters mit denen der Gemeinde oder des Gutsbezirks kollidieren, kann die Auseinanderſetzungsbehörde im Einvernehmen mit der Kommunalaufſichtsbehörde ſtatt des Gemeindevorſtandes oder Gutsvorſtehers mit deſſen Rechten einen beſonderen Vertreter beſtellen (§ 9). Der Gemeindevorſtand unterſteht in ſeiner Eigenſchaft als Vertreter der Kommunalaufſichtsbehörde. Vgl. Bd II Ergänzung III § 1 Nr. V 2 i.

Iſt einer überlebenden Ehefrau durch Teſtament ihres Ehemannes, ſei es daß ſie neben den Kindern des Erblaſſers als Erbin eingeſetzt iſt, ſei es daß nur die Kinder als Erben eingeſetzt ſind, die uneingeſchränkte Verfügung über den Nachlaß, insbeſondere über Nachlaßgrundſtücke, Hypotheken ꝛc. eingeräumt, ſo iſt ſie allein zur Auflaſſung ꝛc. befugt, ohne daß es der vorherigen Eintragung der Erben (vgl. S. 475 ff. Anm. 6) bedarf. In letztem Falle hat ſie die Stellung einer Teſtamentsvollſtreckerin (BGB. § 2205 Satz 2, § 2211), im erſten Falle wohl die einer Erbin und befreiten Vorerbin (BGB. §§ 2113, 2114, 2136, 2137). Das Grundbuchamt kann alſo die Eintragung auf Grund der von einer durch Teſtament derart legitimierten überlebenden Ehefrau als Veräußernden erklärten Vollmacht nicht ablehnen. Dies wurde auch nach bisherigem Rechte angenommen (Joh. 4 S. 94, Bd 6 S. 133; Turnau I S. 176). Nach einer Entſcheidung (KG. JW. 1 S. 61) ſoll der überlebende Ehegatte, dem durch Erbvertrag das Recht zur Verfügung über Nachlaßgrundſtücke des verſtorbenen Ehegatten vermacht iſt, zur Auflaſſung ſolcher Nachlaßgrundſtücke nicht mehr befugt ſein, wenn als deren Eigentümer die Erben des verſtorbenen Ehegatten im Grundbuch eingetragen ſind; dem überlebenden Ehegatten ſoll es obliegen, die Erben zur Auflaſſung an die von ihm zu bezeichnende Perſon eventuell im Prozeßwege zu veranlaſſen, wenn er von ſeiner Befugnis Gebrauch machen will. Dies iſt nicht richtig. Da der überlebende Ehegatte die Auflaſſung an Stelle der Erben erklärt, iſt der Umſtand, daß die Erben als Eigentümer eingetragen ſind, auf ſeine Befugnis ganz ohne Einfluß. (So jetzt auch KG. JW. 21 S. A 136.)

8. Dadurch, daß das Grundbuchamt nach vorläufiger Kognition die Auflaſſungserklärungen entgegen genommen hat, erwerben die Parteien kein Recht auf Eintragung; ſondern das Grundbuchamt iſt immer noch in der Lage, die Eintragung ablehnen zu können und zu müſſen, wenn es bei ſpäterer eingehender Prüfung findet, daß der Eigentumseintragung Hinderniſſe entgegen ſtehen (KG. JW. 5 S. 117, Rſp. 5 S. 294, JW. 25 S. A 117, RJA. 4 S. 111), daß z. B. die ihm vorgelegten Legitimationsurkunden an einem weſentlichen Mangel leiden oder daß nicht der eingetragene Eigentümer, ſondern eine andere Perſon gleichen Namens die Auflaſſungserklärung als Veräußerer abgegeben hat. Das Grundbuchamt muß ſeine Irrtümer vertreten (GBO. § 12; BGB. § 839; PAG. z. GBO. Art. 8); es kann daher nicht gezwungen werden, ſein Verſehen durch Eintragung noch zu verſchärfen, indem es das Grundbuch unrichtig macht. Entdeckt es einen ſolchen Irrtum erſt nach der Eintragung, ſo iſt von Amts wegen ein Widerſpruch einzutragen (GBO. § 54). Handelt es ſich um Hinderniſſe, die behoben werden können, und werden nach der Auflaſſung und Stellung des Eintragungsantrags vom Veräußerer oder gegen ihn andere Eintragungen beantragt, ſo iſt nach §§ 17, 18 GBO. zu verfahren (vgl. S. 458 letzt. Abſ).

V. Wie nach bisherigem Rechte (Turnau I S. 178) iſt eine Verbindung des obligatoriſchen Vertrags mit der Auflaſſung in einem Protokolle nicht für zweckmäßig, aber auch nicht für unzuläſſig zu erachten, vorausgeſetzt, daß die protokollierende Behörde oder der protokollierende Beamte nach der Landesgeſetzgebung zur Aufnahme beider Verträge zuſtändig iſt.

VI. Wirkungen der Auflaſſung. Die Auflaſſung für ſich allein hat den Eigentumsübergang nicht zur Folge, ſondern es bedarf dazu noch der Eintragung. Aber die Auf-

lassung führt die dingliche Bindung des Willens der Beteiligten herbei (BGB. § 925 Abs. 1). Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Dadurch, daß eine Partei oder beide zwischen der Auflassung und der Eintragung *sterben* oder *geschäftsunfähig* werden, wird die Rechtswirksamkeit des dinglichen Vertrags nicht berührt (BGB. §§ 130, 153). Der Eigentumswechsel muß auf Antrag eingetragen werden, sobald die Auflassungserklärungen vorgelegt werden. Dagegen sind *Beschränkungen* des Veräußerers in der *Verfügung* nur dann auf die Auflassungserklärungen einflußlos, wenn sie erst eintreten, nachdem der Antrag auf Eintragung bei dem *Grundbuchamte* gestellt ist (BGB. § 878; KO. § 15). Ist also nach EG. z. BGB. Art. 143 die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt erklärt und wird demnächst der Veräußerer in der Verfügung beschränkt, bevor das Protokoll über die Auflassungserklärungen mit dem Antrag auf Eintragung dem Grundbuchamt eingereicht ist, so kann der Erwerber nicht als Eigentümer eingetragen werden, denn der Antrag ist beim Grundbuchamt erst gestellt mit dem Augenblicke, wo er beim Grundbuchamt eingeht (RG. E. 53 S. 88). Ist die Auflassung vor dem Grundbuchamt erklärt, so ist die Anwendung des § 878 nicht in Zweifel zu ziehen, da jede korrekt gefaßte Auflassung zugleich den Eintragungsantrag enthält (vgl. S. 441). Art. 143 EG. z. BGB. führt demnach zu einer materiell ungerechtfertigten Rechtsungleichheit. Daß § 878 auch dann zur Anwendung kommt, wenn der Veräußerer zur Abgabe der Auflassungserklärung rechtskräftig verurteilt ist (ZPO. § 894), kann nicht zweifelhaft sein und ist im Falle der Beschränkung der Verfügung durch Eröffnung des Konkurses im § 15 KO. ausdrücklich anerkannt. Voraussetzung ist aber in beiden Fällen, daß der Erwerber den Eintragungsantrag bereits vorgelegt hat. Auch der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nach Rechtskraft des Urteils sind auf den rechtlichen Bestand der Auflassungserklärung des Veräußerers ohne Einfluß, und zwar selbst dann, wenn der Erwerber zur Zeit des Todes ꝛc. des Veräußerers seine Auflassungserklärung noch nicht abgegeben hat (BGB. § 153; vgl. Anm. 3 Abs. 1 S. 443). Erlangt der Grundbuchrichter Kenntnis davon, daß der Veräußerer schon vor der Auflassung in der Verfügung beschränkt war, so muß er dies berücksichtigen. Hat z. B. einer von zwei Miterben, dem der andere seinen von einem Dritten gepfändeten Anteil am Nachlaß abgetreten hat, ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück aufgelassen, so kann der Erwerber nicht ohne gleichzeitige Eintragung der sich aus der Pfändung ergebenden Verfügungsbeschränkung eingetragen werden, auch wenn sich diese Beschränkung erst nach der Auflassung herausstellt (KG. RJA. 3 S. 151).

2. *Die Änderung des Willens einer Partei* nach der Auflassung kann die Eintragung nicht hindern. Ein Protest des Veräußerers aus diesem Grunde darf vom Grundbuchrichter, dem der Eintragungsantrag des Erwerbers bereits vorliegt, nicht beachtet werden. Wird der Protest damit begründet, daß die Auflassung, z. B. wegen Willensmängel, unwirksam sei, ergibt sich die Unwirksamkeit aber nicht aus dem Inhalte der Auflassungserklärungen, so wird der Protest die Eintragung ebenfalls nicht hindern dürfen, sondern der Widersprechende an den Prozeßrichter zu verweisen sein. Dieser kann auf Grund des § 935 ZPO. durch einstweilige Verfügung anordnen, daß der Widerspruch gegen die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuche vermerkt werde. Der Grundbuchbeamte hat dann eine Vormerkung oder einen Widerspruch einzutragen (BGB. §§ 885, 894), die ohne Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden, wenn die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist (GBO. § 25). Eine Vormerkung ist für den Erwerber einzutragen, wenn die Eintragung des Eigentumsübergangs noch nicht bewirkt war, ein Widerspruch für den Veräußerer, wenn der Erwerber bereits als Eigentümer eingetragen war, als die einstweilige Verfügung dem Grundbuchamte vorgelegt wurde. Die Vormerkung wird dann gleichzeitig mit dem Eigentumswechsel eingetragen.

3. *In der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung ist der Veräußerer zu Verfügungen über das Grundstück nicht mehr befugt*, falls die Auflassung vor dem Grundbuchamt erklärt oder die Verhandlung über die an anderer

Stelle erklärte Auflaſſung dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht iſt, auch der Eintragung ſonſtige Hinderniſſe nicht entgegenſtehen. Die Verfügungsbefugnis iſt durch die Auflaſſung dem Erwerber mit dem Vorbehalt übertragen, daß demnächſt ſeine Eintragung bewirkt wird (RG. JW. 28 S. A 126). Der Veräußerer iſt, wenn der Grundbuchrichter richtig verfährt, zu Verfügungen tatſächlich auch nicht in der Lage, wenn die Auflaſſung vor dem Grundbuchamt erklärt iſt, da nach dem Grundſatze des § 17 GBO. zunächſt der ältere Eintragungsantrag erledigt werden muß, nach der Eintragung des Erwerbers als Eigentümers aber Eintragungen gegen den Veräußerer nicht mehr ſtattfinden können. Anders liegt die Sache bezüglich der tatſächlichen Verfügungsmöglichkeit, wenn die Auflaſſung gemäß Art. 143 EG. z. BGB. vor anderen Behörden oder Beamten erklärt und das Protokoll über die Auflaſſungserklärungen dem Grundbuchamte noch nicht eingereicht iſt. Dann fehlt es an jedem Anlaſſe, die von dem Veräußerer ſpäter bewilligten und beantragten Eintragungen abzulehnen, und die bewirkten Eintragungen ſtehen auch unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (BGB. § 892). Gegen dieſe Gefahren kann der Erwerber ſich dadurch ſchützen, daß er ſein Recht auf Auflaſſung vormerken läßt, was freilich nur geſchehen kann, wenn der Veräußerer als Eigentümer eingetragen und wenn ein formgerechter Kaufvertrag (BGB. § 313) geſchloſſen iſt. Wird der Antrag auf Eintragung wegen nicht behobener Hinderniſſe definitiv zurückgewieſen und iſt keine Vormerkung auf Auflaſſung eingetragen, ſo kann einem Dritten wirkſam aufgelaſſen und dieſer eingetragen werden. Stehen der beantragten Auflaſſung Hinderniſſe entgegen und trägt der Grundbuchrichter aus Verſehen auf Grund einer ſpäter beantragten Bewilligung des bisherigen Eigentümers oder eines gegen den Eigentümer gerichteten rechtskräftigen Urteils ein dingliches Recht (z. B. eine Hypothek, eine Zwangshypothek) ein, ohne die früher beantragte Eintragung durch Vormerkung oder Widerſpruch zu ſichern (§ 18 GBO.), ſo hat der neue Eigentümer, der hinterher ſeine Eintragung erlangt, kein Recht auf Beſeitigung jener Eintragungen, ſondern nur einen Anſpruch auf Grund des § 12 GBO. gegen den Staat (oder die Körperſchaft). Denn die für das frühere preußiſche Recht aufgeſtellte, auf § 48 Abſ. 1 und 3 PGBO. gegründete Annahme, daß die bloße Auflaſſung das Grundbuch für weitere Verfügungen des bisherigen Eigentümers und aus ſeinem Rechte ſchließe (RG. E. 28 S. 350), trifft für das heutige Recht, dem die Fiktion, daß Auflaſſung und Eintragung ein einheitlicher Akt ſei, fremd iſt (S. 456 Anm. 4), nicht zu. Nach heutigem Rechte führt die Auflaſſung zwar die unwiderrufliche dingliche Bindung der Beteiligten herbei (BGB. § 873 Abſ. 2), aber fertig wird das dingliche Recht (das Eigentum) erſt durch das Zuſammentreffen von Auflaſſung und Eintragung und der Erwerb kollidierender dinglicher Rechte (auch der durch Zwangsvollſtreckung vermittelte, der nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ſteht; a. M. Oberneck in d. Z. d. D. Notarver. 1902 S. 172) ſcheitert nur an fertigen entgegenſtehenden dinglichen Rechten. Eine Verfügungsbeſchränkung kann in der dinglichen Bindung ebenſowenig gefunden werden, wie in jeder anderen vertraglichen Bindung (Biermann SR. S. 48 Anm. 3), und daher kommt § 892 Abſ. 1 Satz 2 BGB. nicht in Frage. Die dingliche Bindung beſteht nur unter den Beteiligten; Dritten legt die bloße Auflaſſung überhaupt keine Schranken auf (RG. E. 55 S. 340). Die bindende Kraft der Auflaſſung wird nicht dadurch berührt, daß der Grundbuchrichter die Eintragung nach § 18 GBO. beanſtandet oder ablehnt (RG. JW. 1905 S. 290 Nr. 16).

Iſt die Auflaſſung vor dem Grundbuchamt erklärt oder die nach Art. 143 EG. z. BGB. vor einer anderen Behörde ꝛc. erklärte Auflaſſung dem Grundbuchamte zur Eintragung des Eigentumswechſels vorgelegt, ſo haben die Beteiligten alles getan, was ihnen möglich war, um das Eigentum zu übertragen, und die Eintragung hat in ihrem Verhältniſſe zueinander im weſentlichen nur formale Bedeutung. Zahlt der Erwerber zwiſchen Auflaſſung und Eintragung eine Hypothek aus, ſo erwirbt er (nicht der Veräußerer) ſie als Eigentümergrundſchuld (BGB. §§ 1163, 1177). Zahlt er ſie vor der Auflaſſung aus, ſo fällt ſie dem Veräußerer als Eigentümergrundſchuld anheim (RG. RJA. 4 S. 233).

Der Erwerber ist vor seiner Eintragung als Eigentümer zu Verfügungen über das Grundstück nicht befugt. Mit seiner Eintragung werden seine Verfügungen jedoch nach dem Grundsatze des § 185 Abs. 2 BGB. wirksam, z. B. auch seine Auflassungserklärungen (RG. Rsp. 2 S. 2; Abweichung vom bisher. Rechte; vgl. Turnau I S. 184 Abs. 2). Hat er mehrere miteinander nicht im Einklange stehende Verfügungen getroffen, so wird nur die frühere Verfügung wirksam (§ 185 Schlußsatz). Hat er also mehrere Auflassungserklärungen, die dasselbe Grundstück oder dieselbe Parzelle des Grundstücks betreffen, abgegeben, so wird nur die erste Auflassung wirksam. Auch hier entstehen wieder Unzuträglichkeiten und Verwicklungen, wenn die Auflassung nach Art. 143 EG. z. BGB. vor anderen Beamten und Behörden als dem Grundbuchamt erklärt werden kann und erklärt ist. Dann hat der Grundbuchbeamte, dem die anderen Auflassungserklärungen des Erwerbers nicht bekannt sind, den als Eigentümer einzutragen, den das überreichte Auflassungsprotokoll als Erwerber bezeichnet. Meldet sich hinterher ein anderer mit einer früheren Auflassung, so kann ihn der Grundbuchbeamte nur an den Prozeßrichter verweisen (vgl. BGB. § 894).

Die Verfügung des Erwerbers wird erst mit seiner Eintragung als Eigentümer wirksam. Eine Rückwirkung findet nicht statt. Die Annahme, daß der Anspruch aus der Auflassung mit der Wirkung abgetreten werden könne, daß der Zessionar auf Grund der dem Zedenten erteilten Auflassung als Eigentümer einzutragen sei (Fuchs 1 S. 66 γ, 207), kann nicht beigetreten werden. Der von Fuchs angezogene Abs. 5 der Tarifstelle 32 des PStempelG. handelt von dem Falle, wo mehrere obligatorische Verträge im Sinne des § 313 BGB. geschlossen sind und die Auflassung vom Verkäufer an den letzten der aufeinander folgenden Käufer erteilt ist. Ist die Auflassung erklärt, hat der Verkäufer alles getan, was zur Übertragung des Eigentums erforderlich ist, so besteht gegen ihn weder ein persönlicher noch ein dinglicher Anspruch, der an einen anderen abgetreten werden könnte. Demnach ist Auflassung erforderlich.

4. Die Auflassung beurkundet eine Sonderrechtsnachfolge und begründet (in Verbindung mit der Eintragung) in der Regel mittelbaren Erwerb. Daher wird das Objekt der Auflassung durch den Konsens der Beteiligten bestimmt. Das Grundstück ist in den Auflassungserklärungen übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Die Angaben des Grundbuchs über die Größe des Grundstücks sind tatsächlicher Natur und stehen daher nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892). Der Erwerber kann sich Dritten gegenüber, die Eigentumsansprüche auf einzelne Flächen behaupten, nicht auf den Inhalt des Grundbuchs berufen, sondern der Streit ist nach rein materiellem Rechte unter Anwendung der historischen Methode zu entscheiden (vgl. S. 198 f. u. S. 250 ff. Anm. II 1). Aber auch für die Auflassungsbeteiligten ist die Bezeichnung nach Maßgabe des Grundbuchs nicht schlechthin entscheidend. Sie sind der Regel nach nicht imstande, festzustellen, ob die aus dem Kataster rc. in das Grundbuch übernommenen Angaben über die Größe und über die Flächenabschnitte sich mit dem Objekt, auf das sich die Auflassung beziehen soll, decken (RG. E. 28 S. 310, Gruch. 34 S. 707, Bd 37 S. 1098, JW. 1899 S. 458 Nr. 79). Nehmen die Vertragschließenden, wenn auch irrtümlich an, daß eine Parzelle nicht zu dem aufzulassenden Grundstücke gehöre, so wird sie von der Auflassung nicht ergriffen (RG. JW. 1899 S. 681 Nr. 24). Grundstücksteile, auf die sich der Auflassungswille nicht bezog, verbleiben dem bisherigen Eigentümer (RG. E. 46 S. 225) auch dann, wenn zwar dieser den Teil veräußern, der andere Kontrahent ihn aber nicht erwerben wollte (RG. JW. 1900 S. 403 Nr. 30, S. 561, 1901 S. 813 Nr. 34, Gruch. 44 S. 993). Bei entstehendem Streite ist in jedem einzelnen Falle zu ermitteln, worauf sich der Konsens der Beteiligten bezogen hat. Irrtümer in der Bezeichnung, Verwechselungen abverkaufter Parzellen können mit Erfolg geltend gemacht werden und führen, wenn die Irrtümer bereits in das Grundbuch

übergegangen sind, zur Berichtigung der Angaben des Grundbuchs, nicht aber zur Rückauflassung (RG. JW. 22 S. A 143).

5. Nach bisherigem Rechte war streitig, ob die Gefahr mit der Übergabe oder mit der Auflassung auf den Erwerber übergeht. Das BGB. § 446 läßt die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung einer verkauften Sache mit der Übergabe oder mit der Eintragung des Käufers als Eigentümers auf den Käufer übergehen, je nachdem die Übergabe oder die Eintragung früher erfolgt ist. Entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf andere gegenseitige Verträge erscheint zulässig (Planck Nr. 2 b β zu § 446). Hat der Eigentümer dasselbe Grundstück zweimal hintereinander verkauft und es dem ersten Käufer übergeben, aber nicht aufgelassen, dem zweiten zwar aufgelassen, aber nicht übergeben und erlangt der zweite Käufer die Eintragung als Eigentümer, so trägt der zweite Käufer die Gefahr vom Zeitpunkte der Eintragung ab. Der erste Käufer trägt zwar die Gefahr für die Zeit von der Übergabe an ihn bis zur Eintragung des zweiten Käufers, kann aber wegen Nichterfüllung vom Vertrage zurücktreten und haftet dann für den zufälligen Untergang oder für die zufällige Verschlechterung nicht (§§ 325—327, 350 BGB.; vgl. Planck a. a. O.). Der Verkäufer haftet auch dafür, daß das Grundstück zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat (BGB. § 459 Abs. 2).

Da § 446 BGB. keine zwingenden Vorschriften enthält, können die Parteien den Zeitpunkt, von wann ab die Gefahr auf den Erwerber übergehen soll, anderweitig bestimmen.

Da bei nicht erfolgter Übergabe der Zeitpunkt der Eintragung, nicht der der Auflassung maßgebend ist, trägt der Erwerber auch im Falle seiner rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung nicht schon vom Tage der Rechtskraft des Urteils, sondern erst vom Zeitpunkte seiner Eintragung an die Gefahr. Für den Fall, daß der eine oder der andere Teil sich im Verzuge befindet, die Übergabe oder die Herbeiführung der Eintragung schuldhaft verzögert, kommt § 287 BGB. zur Anwendung. Der im Verzuge Befindliche ist für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Für den Fall der Zwangsversteigerung geht die Gefahr mit dem Zuschlage, der Eigentumsübergang bewirkt, auf den Ersteher über (ZVG. §§ 56, 90). Eine Übergabe vor dem Zuschlage kommt hier nicht in Frage (Denkschr. zum ZVG. S. 78).

6. Nimmt der Käufer die Auflassung vorbehaltlos entgegen, obwohl ihm Mängel des Grundstücks bekannt sind, so verliert er dadurch seinen Anspruch auf Wandelung, Minderung und Schadenersatz (BGB. § 464. So auch nach bisher. Rechte; RG. Gruch. 24 S. 955, JMBl. 1880 S. 134, V 49/99, 126/99). Dasselbe ist der Fall, wenn der Verkäufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zugesichert hat und der Käufer bei der Auflassung weiß, daß das Grundstück einen geringeren Flächeninhalt hat (§ 468 BGB.; Mot. II S. 233; anders nach bisherigem Rechte, RG. ZfPR. 2 S. 529, Bolze 4 Nr. 558).

7. Mit der Auflassung, die sich außer dem in ihr grundbuchmäßig bezeichneten, auf den Namen des Veräußerers eingetragenen Grundstücke noch auf einen Teil eines im Bucheigentum eines Dritten stehenden Grundstücks bezieht, gilt ein Anspruch des Veräußerers auf Berichtigung des Grundbuchs als mitabgetreten (RG. E. 46 S. 225, JW. 1901 S. 527 Nr. 22, Gruch. 45 S. 942). Diese Urteile mißversteht Kretzschmar GBR. 2 S. 160. Er kommt zu demselben Ergebnis auf einem Wege, der nicht gangbar ist, da es unmöglich ist, anzunehmen, daß die Eintragung auf dem einen Blatte die irrtümlich auf einem anderen Blatte eingetragene Parzelle umfasse. Das RG. legt nicht der Abtretung des Berichtigungsanspruchs, sondern der Auflassung Übertragungsfunktion bei; die Abtretung des Berechtigungsanspruchs dient nur zur Legitimation des Erwerbers.

8. Über die Frage, ob auf Grund der Auflassung auf Erfüllung der nach Ordnungsvorschriften der GBO. oder der vorbehaltenen Landesgesetze zur Eintragung erforderlichen Förmlichkeiten geklagt werden kann, vgl. S. 104 f.

VII. Die Kosten der Auflassung und der Eintragung hat der Käufer (oder sonstige Erwerber) des Grundstücks zu tragen (BGB. § 449). Entgegenstehende Vereinbarungen haben Gültigkeit (Mot. II S. 328). Die Kosten der Löschung von Eintragungen, die der Käufer nicht übernommen hat, hat der Verkäufer zu tragen (BGB. §§ 434, 435). Die Kosten des Zuschlags fallen dem Ersteher zur Last (ZVG. § 58). Im übrigen ist die Kosten- und Stempelfrage in Bd II Anhang II behandelt.

VIII. Die Vorschriften des BGB. §§ 892, 893, 932 ff. über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gelten nur für den Erwerb durch Rechtsgeschäft und finden daher auf einen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung an sich keine Anwendung. Durch § 898 ZPO. sind die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den Fall des § 894 ZPO. (Verurteilung zur Abgabe einer Willens-, z. B. einer Auflassungserklärung) ausgedehnt.

IX. Wirkungen der auf Grund einer Auflassung erlangten Eigentumseintragung. Der im Sinne des § 892 BGB. gutgläubige Erwerber wird auch dann Eigentümer des Grundstücks, wenn der im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Veräußerer in Wirklichkeit nicht Eigentümer war. Sein Erwerb stellt sich als ein dem ursprünglichen analoger, als ein von jeder Rechtsnachfolge losgelöster dar und hat das Erlöschen der Rechte des wahren aber nicht eingetragenen Eigentümers zur Folge. Gegen die aus dieser Rechtskonsequenz sich ergebende Gefahr kann der wahre Eigentümer sich dadurch schützen, daß er die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt (§§ 892, 894, 899). Ist dies nicht geschehen, so bleibt ihm nur der Nachweis übrig, daß die dem Erwerber erteilte Auflassung und Eintragung nichtig sei (vgl. Anm. IV 4a zu §§ 985—1007). Dagegen verliert er, wenn der Erwerber nicht gutgläubig ist, sein Eigentum nicht, muß aber neben dem Mangel des guten Glaubens des Erwerbers sein Eigentum beweisen. Der Erwerber erwirbt das Eigentum so, wie es eingetragen ist. Bei selbständigen Gerechtigkeiten ist der Inhalt des begründenden Rechtsakts für Dritte nur insofern entscheidend, als er in das Grundbuch aufgenommen ist (RG. V 30. 1901). Ist ein Grundstück dem Gemeinschuldner nur zu dem Zwecke aufgelassen, damit er es für den Auflassenden parzelliere, so gehört es nicht im Sinne des § 43 KO. dem Gemeinschuldner. Der Auflassende ist aussonderungsberechtigt (RG. E. 45 S. 80).

Der Erwerb des Eigentums, der sich nicht auf Grund eines Rechtsgeschäfts (einer Auflassung) vollzieht, steht nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892). Demnach steht ein solcher Erwerber in der in Rede stehenden Beziehung einem nicht gutgläubigen Erwerber im Falle des § 892 gleich.

X. Auflassung und Eintragung verschaffen dem Erwerber Eigentum, aber nicht Besitz. Kann er diesen nicht gutwillig erlangen, so muß er auf dessen Einräumung klagen. Zu diesem Behufe steht ihm sowohl die Vindikation (§§ 891, 985), als auch die Vertragsklage (§ 433) zu Gebote. Beiden Klagen gegenüber kann mit Erfolg geltend gemacht werden, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sei (§ 986).

XI. Endlich ist noch zu erwähnen, daß nach § 5 G., betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen ꝛc., v. 19. August 1895 und 11. Juni 1902 (GS. 1902 S. 238) die Veräußerung einzelner zu einer Bahneinheit gehörigen Grundstücke ungültig ist, soweit nicht die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß durch die Veräußerung die Betriebsfähigkeit des Bahnunternehmens nicht beeinträchtigt wird. Diese Bestimmung ist aufrecht erhalten durch Art. 112, 119 Nr. 2 EG. z. BGB. Die Bahneinheit entsteht nach § 3 das. dadurch, daß die Genehmigung zur Eröffnung des Betriebs auf der ganzen Strecke erteilt ist, oder daß die Bahneinheit vorher in das Bahngrundbuch eingetragen wird. Nach ihrer Entstehung kann die Bahneinheit einschließlich der zu ihr gehörigen beweglichen Sachen (vgl. Anm. A 3 zu § 1120) nur durch Auflassung übertragen werden. Vorher vollzieht sich der Eigentumsübergang hinsichtlich der einzelnen für das Unternehmen bestimmten Sachen und Rechte nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. Ist die Bahneinheit durch

Genehmigung der Betriebseröffnung auf der ganzen Strecke entstanden, aber noch nicht eingetragen, so muß im Falle der Veräußerung ein Grundbuchblatt angelegt und dies demnächst auf den neuen Erwerber umgeschrieben werden (RG. JW. 28 S. A 158). Übernimmt der preußische Staat den Betrieb für eigene Rechnung, so findet eine Auflassung der im Grundbuch eingetragenen Einheit an ihn nicht statt (RG. JW. 28 S. A 163).

§ 926.

Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll.

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend.

1. Vgl. Anm. 2 S. 38 f.

2. Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, daß die Veräußerung sich auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so wird der Erwerber mit dem Augenblicke, wo er durch Auflassung und Eintragung Eigentümer des Grundstücks wird, zugleich auch Eigentümer der zur Zeit des Erwerbes vorhandenen, dem Veräußerer gehörenden, wenn auch zur Zeit nicht in seinem Besitze befindlichen Zubehörstücke, ohne daß es der sonst für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen erforderlichen Übergabe (BGB. § 929) oder ihres Ersatzes (§§ 930, 931) bedarf. Der Verkehr betrachtet das Grundstück mit seinem Zubehör als eine wirtschaftliche Einheit; es rechtfertigt sich mithin, die Wirkungen des Übergangs des Eigentums am Grundstück, entsprechend dem bisherigen preuß. Rechte (ALR. I 2 § 105), regelmäßig auch auf das Zubehör zu erstrecken, und zwar gleichviel, ob der Veräußerer zur Zeit der Auflassung im Besitze der Zubehörstücke ist (Prot. III S. 180). Durch diese Regelung wird der Unzuträglichkeit vorgebeugt, daß *bei hinausgeschobener Übergabe* der Erwerber durch Pfändungen seitens der persönlichen Gläubiger des Veräußerers oder durch Beschränkungen der Verfügung des Veräußerers vom Erwerbe der Zubehörstücke ausgeschlossen und auf diese Weise in der Bewirtschaftung oder Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigt wird (Prot. III S. 179). Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers, die nach der Auflassung und der Stellung des Eintragungsantrags, aber vor der Eintragung eintreten, hindern den Übergang des Eigentums an den Zubehörstücken nicht (BGB. § 878; Biermann Nr. 2 zu § 926).

3. Regelmäßig entspricht es dem Willen der Beteiligten, daß der Übergang des Eigentums am Grundstücke sich auch auf das Zubehör erstrecken soll. Im § 926 Abs. 1 Satz 2 wird daher eine Vermutung für diese Erstreckung ausgesprochen. Wer den Eigentumsübergang bezüglich einzelner Zubehörstücke leugnet, muß dartun, daß diese bei Abschluß des dinglichen Vertrags ausdrücklich vom Eigentumsübergang ausgenommen sind oder daß der Ausschluß sich aus den den Abschluß des dinglichen Vertrags begleitenden Umständen, insbesondere aus dem voraufgegangenen obligatorischen Vertrag oder aus der Natur der Sache ergibt (Prot. III S. 179). Der Dritte, der das Eigentum von nicht in seinem Besitze befindlichen Zubehörstücken in Anspruch nimmt, muß *beweisen*, daß er und nicht der Veräußerer Eigentümer ist. Vindiziert dagegen der Erwerber des Grundstücks Zubehörstücke, die im Besitz eines Dritten sind, so muß er *beweisen*, daß sie zur Zeit der Veräußerung vorhanden waren, daß sie Zubehöreigenschaft haben und daß sein Veräußerer Eigentümer gewesen ist.

4. Diese Grundsätze finden jedoch nur Anwendung auf Zubehörstücke, die zur Zeit des Übergangs des Grundstückseigentums dem Veräußerer gehören. Das Eigentum an Zubehörstücken, die zu diesem Zeitpunkt einem Dritten gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, erwirbt der Grundstückserwerber unbelastet nur, wenn er auf Grund der Auflassung und Eintragung den Besitz der Zubehörstücke erlangt und sich zur Zeit der Besitzerlangung im guten Glauben befindet (BGB. § 926 Abs. 2 in Verb. mit §§ 932 bis 936). Es würde zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des dritten Eigentümers führen, wenn man zum Erwerbe der Zubehörstücke seitens des Grundstückserwerbers nur den guten Glauben des Erwerbers zur Zeit der Auflassung verlangte (Prot. III S. 218).

5. Sind Zubehörstücke, die dem Veräußerer gehörten, mit Rechten Dritter belastet, so erlöschen diese Rechte, wenn der Grundstückserwerber den Besitz der Zubehörstücke vom Veräußerer erlangt und sich zur Zeit der Besitzerlangung im guten Glauben befindet. Der Erwerber kann in diesem Falle nicht schlechter gestellt sein, als im Falle des § 926 Abs. 2. Vgl. auch die Anm. zu den §§ 932—936 S. 497 f.

6. Wird das Grundstück nebst Zubehör dem Erwerber vor der Auflassung und Eintragung übergeben, so erlangt er durch die Übergabe Eigentum an den Zubehörstücken, wenn die Absicht der Beteiligten dahin ging, das Eigentum schon durch die Übergabe und nicht erst durch Auflassung und Eintragung zu übertragen. Es muß also eine Einigung vorliegen (§ 929 BGB.), die sich selbständig auf die mitverkauften und mitübergebenen beweglichen Sachen bezieht und die nicht in der auf Übergabe des Grundstücks gerichteten Absicht der Beteiligten aufgeht (RG. Seuff. A. 59 S. 229, V 334. 03, 576. 03). Liegt eine solche Einigung nicht vor, so haften Zubehörstücke, die der Grundstückserwerber vor der Auflassung und Eintragung veräußert hat, der gleichzeitig mit der Eintragung des neuen Eigentümers für den Grundstücksveräußerer eingetragenen Kaufgeldhypothek, falls sie nicht schon vorher vom Grundstück entfernt sind (RG. Gruch. 48 S. 1064).

§ 927.

Der Eigentümer eines Grundstücks kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit dreißig Jahren nicht erfolgt ist.

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt.

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer oder wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten.

I. § 927 handelt vom Erwerbe des Eigentums an Grundstücken auf Grund eines Aufgebots und bietet gewissermaßen einen Ersatz für die vom BGB. abgelehnte Ersitzung (Mot. III S. 329). Das praktische Bedürfnis zu derartigen Vorschriften war im früheren preuß. Rechte anerkannt und es wurde ihm durch die KabO. v. 9. Mai 1839 und das G. v. 7. März 1845 abgeholfen. Der Inhalt dieser Gesetze ist in den Mot. III S. 327 mitgeteilt. Nach Inkrafttreten der G. v. 5. Mai 1872 entstand Streit darüber, ob das im G. v. 7. März 1845 angeordnete Aufgebotsverfahren geeignet sei, die zum Erwerb eines Grundstücks durch freiwillige Veräußerung nach dem 1. Oktober 1872 erforderliche Auflassung zu ersetzen (Turnau I S. 214 Anm. 8 b Abs. 3). Die verneinende Ansicht gründete sich darauf, daß der Eigentumserwerb durch Auflassung und Eintragung vom obligatorischen Erwerbstitel gänzlich abstrahiere, während das G. v. 7. März 1845 gerade dazu bestimmt

ſei, gewiſſe Mängel des nach früherem Rechte zum Eigentumserwerb unentbehrlichen Titels zu heilen. Das BGB. ſieht vom Titel ab und verwertet nur den Beſitz als Vorausſetzung des Aufgebotsverfahrens. Ihm gegenüber ſind alſo die Gründe der eben erwähnten Anſicht ohne Belang. Daß ein praktiſches Bedürfnis für das Aufgebot des § 927 beſteht, daß aber namentlich auch das öffentliche Intereſſe es erheiſcht, daß die Grundbucheinrichtung ſich für alle Grundſtücke betätige, in erſter Linie alſo den Eigentümer nachweiſe, iſt in den Mot. III S. 329 ausführlich dargelegt. Der Entw. I berückſichtigte nur den Fall, daß im Grundbuch ein Eigentümer eingetragen, aber verſtorben iſt und ſeine Erben unbekannt ſind. Das BGB. trifft dagegen auch für den Fall Vorſorge, daß das Grundſtück überhaupt nicht in das Grundbuch aufgenommen iſt; daneben wird der Fall getroffen, daß der frühere Eigentümer ſein Recht hat löſchen laſſen und eine Aneignung ſeitens des Berechtigten nicht ſtattgefunden hat (Prot. III S. 192).

II. Vorausſetzungen des Aufgebots ſind:

1. daß der Antragſteller das Grundſtück als (nicht eingetragener; Unterſcheidung vom Falle des § 900) Eigenbeſitzer, d. h. als ihm gehörend (BGB. § 872), unmittelbar oder mittelbar beſitzt (ZPO. § 979);

2. daß dieſer Beſitz ſeit mindeſtens dreißig Jahren beſteht. Die Beſitzzeit wird in gleicher Weiſe berechnet, wie die Friſt für die Erſitzung einer beweglichen Sache (BGB. § 927 Abſ. 1 Satz 2). Insbeſondere kommt dem Rechtsnachfolger die während des Eigenbeſitzes des Rechtsvorgängers, dem Erben die zugunſten des Erbſchaftsbeſitzers verſtrichene, und zwar auch die vor dem Inkrafttreten des BGB. liegende Beſitzzeit zuſtatten (§§ 943, 944), mit der Abweichung, daß im Falle des § 927 guter Glaube nicht erforderlich iſt (RG. V 416. 03).

3. Iſt ein Eigentümer, wenn auch nicht der wahre (Planck Nr. 3, Fuchs Nr. 4 cc, Oberneck 1 S. 479; a. M. Biermann Nr. 1 zu § 927), im Grundbuch eingetragen, ſo iſt außerdem der Nachweis erforderlich, daß er verſtorben oder verſchollen und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zuſtimmung des Eigentümers bedurfte, ſeit dreißig Jahren nicht bewirkt iſt (§ 927 Abſ. 1 Satz 3). Die Worte „verſchollen“ bis „erfolgt“ ſind vom Bundesrat eingefügt. Daß ein Eigentümer nicht eingetragen iſt, kann z. B. vorkommen, wenn für ein Grundſtück ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt, oder wenn das Eigentum am Grundſtücke nach § 928 Abſ. 1 aufgegeben und von dem Aneignungsrechte des § 928 Abſ. 2 noch kein Gebrauch gemacht iſt, oder wenn das Grundſtück dem Buchungszwange nicht unterliegt (GBO. § 90). Welche Eintragungen der Zuſtimmung des Eigentümers bedürfen, ergeben die §§ 19, 20, 22 Abſ. 2, 27 GBO. Die dreißig Jahre, in denen eine ſolche Eintragung nicht erfolgt ſein darf, ſind nicht, wie nach Entw. I ſeit dem Tode oder der Verſchollenheit des Eigentümers zu berechnen; unter dem Eigentümer iſt auch nicht der zuletzt eingetragene zu verſtehen, ſondern alle während der dreißig Jahre eingetragenen Eigentümer (Planck Nr. 3 b; a. M. Fuchs 1 Nr. 4 bb zu § 927). Iſt der letzte Eigentümer innerhalb der dreißig Jahre auf Grund einer Auflaſſung eingetragen, ſo findet § 927 nicht Anwendung, weil die Eintragung der Zuſtimmung des früheren Eigentümers bedurfte (Planck a. a. O.).

Alle dieſe (Nr. 1 bis 3) zur Begründung des Aufgebotsantrags erforderlichen Tatſachen hat der Antragſteller glaubhaft zu machen. Guter Glaube und Titel ſind bei dieſer Erwerbsart nicht erforderlich. (RG. Gruch. 44 S. 862, V 416. 03.)

III. Der § 927 macht den ſchwierigen und im Erfolg unſicheren Nachweis des Eigentumserwerbes entbehrlich. Werden im Aufgebotsverfahren Eigentumsanſprüche Dritter angemeldet, ſo iſt nach § 953 ZPO. entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entſcheidung über das angemeldete Recht auszuſetzen, oder im Ausſchlußurteile das angemeldete Recht vorzubehalten. In beiden Fällen iſt der Eigenbeſitzer zum Nachweiſe ſeines Eigentums und zur Anſtellung einer Eigentumsklage nicht gezwungen, ſondern ihm ſteht die negative Feſtſtellungsklage offen. Dringt er mit dieſer durch, ſo iſt damit das ſeiner

Digitized by Google

Eintragung entgegenstehende Hindernis beseitigt. Danach würde eine Leistungsklage (auf Grundbuchberichtigung) zwecklos sein (RG. V 416. 03).

IV. „Ist das Ausschlußurteil ergangen, so liegt das Verhältnis ähnlich, wie in dem Falle, wenn das Eigentum vom bisherigen Eigentümer aufgegeben ist. Die Gründe, aus denen § 928 die Erwerbung eines derelinquierten Grundstücks dem Eintragungsprinzip unterwirft, führen folgerecht dahin, im Falle des Aufgebots den Übergang des Eigentums auf den, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, ebenfalls von der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch abhängig zu machen, zumal sonst der Eintritt neuer Verwickelungen zu besorgen wäre" (Mot. III S. 330). Die Regelung des Verfahrens weisen die Motive (III S. 331) der GBO. zu. Diese enthält jedoch eine besondere Vorschrift für den vorliegenden Fall nicht. Die nach GBO. § 19 erforderliche Bewilligung des Eigentümers wird durch das Ausschlußurteil ersetzt. Der Antragsteller hat demnach eine Ausfertigung des Urteils, gegen das kein Rechtsmittel stattfindet (ZPO. § 957), vorzulegen und den Eintragungsantrag (GBO. § 13) zu stellen. Dieser Antrag ist kein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft, sondern hat nur die Bedeutung, die Tätigkeit des Grundbuchamts anzuregen (a. M. Gierke SR. S. 460, Planck Nr. 7 zu § 927 u. Predari S. 375; wie hier Fuchs Nr. 8 zu § 927). Mit der Eintragung erlangt der Antragsteller das Eigentum (BGB. § 927 Abs. 2); alle übrigen, auch die eingetragenen Eigentümer verlieren ihr Eigentum. Der Antrag ist an keine Frist gebunden; er kann auch gestellt werden, wenn der Eigenbesitz nach Erlaß des Ausschlußurteils verloren gegangen ist (Fuchs 1 Nr. 8, Biermann Nr. 3 zu § 927). Aneignungsberechtigt ist nur, wer das Ausschlußurteil erwirkt hat. Das Aneignungsrecht ist dinglicher Natur.

„Erlangt ein Dritter (gleichviel aus welchem Grunde) die Eintragung als Eigentümer, bevor das Ausschlußurteil erlassen ist, so wirkt das Urteil gegen ihn nicht (BGB. § 927 Abs. 3) und der Antragsteller kann seine Eintragung auf Grund des Ausschlußurteils nicht erreichen. Denn die nach § 891 Abs. 1 für ihn begründete Vermutung, daß er das Eigentum erworben habe, gilt so lange, bis sie durch den Beweis des Gegenteils widerlegt ist. Dieser Beweis kann aber nicht als durch das Ausschlußurteil erbracht angesehen, sondern nur im gewöhnlichen Prozeßverfahren geführt werden. Die bloße Erhebung der Eigentumsklage dagegen entzieht dem vom Beklagten erwirkten Ausschlußurteile die Wirkung gegen den Kläger nicht. Erstreitet dieser freilich ein ihm das Eigentum zuerkennendes Urteil, so wird er, wenn inzwischen der Beklagte auf Grund des Ausschlußurteils als Eigentümer eingetragen ist, diesen aus dem Grundbuche verdrängen können. Allein solange die Entscheidung des Eigentumsstreits noch aussteht, ist kein Grund vorhanden, dem Ausschlußurteile die Wirkung, die es an sich hat, zugunsten des Eigentumsklägers zu versagen. Will der Kläger sich gegen das Ausschlußurteil schützen, so muß er sich entweder im Aufgebotsverfahren melden oder dafür sorgen, daß zugunsten seines Eigentumsrechts ein Widerspruch (§ 899) in das Grundbuch eingetragen werde. Diese Eintragung sichert dem Eigentumsanspruche die Wirksamkeit gegen jedermann, mithin auch gegen den, der auf Grund eines Ausschlußurteils die Eintragung als Eigentümer erlangt" (der Widerspruch hindert diese Eintragung nicht) „und gegen dessen Rechtsnachfolger. Wird das vorgemerkte Recht festgestellt, so ist mit ihm, weil es das Eigentum ist, die Eintragung eines Dritten als Eigentümers unvereinbar. Das Ausschlußurteil, das die Grundlage einer solchen Eintragung bilden soll, kann daher gegen den eingetragenen Widerspruch nicht wirken. Dies wird im Abs. 3 besonders hervorgehoben, um dem Gesetze die richtige Auslegung zu sichern." (Mot. III S. 331.) Hat der Dritte auf seine Eigentumsklage ein obsiegliches Urteil erstritten, bevor der Beklagte das Ausschlußurteil erwirkt hatte, aber seine Eintragung als Eigentümer noch nicht erlangt, so verliert er sein Recht durch das spätere Ausschlußurteil, falls nicht ein Widerspruch für ihn eingetragen ist. Der durch den rechtzeitig eingetragenen Widerspruch Geschützte kann, wenn er sein Eigentum nachweist, Berichtigung des Grundbuchs, d. h. verlangen, daß der inzwischen auf Grund

des Ausſchußurteils als Eigentümer Eingetragene gelöſcht und daß er an deſſen Stelle als Eigentümer eingetragen wird. Erlangt ein Dritter die Eintragung als Eigentümer oder die Eintragung eines Widerſpruchs erſt nach Erlaß des Ausſchlußurteils, ſo wirkt dieſes gegen ihn, wie ſich aus § 927 Abſ. 3 p. argum. e contr. ergibt, obwohl der Aneignungsberechtigte Eigentum erſt durch die Eintragung erlangt. Ob dieſe Wirkung juriſtiſch damit zu erklären iſt, daß das im Werden begriffene Eigentum des Aneignungsberechtigten dem fertigen Eigentum gleichgeſtellt wird und daher § 894 Anwendung findet (Planck Nr. 7 zu § 927), oder damit, daß das Ausſchlußurteil wie ein geſetzliches Veräußerungsverbot (§ 135 Abſ. 2) wirkt (Fuchs 1 Nr. 6 bb zu § 927), iſt zweifelhaft. Die letzte Anſicht möchte vorzuziehen ſein. Die praktiſche Bedeutung der Kontroverſe liegt in der Frage, ob der Aneignungsberechtigte ſein Recht durch Eintragung eines Widerſpruchs gegen gutgläubige Erwerber ſichern kann. Abgeſehen aber davon, daß bei Annahme der Fuchsſchen Anſicht die Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung zuläſſig erſcheint, hat die Streitfrage keine große Bedeutung, da zwiſchen Erlaſſung und Ausfertigung des Ausſchlußurteils in der Regel kein erheblicher Zeitraum liegt und der Aneignungsberechtigte ſeine definitive Eintragung alsbald erlangen kann. — Kenntnis vom Ausſchlußurteile ſchließt den guten Glauben aus.

Selbſtverſtändlich wirkt die Ausſchließung nicht gegen Perſonen, deren Recht im Urteile vorbehalten iſt. Begrenzte Rechte Dritter am Grundſtücke werden durch das Aufgebotsverfahren nicht berührt. Solche Realberechtigte machen ihre Rechte bis zum Erlaſſe des Ausſchlußurteils gegen den eingetragenen bisherigen Eigentümer, nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten gegen dieſen geltend. Die Frage, ob ihnen für die kurze Zwiſchenzeit die §§ 58, 787 ZPO. analog zur Seite ſtehen, wird kaum praktiſch werden. Sie würde gegen Planck (Nr. 8 zu § 927) und Biermann (Nr. 3 zu § 927) zu verneinen ſein (wie hier Oberneck 1 S. 481).

V. Die Beſtimmungen des § 927 finden auch auf das Miteigentum nach Bruchteilen Anwendung (BGB. § 1008). Es kann auch der Anteil eines Miteigentümers am Grundſtück aufgeboten werden. Aneignungsberechtigt iſt, wer das Ausſchlußurteil erwirkt hat; eine Beſtimmung, daß der Anteil den anderen Miteigentümern anwachſe, iſt von der 2. Komm. in Übereinſtimmung mit dem Entw. I abgelehnt (Mot. III S. 442; Prot. III S. 280).

VI. Das Aufgebotsverfahren iſt in der ZPO. geregelt. Außer den allgemeinen Beſtimmungen in den §§ 946—959 kommen die §§ 977—981 in Betracht. Nach § 978 iſt das Gericht zuſtändig, in deſſen Bezirke das Grundſtück belegen iſt. Unter dem Gericht iſt nach § 23 GVG. das Amtsgericht zu verſtehen. Antragsberechtigt iſt nach § 979 ZPO., wer das Grundſtück ſeit der im § 927 BGB. beſtimmten Zeit im Eigenbeſitze hat. Der Antragſteller hat nach § 980 ZPO. die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatſachen vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen. Der Tod des eingetragenen Eigentümers wird durch Vorlegung der Sterbeurkunde, die Verſchollenheit insbeſondere durch Vorlegung des im § 970 ZPO. erwähnten Urteils, aber auch auf andere Weiſe (ZPO. § 294) glaubhaft gemacht (ſo auch Biermann Nr. 2 zu § 927). Nach § 981 iſt im Aufgebote der bisherige Eigentümer aufzufordern, ſein Recht ſpäteſtens im Aufgebotstermin anzumelden, widrigenfalls ſeine Ausſchließung erfolgen werde.

Nach § 1024 ZPO. können die Landesgeſetze bei dem Aufgebote, das auf Grund des § 927 ZPO. erfolgt, die Art der Veröffentlichung des Aufgebots und des Ausſchlußurteils ſowie die Aufgebotsfriſt anders beſtimmen, als in den §§ 948, 950, 956 ZPO. vorgeſchrieben iſt. Preußen hat von dieſem Vorbehalte Gebrauch gemacht im AG. z. ReichsG., betr. Änderungen der ZPO., Art. 1 Nr. IV § 21, 20.

VII. Auf Grundſtücke in Bezirken, für die das Grundbuch noch nicht als angelegt anzuſehen iſt, findet § 927 keine Anwendung (EG. z. BGB. Art. 189 Abſ. 1); in allen anderen Fällen findet er ſofort und nicht etwa erſt nach Ablauf von dreißig Jahren ſeit

dem 1. Januar 1900 oder gar seit Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts Anwendung (RG. Gruch. 44 S. 865), d. h. die Besitzzeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes ist anzurechnen.

§ 928.

Das Eigentum an einem Grundstücke kann dadurch aufgegeben werden, daß der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt.

1. Im Einklange mit dem bisher. Rechte (z. B. PALR. I 9 § 15, II 16 § 12) eröffnet das BGB. dem Eigentümer eines Grundstücks die Möglichkeit, das Eigentum aufzugeben, ohne es auf einen anderen zu übertragen (Dereliktion). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß es in Fällen, wenn das Grundstück infolge von Krieg oder elementaren Ereignissen so entwertet ist, daß es keinen oder doch nur einen die Lasten nicht deckenden Ertrag abwirft, eine ungerechtfertigte Härte wäre, wenn das Gesetz den Eigentümer nötigte, nach wie vor die Funktionen eines solchen zu versehen (Mot. III S. 324).

2. Nach dem römischen Rechte und nach dem PALR. I 9 § 16 ist es Erfordernis der Dereliktion, daß der Eigentümer seinen Willen, sich des Eigentums zu entschlagen, durch Aufgeben des Besitzes kund gegeben hat. Der in den Mot. III S. 325 angezogene Art. 539 code civ. enthält über die Erfordernisse der Dereliktion überhaupt nichts. Zur Eintragung in das Grundbuch führte die Dereliktion nach bisher. Rechte nicht (KG. JW. 9 S. 71; Turnau I S. 27 Anm. 5).

Das BGB. hat die Frage anders geregelt. Nach § 875 ist zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder dem gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Der § 928 schreibt „ein anderes" insofern vor, als der Verzicht auf das Eigentum nur dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden kann und als nicht Löschung des Rechtes, sondern Eintragung des Verzichts erfolgt. Die erste Abweichung ist dadurch geboten, daß der Verzicht im Falle der Dereliktion begrifflich nicht zugunsten eines anderen erklärt werden kann. — Der Verzicht wird in Preußen in Abt. I Spalte 3 eingetragen (AVf. v. 20. November 1899 § 10 Nr. 3).

Zur Begründung dieser Regelung und ihrer Abweichung vom bisher. Rechte führen die Mot. III S. 325 aus: „Die Dereliktion ist ihrem Begriffe nach der einseitige Verzicht auf das Eigentum. Hierdurch unterscheidet sie sich von dem in der Auflassung enthaltenen Verzichte, da dieser vom Eigentümer nur wirksam erklärt werden kann, wenn er vom Erwerber angenommen wird. . . . Es wäre nicht angemessen, wenn das Gesetz, während es zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ein Aufgeben des Besitzes nicht fordert, dieses Erfordernis für die Dereliktion aufstellen wollte. Das Eigentum wäre nicht genügend geschützt, wenn es schon dadurch verloren gehen könnte, daß der Eigentümer den Entschluß, sich seines Rechtes zu entäußern, durch sein tatsächliches Verhalten gegenüber dem Grundstücke bekundet." (Vgl. Prot. III S. 185.) Die im § 928 Abs. 1 getroffene Regelung entzieht die Frage, ob Dereliktion vorliege, jedem Zweifel. Unwiderruflich wird der Verzicht sofort mit der Abgabe der Erklärung dem Grundbuchamte gegenüber (§ 875 Abs. 2; vgl. Ber. der ReichstKomm. S. 125). Er ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, auf das § 130 und die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Er kann also nur von willens- und geschäftsfähigen Personen erklärt werden. Voraussetzung ist auch, daß der Erklärende zur Verfügung über

das Grundstück berechtigt ist. Befugt zum Verzicht ist nur der eingetragene Eigentümer (GBO. § 40) oder nach § 41 das. sein Erbe. Der Verzicht, der nur gegenüber, nicht vor dem Grundbuchamt erklärt zu werden braucht, ist zwar an die Beobachtung irgend einer Form nicht gebunden, aber der Grundbuchrichter soll ihn nur eintragen, wenn die Formen des § 29 GBO. gewahrt sind. Die Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen machen ihn nach herrschender Ansicht nicht ungültig (Fuchs Nr. 2c, Planck Nr. 2a α, Biermann Nr. 1 zu § 928). — Die Eintragung des Verzichts erfolgt ordnungsmäßig nur auf Antrag (GBO. § 13). Die Annahme, daß in der Verzichterklärung ohne weiteres auch der Antrag enthalten sei (Planck Nr. 2b zu § 928), erscheint nicht richtig. Sie würde auf alle eintragungsbedürftigen Erklärungen passen und dann § 13 GBO. ohne Bedeutung sein (wie hier Fuchs Nr. 2e zu § 928). Übrigens enthält § 13 nur eine Ordnungsvorschrift und Eintragungen sind nicht schon deshalb unwirksam, weil es an einem Antrage fehlt (vgl. Bd II Anm. 4 zu § 13 BGB.).

Wird das Eigentum nur tatsächlich, d. h. ohne Verzichterklärung aufgehoben, so findet nicht § 928, sondern § 927 BGB. Anwendung.

3. Ist der Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und in das Grundbuch eingetragen, so erlischt das bisherige Eigentum. Das Grundstück wird mit allen seinen wesentlichen Bestandteilen und mit den dem Verzichtenden gehörigen unwesentlichen Bestandteilen herrenlos und würde, wenn keine besonderen Vorschriften beständen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Aneignung des zuerst Kommenden (des primus occupans) anheimfallen. Diese Lösung war jedoch schon den meisten in Deutschland bisher geltenden Gesetzgebungen fremd. Nach PALR. II 16 §§ 8, 12 stand nur dem Staate das Aneignungsrecht zu, und nach code civ. Art. 539 erlangte der Staat das Eigentum ohne Besitzergreifung durch die Dereliktion. Das BGB. folgt dem PALR., indem es in § 928 Abs. 2 Satz 1 das Recht zur Aneignung nur dem Fiskus des Bundesstaats einräumt, in dessen Gebiete das aufgegebene Grundstück liegt. Es soll damit das Recht des primus occupans reichsrechtlich beseitigt und in den Landesteilen, wo bisher überhaupt noch keine Bestimmung bestand, das Okkupationsrecht des Fiskus neu eingeführt werden (Prot. III S. 188). Es sind jedoch durch Art. 129 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach das Recht zur Aneignung eines nach § 928 BGB. aufgegebenen Grundstücks an Stelle des Fiskus einer bestimmte anderen Person zusteht, aufrecht erhalten. Auch für die Zukunft ist damit der Landesgesetzgebung der nötige Spielraum gelassen (Art. 3 das.). In Preußen bestehen bisher derartige allgemeine Vorschriften nicht; nach örtlichem (Weichbilds-) Rechte gehören den Städten die innerhalb ihrer Flurgrenzen belegenen Grundstücke, die keinem anderen aus besonderem Titel gehören (OTrib. Simon u. Strampf Rsp. 1 S. 238); nach der KabO. v. 14. März 1825 sollen in der Rheinprovinz und in Westfalen Parzellen, die sich bei der Katastervermessung als herrenlos erweisen, den Gemeinden überwiesen werden, in deren Feldmark sie liegen (v. Kamptz Ann. 9 S. 605) und nach dem G. v. 21. Januar 1839 § 14 sind daselbst Grundstücke, die keinen Herrn haben, oder von ihrem Eigentümer aufgegeben oder verlassen sind, in das Kataster auf den Namen der Gemeinden, in deren Feldmark sie liegen, oder, wenn diese die Annahme ablehnen, als Eigentum des Staats einzutragen. Nach dem westpreuß. ProvR. v. 19. April 1844 § 77 fallen herrenlose und verlassene Grundstücke innerhalb der Grenzen eines adligen Gutes dem Gutsherrn anheim; nach dem EG. v. 16. Februar 1857 (GS. S. 87) Art. X § 4 fallen herrenlos gewordene Sachen und Grundstücke, sowie erbloße Verlassenschaften in dem 1807 unter preuß. Herrschaft verbliebenen Teile des alten Danziger Gebiets dem Fiskus, im übrigen Gebiete der Kämmerei der Stadt Danzig zu; nach schles. Auenrechte endlich haben die Rittergutsbesitzer das Aneignungsrecht an den herrenlosen Grundstücken in der Feldmark (Dernburg PPrivR. 1 § 228 Anm. 11).

Zubehör wird nach § 959 nur dadurch herrenlos, daß der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz aufgibt.

Der Fiskus kann sein Aneignungsrecht anderen abtreten. Tut er es, dann okkupiert der andere an seiner Stelle und es ist Auflassung nicht erforderlich. Ist der Fiskus aber schon nach § 928 Abs. 2 Satz 2 als Eigentümer eingetragen, dann bedarf es zum Eigentumserwerbe des anderen der Auflassung und Eintragung.

4. Die Erwerbung ist ein sachenrechtliches Geschäft. Sie wird durch § 928 Abs. 2 Satz 2 geregelt. Das Eigentum geht nicht ohne oder gegen den Willen des nach dem Gesetze zur Aneignung Berechtigten auf diesen über. Wie es für den bisherigen Eigentümer eine Härte wäre, wenn er das über seinen Wert belastete Grundstück behalten müßte, so auch für den Aneignungsberechtigten, wenn ihm das Eigentum daran ohne oder wider seinen Willen zugewiesen würde. Demgemäß macht § 928 Abs. 2 Satz 2 den Eigentumserwerb davon abhängig, daß der Aneignungsberechtigte sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt. Die Eintragung ist auch dann erforderlich, wenn der Aneignungsberechtigte nach § 90 GBO. dem Buchungszwange nicht unterliegt (a. M. Dernburg SR. § 95 Nr. III, wie hier Biermann Nr. 5 zu § 928 u. Gierke SR. S. 448 Anm. 13). Es entspricht dem Standpunkte des BGB. in den §§ 873 ff., die Vollendung der Erwerbung des aufgegebenen Eigentums von der Eintragung in das Grundbuch abhängig zu machen. Das Grundbuchamt hat, wenn der zur Erwerbung Berechtigte seine Eintragung als Eigentümer beantragt, diese Eintragung zu bewirken. Der Antrag ist, anders als im Falle des § 927, nicht bloß die formelle Voraussetzung für die Tätigkeit der Behörde (GBO. § 13), sondern zugleich das unter den allgemeinen Regeln der §§ 104 ff. BGB. stehende einseitige Rechtsgeschäft, durch das der Antragsteller unter Hinzutritt der Eintragung das Eigentum erwirbt. (Mot. III S. 326.) Ein Antrag, den Erwerb auch auf das Zubehör zu erstrecken, wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 186). Der Antrag ist an keine Form gebunden, doch ist § 29 GBO. zu beobachten. Der Antrag ist unwiderruflich.

5. Art. 190 EG. z. BGB. bestimmt:

Das nach § 928 Abs. 2 BGB. dem Fiskus zustehende Aneignungsrecht erstreckt sich auf alle Grundstücke, die zu der Zeit herrenlos sind, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Die Vorschrift des Art. 129 findet entsprechende Anwendung.

Der § 928 setzt gebuchte Grundstücke voraus. Ergibt sich bei der Anlegung der Grundbücher, daß ein Grundstück herrenlos ist, also nicht eingetragen werden kann, so ist der Fiskus mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch nach Art. 186 EG. z. BGB. als angelegt anzusehen ist, berechtigt, seine Eintragung als Eigentümer bei Anlegung des Grundbuchblatts zu veranlassen. Hier ist also Verzicht nicht Voraussetzung des Erwerbes (Prot. III S. 189). Zur Eintragung des Aneignungsberechtigten bedarf es nur des Nachweises der Herrenlosigkeit in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form. Ist bei Anlegung des Grundbuchs die Eintragung eines nicht herrenlosen Grundstücks übersehen, so muß der Erklärung des Verzichts die nachträgliche Eintragung vorausgehen (Ber. der RTKomm. S. 126). Dasselbe gilt für buchungsfreie Grundstücke.

6. Wenn das aufgegebene Eigentum auf den Aneignungsberechtigten nicht kraft Gesetzes übergeht, so bedarf es einer besonderen Regelung des Verhältnisses für die Zwischenzeit zur Wahrung des Interesses derer, die ein Recht an dem Grundstücke geltend machen können und wollen (z. B. des Vormerkungsgläubigers, Hypothekengläubigers, des Reallastberechtigten, eines nicht eingetragenen Eigentümers, dessen, der die Gestattung eines Notwegs zu beanspruchen hat, ꝛc.). Alle diese dürfen in der Zwischenzeit nicht in der Verfolgung ihrer durch den Verzicht und die Aneignung nicht berührten Rechte gehindert werden. Um dem vorzubeugen, schreibt § 58 ZPO. [1]) vor:

[1]) Die Bestimmungen der §§ 58, 787 ZPO. sind auf den Fall des § 927 BGB. entsprechend anzuwenden (Planck Nr. 8 zu § 927, Gierke SR. S. 464 Anm. 88).

Soll ein Recht an einem Grundstücke, das von dem bisherigen Eigentümer nach § 928 BGB. aufgegeben und von dem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben worden ist, im Wege der Klage geltend gemacht werden, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts auf Antrag einen Vertreter zu bestellen, welchem bis zur Eintragung eines neuen Eigentümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit obliegt.

Die gegen den Vertreter ergangenen Entscheidungen wirken auch gegen den demnächstigen Eigentümer.

Eine entsprechende Bestimmung für das Zwangsvollstreckungsverfahren trifft § 787 ZPO.:

Soll durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an einem Grundstücke, das von dem bisherigen Eigentümer nach § 928 BGB. aufgegeben und von dem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben worden ist, geltend gemacht werden, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag einen Vertreter zu bestellen, dem bis zur Eintragung eines neuen Eigentümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt.

Der § 17 ZVG., wonach die Zwangsvollstreckung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist, findet gegenüber dieser Sondervorschrift keine Anwendung (Fuchs Nr. 4, Biermann Nr. 2 zu § 928).

Die Kosten der Vertretung hat der Antragsteller vorzuschießen. Siegt er im Prozeß, so kann er sowohl die Vertretungs- als auch die Prozeßkosten aus dem Grundstücke beitreiben. Im Urteilssatze werden in diesem Falle die Kosten dem vertretenen Eigentümer aufzuerlegen sein.

7. Wie das Alleineigentum, so kann auch das *Miteigentum* an einem Grundstücke nach Bruchteilen (nicht auch das zur gesamten Hand) nach § 928 aufgegeben werden (Prot. III S. 280). Ein Anwachsungsrecht der Miteigentümer kennt das BGB. nicht; es steht aber jedem Miteigentümer ein Sondereigentum an einem ideellen Grundstücksteile zu (Gierke SR. S. 48).

8. Über die Dereliktion von Kuxen des älteren Rechtes vgl. Anm. 5 S. 454.)

9. Die Vorschriften des § 928 finden keine Anwendung auf das *Erbbaurecht* und andere (landesgesetzlichen) *selbständigen Gerechtigkeiten*, sondern wenn auf solche Rechte verzichtet wird, tritt Konsolidation mit dem Eigentum am Grundstück ein, d. h. die das Eigentum beschränkenden Gerechtigkeiten gehen unter, das Eigentum wird von ihnen frei. Das *Bergwerkseigentum* wird durch Verzicht und nachfolgenden Beschluß des Oberbergamts völlig aufgehoben (PBergG. §§ 161, 162; vgl. PAG. z. GBO. Art. 25, 26).

10. § 928 findet keine Anwendung auf Grundstücke, für die das Liegenschaftsrecht noch nicht gilt (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1). Dagegen gilt er für noch nicht gebuchte Grundstücke in Bezirken, wo das Grundbuch als angelegt gilt, und für buchungsfreie Grundstücke (Planck Nr. 11 zu § 928, Gierke SR. S. 464 Anm. 86).

11. Persönliche Ansprüche auf Einräumung eines Rechtes am Grundstücke werden durch den Verzicht nicht berührt. Gegen den eingetragenen Aneignungsberechtigten können sie nur geltend gemacht werden, wenn sie durch Vormerkung (BGB. § 883) oder durch ein Veräußerungsverbot (§ 888) gesichert sind. Dann aber werden die §§ 58, 787 ZPO, analog anzuwenden sein. Der Verzicht ist eine Verfügung, die der Vormerkung gegenüber nach § 888 Abs. 2 BGB. unwirksam ist (Seckler S. 179).

12. Durch das Aufgeben des Besitzes im Falle des § 303 BGB. geht das Eigentum nicht verloren (Gierke SR. S. 463 Anm. 84).

Dritter Titel.

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

§ 929. Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

§ 930. Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

§ 931. Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

§ 932. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

§ 933. Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

§ 934. Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

§ 935. Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

§ 936. Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht.

Die §§ 929—936 handeln von der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen. Sie kommen für das Liegenschaftsrecht wegen der beweglichen Sachen, die Zubehör eines Grundstücks bilden und in mehrfacher Hinsicht dessen rechtliche Schicksale teilen, umsomehr in Betracht, als § 926 Abs. 2 ausdrücklich auf die §§ 932—936 verweist. Es läßt

sich danach eine kurze Besprechung dieser Vorschriften nicht umgehen; doch wird sie sich möglichst auf die Untersuchung beschränken, inwieweit die §§ 932—936 infolge der Modifikationen im § 926 Abs. 2 auf den Erwerb von Zubehörstücken Anwendung leiden.

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist Übergabe und Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich (§ 929 Satz 1). Die Einigung liegt, soweit Zubehörstücke in Frage kommen, in der Auflassung des Grundstücks, falls nicht besondere Vereinbarungen oder sonstige Umstände vorliegen, aus denen zu entnehmen ist, daß die Einigung über die Übertragung des Eigentums am Grundstücke die Zubehörstücke nicht hat mitumfassen sollen (§ 926 Abs. 1). Gehören die ausdrücklich oder stillschweigend mit veräußerten Zubehörstücke dem Eigentümer des Grundstücks, so geht das Eigentum an ihnen ohne Übergabe mit dem Eigentum am Grundstück auf den Erwerber des letzten über. Zubehörstücke, die zur Zeit des Übergangs des Eigentums am Grundstücke dem Veräußerer nicht gehören, gehen dagegen mit der Auflassung und Eintragung auf den Grundstückserwerber auch dann nicht über, wenn dieser sich zur Zeit der Auflassung in gutem Glauben befindet, sondern es ist erforderlich, daß der Erwerber des Grundstücks den Besitz der Zubehörstücke auf Grund der Veräußerung erlangt und daß er sich zur Zeit der Besitzerlangung in gutem Glauben befindet (§ 926 Abs. 2). Nach § 929 Satz 2 bedarf es keiner Übergabe, sondern genügt die Einigung, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist (brevi manu traditio). Handelt es sich um eine dem Veräußerer nicht gehörige Sache, so ist zum Eigentumserwerbe ferner erforderlich, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2). Der gute Glaube muß in diesem Falle zur Zeit der Einigung über den Eigentumsübergang vorhanden sein (Prot. III S. 210). Nach der besonderen Vorschrift des § 926 Abs. 2 ist zwar für den guten Glauben die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend, da aber diese Gesetzesstelle einen Besitz erfordert, der auf Grund der Veräußerung (der Auflassung) erlangt ist, liegt auch hier keine Abschwächung der Regel, daß der gute Glaube zur Zeit der Einigung vorhanden sein müsse, vor, sondern eine Verschärfung dahin, daß guter Glaube zu einer nach der Einigung liegenden Zeit erforderlich ist (a. M. Planck Nr. 3 a zu § 926).

Nach § 930 kann die Übergabe durch Besitzvertretung (constitutum possessorium) ersetzt werden. Voraussetzung ist jedoch ein Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der bisherige Besitzer den mittelbaren Besitz dem Erwerber überträgt (RG. E. 35 S. 252). Handelt es sich um eine Sache, die dem Veräußerer nicht gehört, so wird der Erwerber nach § 933 nur durch Übergabe seitens des Veräußerers Eigentümer, vorausgesetzt, daß er zur Zeit der Übergabe in gutem Glauben ist. Beim Vorliegen einer Besitzvertretung braucht der dingliche Vertrag, die Einigung, nicht wiederholt zu werden, sondern die bloße Herausgabe der Sache seitens des Veräußerers an den Erwerber genügt (Mot. III S. 345). Übereinstimmend mit § 926 Abs. 2 verlangt § 933 guten Glauben zur Zeit der Erlangung des unmittelbaren Besitzes (Prot. III S. 218).

Nach § 931 kann, wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. § 934 bestimmt für diesen Fall, daß der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, andernfalls dann Eigentümer wird, wenn er den Besitz der Sache vom Dritten erlangt, falls er zur Zeit der Abtretung oder der Besitzerlangung in gutem Glauben ist. Das gilt auch für den Fall des § 926 Abs. 2.

Der Begriff des guten Glaubens ist im § 932 Abs. 2 negativ bestimmt.

§ 935 Abs. 1 findet ohne jede Modifikation auch im Falle des § 926 Anwendung; ebenso § 936, der den Fall behandelt, daß die Sache zwar dem Veräußerer gehört, aber mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

Über den Erwerb der dem Schuldner nicht gehörigen Zubehörstücke im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks vgl. Anm. II 2 a S. 39.

Wer behauptet, daß der Erwerber zur erheblichen Zeit nicht in gutem Glauben gewesen sei, hat dies zu beweisen (Prot. III S. 207 und 212). Dies ergibt sich klar aus der Fassung des § 932 Satz 1 („es sei denn, daß") und des § 936 Abs. 2 („Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn").

II. Ersitzung.

§ 937. Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).

Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.

§ 938. Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe.

§ 939. Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen.

§ 940. Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen.

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat.

§ 941. Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209 bis 212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung.

§ 942. Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen.

§ 943. Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten.

§ 944. Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten.

§ 945. Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist oder ihr Bestehen später erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. zu § 900 BGB. S. 314 ff.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946.

Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache.

Vgl. Anm. 11 S. 29 f. Wer die Verbindung vorgenommen hat, ist gleichgültig; sie muß aber eine feste und dauernde sein.

§ 947.

Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.

§ 948.

Werden bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung.

Der Untrennbarkeit ſteht es gleich, wenn die Trennung der vermiſchten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Koſten verbunden ſein würde.

§ 949.

Erliſcht nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, ſo erlöſchen auch die ſonſtigen an der Sache beſtehenden Rechte. Erwirbt der Eigentümer der belaſteten Sache Miteigentum, ſo beſtehen die Rechte an dem Anteile fort, der an die Stelle der Sache tritt. Wird der Eigentümer der belaſteten Sache Alleineigentümer, ſo erſtrecken ſich die Rechte auf die hinzutretende Sache.

Vgl. Anm. 11. S. 29 f.

§ 950.

Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herſtellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, ſofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer iſt als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.

Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöſchen die an dem Stoffe beſtehenden Rechte.

§ 951.

Wer infolge der Vorſchriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverluſt erleidet, kann von demjenigen, zu deſſen Gunſten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorſchriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes kann nicht verlangt werden.

Die Vorſchriften über die Verpflichtung zum Schadenerſatze wegen unerlaubter Handlungen ſowie die Vorſchriften über den Erſatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung bleiben unberührt. In den Fällen der §§ 946, 947 iſt die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Beſitzers gegenüber dem Eigentümer geltenden Vorſchriften auch dann zuläſſig, wenn die Verbindung nicht von dem Beſitzer der Hauptſache bewirkt worden iſt.

Vgl. Anm. 11 S. 29 f. Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundſtück in dauernde feſte Verbindung gebracht dergeſtalt, daß ſie weſentlicher Beſtandteil des Grundſtücks wird (§§ 946, 93—95), ſo iſt der Rechtsverluſt, den der bisherige Eigentümer (§ 946) oder der ſonſt an der beweglichen Sache Berechtigte (§ 949) erleidet, vom Eigentümer des Grundſtücks in Geld nach den Vorſchriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zu entſchädigen. Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes kann nicht verlangt werden, falls ſich die Verbindung nicht als eine dem Grundſtückseigentümer zur Laſt fallende unerlaubte Handlung darſtellt.

Weigert ſich der Grundſtückseigentümer in dem Falle, wenn die Verbindung nicht auf einer unerlaubten Handlung beruht, den früheren Eigentümer der beweglichen Sache in Geld zu entſchädigen, ſo kann dieſer die bewegliche Sache abtrennen und ſich wieder aneignen, es ſei denn, daß die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindeſtens der Wert erſetzt wird, den der Beſtandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde (§§ 951 Abſ. 2, 997).

§ 952.

Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgeſtellten Schuldſcheine ſteht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erſtreckt ſich auf den Schuldſchein.

Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.

1. Während das Inhaberpapier als Träger der in ihm verbrieften Forderung unbezweifelt selbständige Wert- und Sachbedeutung hat, ist in der neueren Lehre und Rechtsprechung die Meinung immer mehr zur Herrschaft gelangt, daß Urkunden, die über eine auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lautende Forderung ausgestellt sind, insbesondere Schuldscheine und Hypothekenbriefe, dem Gläubigerrechte folgen. Das Verhältnis der Urkunde zur Forderung wurde als das eines Zubehörs zur Hauptsache aufgefaßt (OTrib. Arch. 47 S. 149, Bd 70 S. 312, 314, Bd 99 S. 96, Gruch. 22 S. 757; RG. E. 21 S. 364, Bd 39 S. 284, E. in StrS. 7 S. 364, Gruch. 47 S. 955). Nicht gegen den Grundsatz, sondern nur gegen seine Konstruktion wandte sich die neuere Wissenschaft mit dem zutreffenden Einwande, daß der Zubehörbegriff nur auf das Verhältnis von Sachen zu Sachen angewendet werden könne (Unger I § 55 S. 437, 457 A. 70; Kohler, Jherings J. 26 S. 124, 126). Dies ist im BGB., abgesehen von der nur scheinbaren Ausnahme für das Erbbaurecht, ausdrücklich ausgesprochen (§ 97 Abs. 1; vgl. Prot. III S. 645). Den so geklärten Rechtssatz hat das BGB. anerkannt. Der § 1109 Abs. 1 Entw. I beschränkte ihn auf Hypothekenbriefe, indem er vorschrieb: „Das Eigentum an dem Hypothekenbriefe steht dem jeweiligen Gläubiger zu; es ist untrennbar mit dem Hypothekenrechte verbunden." In den Mot. III S. 744 wird ausgeführt, daß der Brief als körperliche Sache unzweifelhaft Gegenstand des Eigentums sei, daß aber Eigentümer nur der Gläubiger sein könne, weil der Brief einzig und allein die Bestimmung habe, den Zwecken der Hypothek zu dienen. Deshalb führe, wie auch in der Rechtsprechung anerkannt sei (OTrib. Gruch. 22 S. 757), die Rechtslogik notwendig dahin, einem von der Hypothek unabhängigen Rechte am Briefe die Anerkennung zu versagen. Es wird zugegeben, daß der Rechtssatz auf alle Schuldurkunden mit benanntem Gläubiger passe, aber das Bedürfnis zu einer allgemeineren Fassung der Vorschrift verneint und auf analoge Anwendung verwiesen.

Die 2. Komm. hielt dagegen die allgemeine Fassung für notwendig, weil sonst die Schlußfolgerung möglich sei, daß jener Rechtssatz auf Schuldscheine keine Anwendung finde. Der § 1109 Abs. 1 Entw. I gestatte nur insoweit nicht eine Ausdehnung auf Schuldscheine, als er die Verbindung zwischen dem Rechte und der Urkunde für untrennbar erkläre. Es müsse aber unter Umständen möglich sein, an einer Schuldurkunde, wenn diese z. B. als Autogramm selbständigen Wert habe, ein von dem Gläubigerrechte getrenntes Eigentum oder sonstiges Recht zu begründen; man müsse sich daher mit Aufstellung einer dispositiven Vorschrift begnügen (Prot. III S. 644). Auf Grund dieser Erwägungen wurde die allgemeine Regel im § 952 Abs. 1 BGB. für den Schuldschein über eine Forderung aufgestellt und im Abs. 2 auf andere Urkunden, insbesondere auf Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe ausgedehnt.

II. Die im § 952 bezeichneten Urkunden teilen das Schicksal der in ihnen verbrieften Forderungen. Sie haben keine selbständige Bedeutung. Einzelne Folgerungen daraus sind:

1. Die Urkunden unterliegen nicht dem Erwerbe durch Verarbeitung, z. B. durch Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren ꝛc. (§ 950 BGB.). Der Gläubiger ist Eigentümer und kann die verarbeitete Urkunde von jedem Besitzer mit der dinglichen Klage herausfordern, insbesondere Aussonderung aus der Konkursmasse des Besitzers verlangen (Mot. III S. 745). Dagegen geht das etwaige fremde Eigentum an dem zur Herstellung der Urkunde verwendeten Papier allerdings zugunsten des Gläubigers unter.

2. Der Gläubiger wird Eigentümer, sobald die Urkunde ausgestellt ist, nicht erst mit der Übergabe des Papiers. Die §§ 929—931, 986 Abs. 2 BGB. finden keine Anwendung (RG. E. 51 S. 88). Der Hypothekenbrief ist ausgestellt, wenn er mit der Unterschrift des Richters und des Gerichtsschreibers und mit dem Siegel versehen ist (GBO. § 56; PAG. dazu Art. 7 Abs. 1). Das Eigentum des Gläubigers entsteht und endigt mit seiner Gläubigerschaft. Gläubiger der Hypothek, wofür von vornherein ein Brief erteilt ist, ist zunächst der Eigentümer des Pfandgrundstücks (BGB. § 1163 Abs. 2). Der im Briefe bezeichnete Gläubiger erlangt die Eigenschaft eines solchen und damit ein dingliches Recht am Briefe (RG. V 442. 04) in der Regel erst dadurch, daß ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben (BGB. § 1117 Abs. 1) oder daß zwischen beiden eine der Formvorschrift des § 29 Satz 1 GBO. genügende Vereinbarung getroffen wird, wonach der

Gläubiger berechtigt ſein ſoll, ſich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu laſſen (GBO. § 60 Abſ. 2; BGB. § 1117 Abſ. 2). Kommt die Forderung, für die eine Briefhypothek beſtellt iſt, nicht zur Entſtehung, ſo ſteht die Hypothek nach § 1163 Abſ. 1 Satz 1 BGB. dem Eigentümer zu. Er iſt nach § 952 auch Eigentümer des Briefes, ſelbſt wenn er dieſen dem als Gläubiger Eingetragenen übergeben hat. Er kann die Herausgabe des Briefes nach § 895 verlangen. Kommt eine ſolche Forderung nur zum Teil zur Entſtehung, ſo ſind der Grundſtückseigentümer und der Gläubiger Miteigentümer des Briefes zu dem ſich aus dem Hypothekenteil ergebenden Bruchteile. Jeder von ihnen kann Aufhebung dieſer Gemeinſchaft nach § 749 verlangen und die Aufhebung geſchieht durch Teilung in Natur (§ 752), nämlich dadurch, daß dem einen oder dem anderen ein Teilhypothekenbrief erteilt wird. Zur Berichtigung des Grundbuchs muß der Gläubiger in ſolchem Falle nach § 894 ſeine Zuſtimmung geben und zu der zu dieſem Zwecke erforderlichen Vorlegung des in ſeinem Beſitze befindlichen Hypothekenbriefes iſt er nach § 896 verpflichtet (RG. E. 59 S. 313, Bd 54 S. 111, V B 157. 05). Iſt dagegen die Erteilung des Briefes ausgeſchloſſen, ſo ſteht dem Gläubiger die Hypothek nach BGB. § 873 ſchon von der Eintragung an zu und daher wird er Eigentümer eines nachträglich gebildeten Hypothekenbriefs ſchon mit deſſen Ausſtellung, nicht erſt mit der Übergabe oder Aushändigung (GBO. § 60 Abſ. 1; Denkſchr. dazu S. 63). Auch in dieſem Falle können jedoch abweichende Beſtimmungen in den Formen des § 29 Satz 1 GBO. wirkſam getroffen werden.

Die Gläubigerſchaft erliſcht mit der durch die Hypothek geſicherten Forderung; der Eigentümer erwirbt die Hypothek (BGB. 1163 Abſ. 1 Satz 2). Der bisherige Gläubiger iſt verpflichtet, den Hypothekenbrief dem Eigentümer herauszugeben. Vermöge ſeiner auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhenden formalen Rechtsſtellung iſt aber der bisherige Gläubiger in der Lage, durch Abtretung der Forderung an einen gutgläubigen Dritten (BGB. § 892 Abſ. 1 Satz 1) auch die Hypothek zu übertragen (BGB. § 401 Abſ. 1, § 1153 Abſ. 1) und dadurch den Erwerb der Hypothek ſeitens des Eigentümers zu vereiteln. Der gutgläubige Dritte wird Gläubiger der Forderung und damit Eigentümer des Hypothekenbriefs. Gegen dieſe Gefahr kann ſich der Eigentümer des Pfandgrundſtücks dadurch ſchützen, daß er im Wege der einſtweiligen Verfügung nach §§ 894 ff. BGB. einen Widerſpruch eintragen läßt, deſſen Wirkung (§ 892 Abſ. 1 Satz 1 BGB.) von der Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht abhängig iſt (BGO. § 42 Abſ. 1 Satz 2).

3. Zur Abtretung einer unter Briefbildung hypothekariſch geſicherten Forderung iſt Erteilung der Abtretungserklärung in ſchriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich. Durch die bloße Abtretungserklärung erlangt der Erwerber nur einen perſönlichen Anſpruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs; Eigentümer des Briefes wird er erſt durch deſſen Übergabe (BGB. § 1154 Abſ. 1). Bis dahin iſt er noch nicht Gläubiger im Sinne des § 952. Dies gilt auch für den Fall der Teilabtretung. Wird kein Teilbrief gebildet, ſo erlangt der Teilerwerber das Miteigentum am Briefe nur durch Übergabe (§§ 929, 930 BGB.) oder durch Einräumung des Mitbeſitzes (RG. RJA. 2 S. 83). Iſt der Brief im Beſitze eines Dritten, ſo gilt der Anſpruch auf Herausgabe des Briefes nicht ohne weiteres als durch die Zeſſion der Hypothek mitabgetreten (RG. E. 54 S. 111). Iſt der bisherige Gläubiger zur Abtretung einer Briefhypothekenforderung verurteilt, ſo gilt die Übergabe des Briefes als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (ZPO. § 897 Abſ. 2). Mit dem Augenblicke der Wegnahme wird der Gläubiger Eigentümer des Briefes.

4. Iſt der Eigentümer des Pfandgrundſtücks nicht der perſönliche Schuldner, ſo geht ſoweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über (BGB. § 1143 Abſ. 1 Satz 1). Der Übergang vollzieht ſich kraft Geſetzes und iſt von der Übergabe des Hypothekenbriefs nicht abhängig. Mit der Forderung erwirbt der Eigentümer auch die Hypothek (BGB. § 1153). Er wird durch die Tatſache der Befriedigung, falls dieſe eine vollſtändige

ist, Eigentümer des Hypothekenbriefs und kann diesen aus der Konkursmasse des bisherigen Gläubigers nach § 43 KO. verlangen (BGB. § 1144). Für den Fall der nur teilweisen Befriedigung wird der Grundstückseigentümer Miteigentümer des bis dahin dem Gläubiger allein gehörigen Briefes, kann aber die Aushändigung nicht verlangen, sondern hat nur Anspruch auf Maßnahmen, die im wesentlichen eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft bedeuten (BGB. § 1145). Befriedigt der — vom Grundstückseigentümer verschiedene — persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht auf ihn nur die Hypothek, nicht die Forderung, über und auch jene nur insoweit, als er vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (BGB. § 1164 Abs. 1 Satz 1). Der § 952 findet auf diesen Fall keine Anwendung; der persönliche Schuldner wird nicht Eigentümer des Briefes, hat aber ebenfalls die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte (§ 1167). Das gleiche gilt für den Fall, wenn der Eigentümer die Hypothek dadurch erwirbt, daß der Gläubiger auf sie (nicht auch auf die Forderung) verzichtet (§ 1168 Abs. 1, 3). Vgl. auch Anm. 2 zu § 1145.

5. Nach § 952 Abs. 1 Satz 2 erstreckt sich das Recht eines Dritten *an der Forderung* auf den Schuldschein. Als Rechte, die an einer Forderung möglich sind, kennt das BGB. nur den Nießbrauch und das Pfandrecht. Dazu tritt noch das Pfändungspfandrecht. Wenn § 952 Abs. 2 allgemein sagt, das im Abs. 1 Verordnete gelte auch für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe, so ist diese Wendung, wie in dem in Anm. 3 behandelten Falle der Übertragung, so auch für die Fälle der Bestellung von Rechten an der Hypothekenforderung ꝛc bedeutungslos, weil zur *Entstehung* solcher Rechte die Übergabe des Hypotheken- ꝛc. Briefs erforderlich ist (vgl. Anm. 1 zu § 1069, Anm. 1 zu § 1274 BGB.). Ebenso ist nach § 830 ZPO. zur Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich und nach § 857 Abs. 6 ZPO. findet diese Vorschrift auf die Zwangsvollstreckung in eine Grund- oder Rentenschuld entsprechende Anwendung.

6. Infolge seiner Abhängkeit von der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld kann der Brief für sich allein nicht Gegenstand *dinglicher* Rechte sein (RG. Gruch. 47 S. 957). Ein Erwerb solcher Rechte an ihm ist auch bei gutem Glauben nicht möglich (Prot. III S. 645), wenn den Vorschriften des § 952 BGB. und der Bestimmung gegenüber, die der Brief jedem erkennbar in sich trägt, von gutgläubigem Erwerb überhaupt die Rede sein könnte. Die Vorschriften des § 932 BGB. sind unanwenddar. Die Verpfändung eines Hypothekenbriefs für sich allein hat überhaupt keine Wirkung (RG. Gruch. 49 S. 365). In den Prot. III S. 645 ist betont, daß die Vorschriften des § 952 BGB., soweit sie sich auf den Schuldschein beziehen, nur dispositiver Natur seien. Für den Hypotheken- ꝛc. Brief wird sich dasselbe nicht behaupten lassen. Der Gläubiger kann das Eigentum am Briefe, den er bei allen Veränderungen der Hypothek ꝛc. nicht entbehren kann und der bei der Löschung der Hypothek von Amts wegen unbrauchbar gemacht wird (GBO. § 69), nicht übertragen; der Dritte, dem die Hypothekenforderung im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen ist, wird dadurch, daß der Gläubiger Verfügungen zugunsten Dritter bloß über den Hypothekenbrief getroffen hat, nicht am Erwerbe der Hypothekenforderung gehindert (§§ 830, 837 Abs. 1 ZPO.), selbst wenn er die Verfügung zur Zeit der Pfändung gekannt hat. *Persönliche* Ansprüche Dritter auf den Brief sind dagegen möglich (§§ 273 Abs. 1, 986 BGB.) und können zur Abweisung der dinglichen Klage auf Herausgabe des Briefes führen, wenn sie einem *zwischen den Parteien* bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnis entstammen (Mot. III S. 746; vgl. Anm. 1 b zu § 1274).

III. Die Vorschriften des § 952 finden keine Anwendung auf *Schuldverschreibungen auf den Inhaber* (Prot. III S. 645), insbesondere nicht auf den auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbrief (BGB. § 1195), weil ein solcher Brief den Anspruch verkörpert und infolge davon selbständige Sachbedeutung hat. Auf ihn finden die Vorschriften des BGB. über den Erwerb beweglicher Sachen und von Rechten an solchen Anwendung (vgl.

Anm. 1 b zu den §§ 1292 bis 1296). Eine beſondere Vorſchrift über den Eigentumserwerb enthält § 935 Abſ. 2.

IV. In den Fällen, in denen infolge der Vereinigung der Hypothek und des Eigentums am Grundſtücke dem Eigentümer die Hypothek, aber nicht die Forderung zuſteht, kann das Eigentum am Hypothekenbriefe und an der mit ihm verbundenen Schuldurkunde (GBO. § 58) auseinanderfallen. Die Hypothek verwandelt ſich (ob auch im Falle des § 1163 Abſ. 1 Satz 1 BGB. iſt zweifelhaft) in eine Grundſchuld (BGB. § 1177 Abſ. 1). Die mit dem Briefe verbundene Schuldurkunde iſt abzutrennen und zurückzugeben (GBO. §§ 65, 69). Der Brief, auf dem die Rechtsänderung einzutragen iſt, gehört dem Grundſtückseigentümer, die Schuldurkunde, je nachdem die perſönliche Forderung beſtehen bleibt oder nicht, dem perſönlichen Gläubiger oder dem Schuldner (BGB. § 371 Satz 1). Die Forderung bleibt, abgeſehen von dem in Anm. II 4 behandelten Falle der eigentlichen Hypothek des Eigentümers, beſtehen in den Fällen der §§ 1168, 1171, 418 BGB. In allen übrigen Fällen erliſcht ſie.

IV. Erwerb von Erzeugniſſen und ſonſtigen Beſtandteilen einer Sache.

§ 953.

Erzeugniſſe und ſonſtige Beſtandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, ſoweit ſich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt.

§ 954.

Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt iſt, ſich Erzeugniſſe oder ſonſtige Beſtandteile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigentum an ihnen, unbeſchadet der Vorſchriften der §§ 955 bis 957, mit der Trennung.

§ 955.

Wer eine Sache im Eigenbeſitze hat, erwirbt das Eigentum an den Erzeugniſſen und ſonſtigen zu den Früchten der Sache gehörenden Beſtandteilen, unbeſchadet der Vorſchriften der §§ 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb iſt ausgeſchloſſen, wenn der Eigenbeſitzer nicht zum Eigenbeſitz oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt iſt und der Eigenbeſitzer bei dem Erwerbe des Eigenbeſitzes nicht in gutem Glauben iſt oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Dem Eigenbeſitzer ſteht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrecht an ihr beſitzt.

Auf den Eigenbeſitz und den ihm gleichgeſtellten Beſitz findet die Vorſchrift des § 940 Abſ. 2 entſprechende Anwendung.

§ 956.

Geſtattet der Eigentümer einem anderen, ſich Erzeugniſſe oder ſonſtige Beſtandteile der Sache anzueignen, ſo erwirbt dieſer das Eigentum an ihnen, wenn der Beſitz der Sache ihm überlaſſen iſt, mit der Trennung, anderenfalls mit der Beſitzergreifung. Iſt der Eigentümer zu der Geſtattung verpflichtet, ſo kann er ſie nicht widerrufen, ſolange ſich der andere in dem ihm überlaſſenen Beſitze der Sache befindet.

Das gleiche gilt, wenn die Geſtattung nicht von dem Eigentümer, ſondern von einem anderen ausgeht, dem Erzeugniſſe oder ſonſtige Beſtandteile einer Sache nach der Trennung gehören.

§ 957.

Die Vorschriften des § 956 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Überlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Vgl. im allgemeinen Anm. 6 S. 25. Im einzelnen ist noch zu bemerken:

1. Die Vorschrift des § 955 Abs. 1 Satz 1 findet auch zugunsten des Eigentümers Anwendung, da dieser nicht ausnahmelos die Früchte erwirbt, wenn er sich im Besitze seiner Sache befindet. Deshalb spricht Satz 1 nur davon, daß jemand eine Sache, nicht eine fremde Sache besitzt (Prot. III S. 248).

2. Nach § 955 Abs. 1 Satz 2 wird der Kenntnis vom Mangel des Rechtes beim Erwerbe des Eigenbesitzes die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleichgestellt; später aber kommt die grobe Fahrlässigkeit nicht mehr in Betracht (Prot. III S. 248).

3. Die Bezugnahme im § 955 Abs. 3 auf § 940 Abs. 2 hat den Sinn, daß dem gutgläubigen Besitzer (§ 955 Abs. 1, 2), wenn er den Besitz des Grundstücks oder des Frucht tragenden Zubehörstücks (Vieh) wider seinen Willen verloren, ihn aber binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat, die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte gehören.

4. Durch Einräumung des Besitzes des Grundstücks (§ 956) werden dem obligatorisch Berechtigten noch nicht die ungetrennten Bestandteile mit übergeben, sondern an ihnen können das Recht und der Besitz erst mit der Trennung beginnen. „Für den dinglichen Vertrag wird durch dispositiven Rechtssatz die Besonderheit bestimmt, daß die Überlassung des Grundstücks als eine Vertragsofferte zu behandeln ist, die . . . auch durch eine stillschweigende, nicht dem anderen Teile gegenüber abzugebende Willenserklärung angenommen werden kann. Es wird sodann die weitere Maßgabe hinzugefügt, daß schon die Fortsetzung des Besitzes zur Zeit der Trennung als stillschweigende Annahme zu gelten hat" (Mot. III S. 368). Die Wirksamkeit dieser sachlich bindenden Traditionsofferte wird auch durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers nicht berührt (Prot. III S. 250). Der § 956 handelt nur von dem Falle, wenn die Gestattuug auf Erwerbung des Eigentums (Aneignung) gerichtet ist; er wird aber analog anzuwenden sein, wenn der obligatorisch Berechtigte nur Pfandrecht oder Nießbrauch an den Früchten erwerben soll (Mot. III S. 367). — Widerruf der Gestattung ist wirkungslos, wenn und solange der Gestattende zur Gestattung verpflichtet und solange der andere sich in dem ihm überlassenen (also nicht eigenmächtig ergriffenen) Besitze der Sache befindet. Alles dies gilt auch im Falle des § 957. Über die Auslegung dieses § vgl. Hellmann und Harburger im Recht 1901 S. 417, 484.

V. Aneignung.

Die §§ 958—964 betreffen nur den Erwerb beweglicher Sachen.

VI. Fund.

Die §§ 965—984 betreffen gleichfalls nur den Erwerb beweglicher Sachen. Der § 984 kann hier jedoch von Interesse sein, wenn der Schatz in einem Grundstück entdeckt wird.

§ 984.

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.

Vgl. Anm. 1 zu § 1016, Anm. IV zu § 1017 und Anm. zu § 1040 BGB. Die bei der Veräußerung eines Grundstücks getroffene Abrede, durch die sich der Veräußerer die auf den Schatz bezüglichen Eigentümerrechte vorbehalten hat, ist nicht eintragungsfähig. Eine obligatorische Verpflichtung des derzeitigen Eigentümers, den etwa in seinem Grundstücke gefundenen Schatz zu dem ihm gebührenden Anteil an einen Dritten zu übertragen, wäre denkbar, ist aber von der Eintragung in das Grundbuch als Vormerkung deshalb ausgeschlossen, weil nicht der Erwerb eines Liegenschaftsrechts, sondern der Erwerb einer beweglichen Sache in Frage steht, der grundbuchmäßig nicht sichergestellt werden kann (RG. RJA. 3 S. 136).

Ist der Eigentümer in Konkurs verfallen, so gehört der im Grundstücke gefundene Schatz zur Masse (Jaeger KO. Nr. 58 zu § 1).

Vierter Titel.

Ansprüche aus dem Eigentume.

§ 985. Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

§ 986. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen.

Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.

§ 987. Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht.

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

§ 988. Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

§ 989. Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

§ 990. War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an.

Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt.

Digitized by Google

§ 991. Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

§ 992. Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

§ 993. Liegen die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben: im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadenersatze verpflichtet.

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung.

§ 994. Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.

Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 995. Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.

§ 996. Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

§ 997. Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde.

§ 998. Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.

§ 999. Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte.

Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.

§ 1000. Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

§ 1001. Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt.

§ 1002. Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

§ 1003. Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

§ 1004. Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

§ 1005. Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu.

§ 1006. Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder

sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei.

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer.

§ 1007. Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung.

I. Die §§ 985—1007 handeln von den Ansprüchen aus dem Eigentume. Abgesehen von den §§ 986 Abs. 2, 1005, 1006, 1007, die sich nur auf bewegliche Sachen beziehen, und vom § 998, der sich nur auf landwirtschaftliche Grundstücke bezieht, unterscheidet das BGB. hier nicht zwischen den Ansprüchen aus dem Eigentum an Grundstücken und denen aus dem Eigentum an beweglichen Sachen, sondern behandelt beide gleichmäßig. Da nach dem Plane dieses Werkes nur die Besonderheiten des Liegenschaftsrechts darzustellen sind, würde über die Ansprüche aus dem Eigentume ganz hinwegzugehen sein, wenn sich nicht aus anderen Bestimmungen des BGB. Besonderheiten für das Liegenschaftsrecht ergäben. Überdies scheint es angezeigt, auf Abweichungen des BGB. vom PEigG. v. 1872 aufmerksam zu machen.

II. Nach dem neuen Rechte können folgende Klagen aus dem Eigentume hergeleitet werden:

1. Die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe der Sache (BGB. § 985). Es ist die rei vindicatio des römischen Rechtes. Sie kann zweckmäßig als Eigentumsverfolgungsklage bezeichnet werden. Sie steht nur dem Eigentümer und dem Miteigentümer zu; dem Miteigentümer jedoch nur beschränkt (vgl. § 1011 mit Anm.). Die Klage ist abtretbar. Sie richtet sich gegen jeden Besitzer, gegen den unmittelbaren, den mittelbaren, den Eigenbesitzer, nicht aber gegen den Besitzdiener (Dernburg SR. § 119 Nr. 2, Biermann Nr. 2, 3 zu § 985, Dresden Rsp. 5 S. 154, Gierke Fahrnisbesitz S. 53). Das Urteil gegen den mittelbaren Besitzer wirkt dem unmittelbaren Besitzer gegenüber nur, wenn dieser den Besitz nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit erlangt hat (ZPO. §§ 325 Abs. 1, 727); das gegen den unmittelbaren Besitzer ergangene Urteil wirkt dem mittelbaren Besitzer gegenüber überhaupt nicht. Über die Benennung des mittelbaren Besitzers durch den beklagten unmittelbaren Besitzer (ZPO. § 76) vgl. S. 85. Verliert der Beklagte während des Rechtsstreits den Prozeß, so ist er nicht mehr passiv legitimiert, aber der Kläger kann nach § 268 Nr. 3 ZPO. die Eigentumsklage in eine Schadenersatzklage umwandeln. Der zur Herausgabe verurteilte Beklagte hat mit der Sache auch das dem Kläger gehörige Zubehör herauszugeben, wobei den Beklagten die Beweislast für seine Behauptung trifft, daß das Zubehör nicht Eigentum des Klägers sei (Rehbein BGB. 1 S. 86). Sein Eigentum an der Hauptsache muß jedoch der Kläger beweisen und ebenso den Besitz des Beklagten. Die Anwendungsfälle der Eigentumsverfolgungsklage sind beschränkt, weil in der Regel der Besitz vom Eigentümer auf Grund eines Rechtsgeschäfts auf einen anderen übertragen sein wird und er mit

der Klage aus dem Rechtsverhältnisse (Miete, Pacht, Leihe, Depositum usw.) leichter zum Ziele gelangt. Desto häufiger sind die Anwendungsfälle der

2. Eigentumsfreiheitsklage (BGB. § 1004), der actio negatoria des gemeinen Rechtes, die gegeben ist, wenn Beeinträchtigungen des Eigentums vorliegen, die nicht in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes bestehen. Diese Klage steht dem Eigentümer und dem Miteigentümer zu, aber daneben, wenn es sich um das Eigentum an einem Grundstücke handelt, auch gewissen am Grundstücke dinglich Berechtigten, nämlich dem Erbbauberechtigten (§ 1017) dem Dienstbarkeitsberechtigten (§§ 1027, 1090 Abs. 2) und dem Nießbraucher (§ 1065). Sie richtet sich gegen jeden, der das Eigentum in der angegebenen Weise stört, unter Umständen auch gegen den, der zwar nicht selbst stört, aber die Pflicht hat, Störungen durch andere zu verhüten. Der Hauptfall ist die Eigentumsfreiheitsklage wegen Immissionen, und daher ist diese Klage im wesentlichen S. 371 ff. Nr. 5—12 erörtert. Sie setzt nicht voraus, daß der Störer ein Recht zum Eingriffe behauptet (RG. Gruch. 45 S. 1094, V 103. 01) oder daß ihn ein Verschulden trifft. Ein Eingriff kann auch vorliegen, wenn zwar die Störung auf einem Naturereignisse beruht, aber erst menschliche Tätigkeit diese Wirkung (z. B. durch Errichtung von Anlagen) ermöglicht hat (RG. Seuff. A. 60 S. 103). Die Klage geht auf Beseitigung der Störung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auch auf Unterlassung (RG. V 620. 04). Mit Geldentschädigung (BGB. § 251 Abs. 2) braucht der Eigentümer sich nicht abspeisen zu lassen (RG. E. 51 S. 408). Die Freiheit des Eigentums wird vermutet; daher hat der Störer zu beweisen, daß der Eigentümer zur Duldung (nach Gesetz oder Rechtsgeschäft) verpflichtet ist. Eine Unterart der Eigentumsfreiheitsklage ist die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs (BGB. § 894; vgl. S. 288 f.).

3. Die Eigentumsfeststellungsklage. Sie hat ihre gesetzliche Grundlage im § 256 ZPO. (Mot. III S. 396; RG. JW. 1902 S. 68).

4. Die publizianische Klage ist nur noch in Ansehung beweglicher Sachen zulässig (S. 72).

Alle diese Klagen setzen den Nachweis des Eigentums voraus. Handelt es sich aber um Liegenschaftsrechte, so wird dieser Beweis dem Eigentümer abgenommen durch die in den §§ 891, 892 BGB. aufgestellten Vermutungen. Daraus ergeben sich für die sich auf Liegenschaftsrechte beziehenden Eigentumsklagen die im folgenden darzustellenden Besonderheiten.

III. Abweichungen von den allgemeinen Regeln, die auf die Geltendmachung der aus dem Eigentume fließenden Ansprüche Bezug haben, ergeben sich für das Liegenschaftsrecht nach dem bisherigen preuß. Rechte aus:

a. § 7 Abs. 1 EigG., wonach der eingetragene Eigentümer kraft seiner Eintragung befugt ist, alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben, und verpflichtet ist, sich auf die gegen ihn als Eigentümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen;

b. aus § 7 Abs. 2 Satz 1 das., wonach dem Beklagten gegen die Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers die Einrede der Verjährung nicht zusteht;

c. aus § 7 Abs. 2 Satz 2 das., wonach der Beklagte, wenn er vom Kläger oder dessen (Gesamt-) Rechtsvorgänger den Besitz des Grundstücks auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts erhalten hat, die aus dem Rechtsgeschäfte herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend machen kann.

d. Eine weitere Verschiedenheit wurde von der Praxis aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs hergeleitet, der nicht nur für die rechtlichen, sondern auch für die tatsächlichen Angaben des Grundbuchs in Anspruch genommen wurde. Es wurde angenommen, daß der Erwerber eines Grundstücks, dessen Blatt zur Zeit des Erwerbes auf die Grundsteuerbücher zurückgeführt war, die ihm nach § 7 EigG. zustehenden Klagerechte bezüglich aller aus dem im Grundbuche bezogenen Kataster sich ergebenden Bestandteile habe, falls der Erwerb sich durch Auflassung vollzogen hatte.

Über die nähere Gestaltung, die nach diesen Grundsätzen dem Eigentumsanspruche des Liegenschaftsrechts gegeben wurde, vgl. Turnau 1 S. 643.

IV. Von diesen Grundsätzen sind jedoch die unter III c, d erwähnten vom BGB. aufgegeben.

1. „Der leitende Gedanke", der zur Vorschrift des § 7 Abs. 2 Satz 2 EigG. führte, „war, daß die Einrede nur zu einem negativen Resultate führt, den Konflikt zwischen dem Buche und dem materiellen Rechte nicht löst, während die Klage und Widerklage ein Urteil auf Eintragung hervorruft, das den Sieger nach dem Gedanken des Gesetzes regelmäßig auch zur Berichtigung des Buches führen wird" (Hinrichs HypR. S. 242). Es wurde auch befürchtet, daß das durch eine Einrede aus obligatorischem Rechte gesicherte Recht zum Behalten der Sache zu einer Art von Eigentum sich entwickeln könnte. Das BGB. hat diese Bedenken dem allgemeinen Grundsatze gegenüber, daß, wer ein Klagerecht hat, auch durch Einrede geschützt ist, nicht für durchgreifend erachtet, sondern hat im § 986 Abs. 1 Satz 1 die sog. exceptio rei venditae et traditae ganz allgemein, auch für das Liegenschaftsrecht zugelassen (Mot. III S. 422) und diese führt, wenn ihre tatsächlichen Unterlagen (vom Beklagten) bewiesen werden, zur Abweisung der Eigentumsklage, falls nicht der Kläger die Ungültigkeit des der Einrede zugrunde liegenden Rechtstitels dartun kann (RG. V 198. 1901). Anders freilich, wenn der Konkursverwalter vindiziert; denn die Erfüllung der Forderung des obligatorisch berechtigten Besitzers ist keine Masseschuld (KO. §§ 17, 26; Mot. III S. 422).

2. Die Annahme, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auch auf seine tatsächlichen Angaben, insbesondere auf die Angaben über den Bestand des Grundstücks beziehe, läßt sich mit dem klaren Wortlaute der §§ 891, 892 BGB. nicht vereinigen und ist überdies in den Vorarbeiten zum BGB. ausdrücklich abgelehnt (vgl. S. 240 zu § 891 und S. 250 ff. zu § 892; RG. Gruch. 46 S. 1155). Dem Vindikationsbeklagten steht gegen diese Angaben stets der Gegenbeweis offen.

V. Dagegen haben die in Anm. III a, b erwähnten Grundsätze im BGB. Anerkennung gefunden.

A. Dem Buchеigentümer steht die Vermutung, daß ihm das Eigentum an dem im Grundbuche verzeichneten, im Streitfalle seiner Lage und Größe nach gemäß Anm. III zu ermittelnde Grundstück zustehe, zur Seite. Diese Vermutung kann jedoch vom wahren Eigentümer überwunden werden.

1. Ist jemand im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Eigentumsrecht zustehe (BGB. § 891 Abs. 1). Der eingetragene Eigentümer ist daher zur Vindikation kraft seiner Eintragung aktiv legitimiert (§ 985); der beklagte Besitzer des Grundstücks muß zur Abwehr des Anspruchs auf Herausgabe beweisen, daß das Eigentum des Klägers in Wahrheit nicht bestehe. Im Mobiliarsachenrechte dagegen steht umgekehrt die Vermutung des Eigentums in der Regel dem im Besitze befindlichen Beklagten zur Seite und der vindizierende Kläger muß diese Vermutung widerlegen (§ 1006 Abs. 1 Satz 1); dann erst steht ihm die Vermutung zur Seite, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei (§ 1006 Abs. 2; RG. E. 55 S. 52).

2. Die Vermutung steht nur dem eingetragenen Eigentümer zur Seite. Der nicht eingetragene Erbe muß zur Begründung der Klage nachweisen, daß er Erbe des eingetragenen Eigentümers geworden sei; dagegen braucht er nicht das Eigentum seines Erblassers nachzuweisen. Insoweit steht ihm die Vermutung aus § 891 aus der Person seines Erblassers zu.

3. § 891 steht inmitten von Vorschriften, die den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums betreffen; er lautet jedoch so allgemein, daß seine Anwendung auch auf den nicht durch ein Rechtsgeschäft vermittelten Erwerb gerechtfertigt erscheint, sofern nur der Erwerber als Eigentümer eingetragen ist. Demnach ist (wie bisher Turnau I S. 645 Anm. 3) der als Eigentümer eingetragene Erbe zur Begründung seiner Klage auf Heraus-

gabe des Grundstücks des Nachweises seines Erbfolgerechts überhoben. Handelt es sich freilich um einen Erwerb, der sich unter der Herrschaft eines Gesetzes vollzogen hat, das der Eintragung keine Beweiskraft beilegt, so ist § 891 nicht anwendbar (übereinstimmend Dernburg SR. § 48 Nr. 6, Riedner Anm. 6e zu Art. 186, Nr. 2b zu Art. 181, Nr. 2b zu Art. 184 EG. z. BGB.; a. M. Habicht S. 476, 489, Planck 6 Nr. 3b zu Art. 186 EG.). So steht die Vermutung aus § 891 zwar dem unter der Herrschaft des PEigG., nicht aber dem unter der Herrschaft der PHypO. und des PALR. eingetragenen Eigentümer zur Seite (vgl. Turnau I S. 644 Anm. 2). Im letzterwähnten Falle hat der als Eigentümer Eingetragene, wenn er rechtsgeschäftlichen Erwerb behauptet, nachzuweisen, daß er das Eigentum durch Vertrag und Übergabe erlangt habe (OTrib. E. 71 S. 243, Bd 75 S. 15, Bd 76 S. 69, Bd 78 S. 154, Arch. 96 S. 277, Bd 99 S. 62; RG. E. 4 S. 270, JW. 1892 S. 493 Nr. 48, Gruch. 38 S. 730); wenn er einen anderen Erwerbsgrund geltend macht, muß er nachweisen, daß dessen vom Gesetz erforderten tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen. Die von Fuchs (Nr. 8 zu § 891) für seine abweichende Ansicht angeführten Reichsgerichtsentscheidungen behandeln eine andere Frage (vgl. S. 242 f. Anm. 6).

Nicht erforderlich zur Anwendung des § 891 ist, daß der Rechtsvorgänger des auf Grund einer Auflassung eingetragenen Eigentümers seine Eintragung unter Herrschaft eines Gesetzes erlangt hat, das der Eintragung Beweiswirkung beilegt (so auch nach PEigG.; vgl. Turnau I S. 645 Anm. 2).

Die Vermutung aus § 891 steht auch dem eingetragenen Fideikommißbesitzer zur Seite. Er ist zur Erhebung von Klagen über die Substanz des Fideikommisses ohne Zuziehung der beiden nächsten Anwärter legitimiert, das Urteil hat jedoch keine Rechtswirkung gegen die Familie, der das Fideikommiß gehört (PALR. II 4 §§ 117—119; PAGO. I 1 §§ 30, 31; OTrib. Arch. 2 S. 79, Bd 26 S. 75; RG. JWBl. 1891 S. 236, E. 28 S. 225).

4. Sind für dasselbe Grundstück (aus Versehen) mehrere Grundbuchblätter angelegt und ist auf jedem Blatte ein anderer als Eigentümer eingetragen, so kann der Konflikt nicht auf Grund des § 891 BGB. gelöst werden. Die Vermutung, die dem einen zusteht, wird durch die auch den anderen zur Seite stehende gleiche Vermutung zerstört. Auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) versagt in diesem Falle. Der zwischen den verschiedenen Eingetragenen entstehende Eigentumsstreit muß nach den materiellen Rechtsgrundsätzen über den Eigentumserwerb entschieden werden (RG. E. 56 S. 58; wie bisher OTrib. E. 75 S. 333, Bd 83 S. 270, Arch. 94 S. 176; RG. E. 11 S. 278, Bd 29 S. 205, Bd 39 S. 241, 256, Gruch. 33 S. 1069, JW. 1895 S. 458 Nr. 23, 1900 S. 573 Nr. 22). Danach wird z. B. der von den Streitenden, der die früheste Auflassung und Eintragung aufweisen kann, obsiegen. Die anderen Grundbuchblätter mit allen ihren Eintragungen erweisen sich dann als gegenstandslos und es liegt der Fall der Grundbuchberichtigung vor. Ist eine Parzelle aufgelassen und auf den Namen des Erwerbers auf ein neues Blatt übertragen, aber die Abschreibung auf dem Blatte des Stammgrundstücks aus Versehen unterblieben, so ist der Konflikt zwischen einem späteren Erwerber des Stammgrundstücks und dem der Parzelle dahin zu lösen, daß der Parzellenerwerber der Eigentümer ist. Der Erwerber des Stammgrundstücks muß die Nachholung des unterbliebenen Übertragungsvermerks auch dann dulden, wenn er bei seinem Erwerb in gutem Glauben war (richtig Ramdohr in Gruch. 44 S. 344; falsch Kretzschmar im Recht 1903 S. 328). Auch die Gläubiger, für die nach Anlegung des Blattes für die Parzelle Hypotheken ꝛc. auf dem Stammgrundstück eingetragen sind, können der Nachholung des Übertragungsvermerks nicht widersprechen; ihnen haftet die Parzelle nicht. Ist bei Anlegung des Grundbuchs aus Versehen ein Grundstück auf den Namen eines Eigentümers auf zwei Blättern eingetragen und der Eigentümer mißbraucht dieses Versehen, um das Grundstück doppelt zu veräußern, so wird der, der die Auflassung und Eintragung zuerst erlangt hat, Eigentümer. Das andere Blatt muß geschlossen werden. Ist bei der Anlegung dasselbe Grundstück auf zwei

Blättern für zwei verschiedene Personen eingetragen, so muß ermittelt werden, wem vor der Anlegung das Eigentum zugestanden hat. Nur dieser ist auch Bucheigentümer. Das andere Blatt muß geschlossen werden, auch wenn gutgläubige Dritte darauf Eintragungen erlangt haben; denn diese Eintragungen trafen nur ein Scheinobjekt. Vgl. auch Anm. B 1a zu § 1120 und Anm. 3 S. 292 f. Für alle solche Versehen haftet den Geschädigten der Staat oder die Körperschaft (GBO. § 12) und in Preußen dem Staate der Grundbuchbeamte (AG. z. GBO. Art. 8).

In der Regel wird sich in solchen Fällen der Streit zwischen zwei Eigentumsprätendenten abspielen; es ist aber das gute Recht jedes mit der Eigentumsklage Belangten, die Legitimation des Klägers zu bestreiten und ihn im Falle der Doppelbuchung zum Nachweise seines Eigentumserwerbs zu nötigen. Es steht also auch Dritten gegenüber keinem der als Eigentümer Eingetragenen die Vermutung aus § 891 BGB. zur Seite (RG. E. 56 S. 58).

5. Die Vermutung aus § 891 kommt dem eingetragenen Eigentümer zustatten, gleichviel auf welchem Rechtsgrunde seine Eintragung beruht, aber die Einreden gegen die auf die Eintragung gegründete Eigentumsklage sind hinsichtlich ihrer Zulässigkeit verschieden zu beurteilen, je nachdem die Eintragung auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Aktes (Auflassung) oder auf Grund eines anderen rechtlichen Vorgangs bewirkt ist.

a. Die Auflassung beurkundet eine Sonderrechtsnachfolge und in der Regel begründet sie auch in Verbindung mit der Eintragung eine solche. Auflassung und Eintragung können aber auch zu einem ursprünglichen oder einem diesem analogen Erwerbe führen. Ist nämlich der als Eigentümer eingetragene Veräußerer in Wahrheit nicht Eigentümer, so wird der Erwerber, sofern die Nichtberechtigung sich nicht aus dem Grundbuch ergab, sie ihm auch sonst beim Erwerbe nicht bekannt war, dennoch mit dem Augenblicke der Eintragung Eigentümer (§ 892), und zwar nicht bloß Buch-, sondern auch wahrer Eigentümer. Sein Erwerb ist dem ursprünglichen analog, weil er keinen Rechtsvorgänger hat, weder in der Person des Veräußerers, da dieser nicht Eigentümer war, noch in der Person des (früheren) wahren Eigentümers, da dieser ihm kein Eigentum übertragen hat. Infolge davon sind nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über den ursprünglichen Eigentumserwerb gegen seine Eigentumsklage Einreden, die die Nichtberechtigung des Veräußerers betreffen, unzulässig, es sei denn, daß dem Beklagten gelänge, den Beweis zu erbringen, daß der Kläger beim Erwerbe die Nichtberechtigung des Veräußerers gekannt habe. Kann er dies nicht, so kann er auch daraus, daß er wahrer Eigentümer sei, eine Einrede nicht herleiten, da der gutgläubige Erwerb von einem Bucheigentümer den Verlust des wahren Eigentums, das einem anderen zustand, zur Folge hat, er also nicht mehr wahrer Eigentümer ist. Der Beklagte kann die Eigentumsklage in diesem Falle nur dann zurückschlagen, wenn er nachzuweisen vermag, daß die dem Kläger erteilte Auflassung und seine Eintragung nichtig sind (vgl. RG. JWBl. 1891 S. 236, E. 28 S. 225), daß der Kläger also in Wahrheit kein Eigentum erworben hat, sondern der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Eigentumsrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894).

In den Fällen, in denen Auflassung und Eintragung eine Sonderrechtsnachfolge begründen, stehen dem mit der Eigentumsklage Belangten alle Einreden aus der Person des Klägers, Einreden aus der Person des vorher eingetragenen Eigentümers dagegen nur mit den sich aus § 892 ergebenden Beschränkungen zu.

b. Während Auflassung und Eintragung den Eigentumserwerb begründen, hat die Eintragung, die aus Veranlassung eines nicht rechtsgeschäftlichen Rechtsvorgangs erfolgt, nur die Bedeutung einer Beurkundung des Eigentumserwerbes (RG. a. a. O.). Dem so eingetragenen Eigentümer steht zwar die Vermutung aus § 891, aber nicht der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) zur Seite. Infolge davon ist der eingetragene Eigentümer auch solchen Einreden ausgesetzt, die seinem Rechtsvorgänger vom Beklagten

Digitized by Google

hätten entgegengesetzt werden können, z. B. daß der Rechtsvorgänger des Klägers nicht Eigentümer gewesen sei. Auf seinen guten Glauben kann der Kläger sich solchen Einreden gegenüber nicht berufen.

c. Durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erwirbt der Ersteher wahres Eigentum, auch wenn das Grundstück nicht dem Subhastaten, sondern einem anderen gehörte (ZVG. § 90 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 91 und Denkschr. dazu S. 92). Das frühere Eigentum des anderen geht deshalb unter, weil der Zuschlag den bei der Bekanntmachung des Versteigerungstermins angedrohten Rechtsnachteil (ZVG. § 37 Nr. 5) verwirklicht. Der Eigentümer, der nicht vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Versteigerungsverfahrens herbeigeführt hat, kann nicht mehr das Grundstück, sondern nur den Versteigerungserlös beanspruchen. Voraussetzung ist aber, daß das Grundstück in der öffentlichen Aufforderung so genau bezeichnet wird, daß der wahre Eigentümer den ihm drohenden Rechtsnachteil erkennen kann (RG. E. 11 S. 275, Bd 15 S. 249, Bd 18 S. 257, Bd 45, S. 284, Bd 57 S. 200). Dazu ist die Bezeichnung nach dem Kataster, auch wenn dies im Grundbuche bezogen ist, nicht geeignet. Durch die Eintragung, die nach ZVG. § 130 erfolgt, erlangt der Ersteher demnächst auch Bucheigentum. Auch der Zuschlag begründet mindestens dann, wenn der Subhastat nicht wahrer Eigentümer des versteigerten Grundstücks war, ursprünglichen Eigentumserwerb (RG. JW. 1900 S. 452 Nr. 35). Die Einreden gegen die Eigentumsklage des Erstehers sind aber noch beschränkter als im Falle zu a, weil die Eigentumsansprüche anderer durch den Zuschlag präkludiert sind. Der Ersteher erwirbt das Eigentum auch dann, wenn ihm vor und bei dem Zuschlage bekannt war, daß der Subhastat nicht Eigentümer des Grundstücks war. Daher fallen alle Einreden aus der Bösgläubigkeit des Erstehers fort (RG. Gruch. 44 S. 1006, JW. 1900 S. 480 Nr. 34, E. 45 S. 284). Grundstücke, die ein selbständiges Blatt im Grundbuche haben und im Subhastationspatente nicht aufgeführt sind, gehen auf den Ersteher nicht über (RG. E. 15 S. 251, Bd 28 S. 312, Bd 46 S. 225, Gruch. 44 S. 1006, JW. 1900 S. 573 Nr. 22).

6. Wie zur Vindikation, so ist der eingetragene Eigentümer kraft seiner Eintragung auch zur Eigentumsfreiheitsklage und zu allen anderen sich aus dem Eigentum ergebenden Klagen legitimiert. Mit der Eigentumsfreiheitsklage kann der Eigentümer auch die Beseitigung nicht rechtsbeständiger Hypotheken und Hypothekenvormerkungen erlangen (RG. E. 18 S. 266, Bd 38 S. 250, Bd 44 S. 3, V 188. 03). Für den Fall, daß die Hypothekenbestellung ungültig, also das Grundbuch unrichtig ist, steht ihm diese Klage in der besonderen Ausgestaltung zu, die sie durch den § 894 BGB. erhalten hat (RG. E. 48 S. 51, V 443. 01); er kann aber nur Bewilligung der Löschung, nicht Abtretung der Hypothek verlangen (RG. JW. 1902 Beil. S. 240). Der Anspruch steht der Regel nach nur dem Eigentümer zu; nur unter besonderen Umständen, z. B. wegen vertragsmäßiger Vereinbarung oder Auftrags des Eigentümers kann ihn auch ein Dritter erheben (RG. E. 53 S. 408, Gruch. 48 S. 937). — Die Klage aus § 894 kann auch konfessorischen oder negatorischen Charakter haben. Die Besitzklagen stehen dem nicht besitzenden Eigentümer trotz seiner Eintragung nicht zu (wie bisher; Turnau I S. 648 Anm. 7).

7. Die Vermutung aus § 891 gilt nicht nur für, sondern auch wider den eingetragenen Eigentümer. Er ist nicht nur aktiv, sondern auch passiv legitimiert bezüglich aller Klagen, die das Eigentum oder die Belastung des Grundstücks betreffen (vgl. BGB. § 1148).

8. Die Vermutung aus § 891 steht auch dem einzelnen Miteigentümer zur Seite, soweit er zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Eigentume berechtigt ist (vgl. § 1011 und Anm. dazu).

B. Die Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers unterliegt nicht der Verjährung (§ 902); die Einrede der Verjährung ist ausgeschlossen. Ein Antrag, für den

Anspruch auf Beseitigung einer Anlage eine Ausnahmebestimmung zu treffen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 378).

VI. Aus der Vorschrift des § 891 folgt nicht, daß der nichteingetragene wahre Eigentümer von der klageweisen Geltendmachung seiner Eigentumsansprüche ausgeschlossen und auf den Weg der Einrede beschränkt sei. Es steht ihm nur keine Vermutung für sein Eigentum zur Seite, und daher muß er nicht nur sein Eigentum zur Begründung der Klage nachweisen, sondern auch die dem eingetragenen Eigentümer zur Seite stehende Vermutung widerlegen. Der Beweis seines früheren Besitzes genügt nicht. Gelingen ihm diese Beweise, so bringt er gegen den im Besitze befindlichen eingetragenen Eigentümer mit der Klage auf Herausgabe des Grundstücks, die den Charakter einer Vindikation hat, durch (§ 985). Ist der wahre Eigentümer im Besitze, so kann er den nicht besitzenden eingetragenen Eigentümer zwar nicht mit der Vindikation, aber mit der Klage auf Berichtigung des Grundbuchs belangen (§ 894). Die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs kann er auch neben der Vindikation beanspruchen. Bei nur fiduziarischer Eigentumsübertragung bleibt der Veräußerer wahrer Eigentümer (RG. E. 45 S. 80, JW. 1901 S. 252 Nr. 11).

VII. Im unmittelbaren Zusammenhange mit dem Anspruche des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache wird in den §§ 987—993 die Haftung näher geregelt, die dabei den Besitzer trifft. Es handelt sich einerseits um eine Erweiterung des Eigentumsschutzes, anderseits kommt eine Einschränkung desselben, namentlich zugunsten des redlichen Besitzers, in Betracht (Denkschr. z. BGB. S. 201). Irgendwelche Besonderheiten ergeben sich — abgesehen von dem einer Erörterung nicht bedürftigen § 998 — für das Liegenschaftsrecht nicht.

VIII. Seit dem 1. Januar 1900 richtet sich die Eigentumsklage, auch wenn sie zur Verfolgung oder zum Schutze schon früher erworbenen Eigentums dient, nach den Vorschriften des BGB. (EG. z. BGB. Art. 181 Abs. 1), ohne Unterschied, ob sie vor oder nach dem 1. Januar 1900 erhoben und ob in dem anhängigen Rechtsstreite vor oder nach diesem Tage bereits ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis in den Vorinstanzen ergangen ist (RG. E. 55 S. 52). Die aus dem Inhalte des Eigentums fließenden dinglichen Ansprüche auf Herausgabe der Sache (§ 985) und auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen (§ 1004) sind nach dem Inkrafttreten des BGB., auch wenn sie schon vorher durch Erhebung der Klage geltend gemacht sind, nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen. Dagegen bleiben für Ansprüche aus einem durch das persönliche Verhalten des Besitzers vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Schuldverhältnis auf Schadenersatz, wegen Verwendungen, ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 989 ff.) nach Art. 170 EG. z. BGB. die bisherigen Gesetze maßgebend (RG. JW. 1900 S. 640, E. 46 S. 144, Bd 51 S. 411, Bd 55 S. 52). — Die Frage, von welcher Beschaffenheit eine störende Handlung sein muß, wenn sie zur Erhebung der Eigentumsklage (BGB. § 1004) berechtigen soll, ist nach den zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Gesetzen zu beantworten; der nach diesen erworbene Anspruch des Eigentümers gegen den Störer (actio) wird durch Art. 181 EG. z. BGB. nicht berührt, denn der Anspruch wurzelt zwar im Eigentum, ist aber nicht dessen Bestandteil. Stellt das neue Recht für den Inhalt des Anspruchs in einer bestimmten Richtung Bedingungen auf, die das ältere Recht nicht in gleicher Weise enthielt, so ist doch die unter der Herrschaft des älteren Rechtes begangene Störung ausreichend, um auch nach dieser besonderen Richtung hin den Anspruch zu begründen (RG. JW. 1901 S. 293).

Fünfter Titel.

Miteigentum.

Übersicht.

Literatur: v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB. 1899, Wolff in Jherings J. 44 S. 143 und v. Seeler daſ. S. 363.

I. „Das BGB. geht davon aus, daß, wenn ein Recht mehreren Perſonen zuſammen, nicht etwa einer jeden in solidum, wie im Falle des aktiven Geſamtſchuldverhältniſſes, zuſteht, entweder eine Teilung des Rechtes eintritt (§ 420), oder, bei ungeteiltem Zuſtehen des Rechtes, ein Gemeinſchaftsverhältnis ſich ergibt (§ 741). Bei Rechten an Sachen ſcheidet der Fall des akzeſſoriſchen Pfandrechts aus, da hier die mehreren Forderungsberechtigten ſo ſtehen, als wenn für einen jeden ein Pfandrecht gleichen Inhalts zu gleichem Range begründet wäre. In den Fällen der Grundſchuld und Reallaſt iſt die für die Forderungsrechte gegebene Regel der Teilbarkeit analog anwendbar. Im übrigen tritt bei Konkurrenz mehrerer Berechtigten Gemeinſchaft ein. Die Unteilbarkeit eines dinglichen Rechtes, z. B. einer Grunddienſtbarkeit oder einer beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeit, iſt für das Stattfinden eines Gemeinſchaftsverhältniſſes, das bei der Grunddienſtbarkeit nur auf das herrſchende Grundſtück ſich beziehen kann, nicht hinderlich, ſondern nur von Einfluß in Anſehung des Verhältniſſes unter den Beteiligten" (Mot. III S. 433).

II. Steht ein Recht an einer Sache mehreren Perſonen ungeteilt zu, ſo beſteht nach der Regel des § 741 eine Gemeinſchaft nach Bruchteilen. Poſitive Ausnahmen von dieſer Regel werden im Sachenrechte nicht beſtimmt. Vorausſetzung der Gemeinſchaft iſt, daß dasſelbe Recht an der Sache mehreren Perſonen zuſteht. Stehen ihnen Rechte gleichen Inhalts und gleichen Ranges zu, ſo liegt nicht der Fall der Gemeinſchaft, ſondern ein Kolliſionsfall vor. Für dieſen gilt die Regel des § 741 nicht, doch iſt ihre analoge Anwendung nicht ausgeſchloſſen. Ein kollidierendes verſchiedenes Eigentum mehrerer Perſonen an derſelben Sache wird infolge der Vorſchriften über den Eigentumserwerb kaum vorkommen können (Mot. III S. 434). Namentlich liegt es nicht vor, wenn dem Bucheigentümer ein wahrer Eigentümer gegenüberſteht; denn das wahre Eigentum überwindet das Bucheigentum und führt niemals zu einer Gemeinſchaft.

III. Außer den Gemeinſchaften, die ſich auf einzelne Vermögensobjekte beſchränken, gibt es eine Anzahl ſolcher, die ſich auf einen Vermögenskomplex, auf ein ganzes Vermögen beziehen. Nur für jene Gemeinſchaften gelten die dem römiſchen Rechte entnommenen Vorſchriften der §§ 741, 747 Satz 1 BGB., wonach jedem Teilhaber ein Bruchteil zuſteht, über den er verfügen kann. Die Gemeinſchaften, die ſich auf Vermögenskomplexe beziehen, ſind nach dieſer Richtung hin nach dem deutſchrechtlichen Grundſatze der geſamten Hand (der im Grundgedanken auch im PrALR. I 17 §§ 63, 67—74, 198, 263—268 Anerkennung gefunden hatte) geregelt. Das Vermögen erſcheint hier als etwas Selbſtändiges, von den einzelnen Vermögensgegenſtänden Verſchiedenes. Die einzelnen Teilhaber können weder über ihre Anteile am gemeinſchaftlichen Vermögen, noch über die einzelnen dazu gehörigen Gegenſtände verfügen; die Zwangsvollſtreckung in dieſe Gegenſtände erfordert einen gegen alle Teilhaber vollſtreckbaren Titel. In dieſer Weiſe iſt die Frage beſonders geregelt, ſoweit es ſich um freiwillige Verfügungen handelt, für die Geſellſchaft (BGB. § 719, der auch für die offene Handelsgeſellſchaft und die Kommanditgeſellſchaft gilt; vgl. Denkſchr. z. HGB. Mugdan Mater. S. 264), für den nicht rechtsfähigen Verein (BGB. § 54), für die allgemeine Gütergemeinſchaft unter Ehegatten (BGB. §§ 1438 ff.), für die fortgeſetzte Gütergemeinſchaft zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinſchaftlichen Abkömmlingen (§§ 1483 ff.), für die Errungenſchaftsgemeinſchaft (§§ 1519 ff.), für die Fahrnis-

gemeinschaft unter Ehegatten (§ 1549) und für die Gemeinschaft der Miterben (§§ 2032 ff.). Dies sind die einzigen Fälle, in denen an Grundstücken Eigentum zur gesamten Hand nach BGB. möglich ist. Andere Fälle können durch Privatwillkür nicht geschaffen werden. Wird z. B. bei einer Erbteilung zweien von mehreren Miterben das Nachlaßgrundstück übereignet, wozu Auflassung und Eintragung erforderlich sind, so erwerben sie Eigentum nach Bruchteilen. Das frühere Gesamteigentum hat aufgehört, und neues Gesamteigentum kann unter den beiden Erwerbern nicht entstehen, wenn sie nicht etwa eine Gesellschaft oder eine gütergemeinschaftliche Ehe eingehen (vgl. auch S. 452).

Bezüglich der Zwangsvollstreckung erfordert:

a. § 736 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB. eingegangenen Gesellschaft ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil;

b. § 124 Abs. 2 HGB. zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel (ein gegen alle Gesellschafter gerichteter vollstreckbarer Titel genügt nicht, vgl. Denkschr. z. HGB. a. a. O.).

c. Nach § 859 ZPO. ist der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB. eingegangenen Gesellschaft, sowie der Anteil eines Miterben am Nachlasse der Pfändung unterworfen; dagegen sind der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, sowie der Anteil eines Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen der Pfändung nicht unterworfen.

d. Nach § 860 ZPO. ist beim Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft der Anteil eines der Ehegatten an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen der Pfändung nicht unterworfen. Das gleiche gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von den Anteilen des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge.

Demnach kann der einzelne Teilhaber der Gemeinschaften zur gesamten Hand seinen Anteil an dem zum Gemeinschaftsvermögen gehörenden Grundstücke weder auflassen noch belasten, noch auch können seine Gläubiger seinen Anteil an einem solchen Grundstücke zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen. Auch die Belastung mit einer Vormerkung ist unzulässig (RG. V 280. 03; RG. JW. 28 S. A 111). Zu einer Verfügung sowohl über das ganze gemeinschaftliche Vermögen als auch über einzelne Anteile an den zur Gemeinschaft gehörenden Grundstücken ist nur die Gesamtheit der Teilhaber berechtigt (vgl. RG. RJA. 1 S. 29). Ist auf Grund einer nur von einzelnen der in ungeteilter Gemeinschaft stehenden Miterben erklärten Auflassung der Erwerber als Eigentümer eingetragen, so kann das nur unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen sein. Da die Verletzung sich aus dem Grundbuche selbst ergibt, steht dem Erwerber § 892 BGB. nicht zur Seite (RG. Rsp. 8 S. 188). Dasselbe gilt, wenn mehrere ohne Beachtung des § 48 GBO. als Eigentümer eingetragen sind und einer von ihnen einen ihm angeblich zustehenden Bruchteil einem Dritten aufgelassen hat, sich aber herausstellt, daß eine Gemeinschaft zur gesamten Hand vorliegt, der Veräußerer also nicht verfügen durfte (Fuchs 1 Nr. 2 zu § 1008).

IV. In den §§ 1008—1011 wird nur die Verfügungsbefugnis des einzelnen von mehreren Teilhabern, denen das Eigentum an einer Sache nach Bruchteilen zusteht, und nur in einigen Beziehungen geregelt. Im übrigen kommen die Vorschriften der §§ 741—758 zur Anwendung. Lediglich dieses Gemeinschaftsverhältnis wird im BGB. (und in der KO. §§ 16, 51) als Miteigentum bezeichnet. Über die Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks oder des Anteils eines Miteigentümers finden sich Vorschriften in den Abschnitten über die belastenden Rechte (BGB. §§ 1014, 1095, 1106, 1114).

Nicht gewährt ist den Miteigentümern ein gesetzliches Vorkaufs- oder Näherrecht (Abweichung vom PALR. I 17 §§ 61, 65; PG. v. 2. März 1850 §§ 2 Nr. 6, 4). Die vertragsmäßige Begründung eines gegenseitigen dinglichen Vorkaufsrechts ist auch nach BGB. möglich (Gierke SR. S. 386 Anm. 46).

V. Mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Gemeinschaften (vgl. Anm. III) und die sich aus dieser Verschiedenheit ergebenden Folgen bestimmt § 48 GBO.: „Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird."

VI. Nach Art. 173 EG. z. BGB. finden auf eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Gemeinschaft nach Bruchteilen von dieser Zeit an die Vorschriften des BGB. Anwendung. Steht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zu, so bleiben diese Rechte bestehen (Art. 181 Abs. 2 das.). Miteigentum an Grenzmauern kann seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr entstehen (RG. E. 53 S. 307).

§ 1008.

Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011.

I. Dieser § bildet nur eine Einleitung zu den §§ 1009—1011. Nebenbei ergibt sich aus seinem Wortlaute, daß das BGB. das Recht des einzelnen als *Eigentum* ansieht und nicht etwa das Quotenrecht als ein neben das Eigentum sich stellendes und dieses belastendes Recht behandelt. Damit ist eine gemeinrechtliche Kontroverse (vgl. Windscheid 1 § 142 Anm. 10 a) erledigt. *Auf die Miteigentumsquote finden deshalb alle Vorschriften über das Alleineigentum Anwendung* (Mot. III. S. 438); insbesondere auch die §§ 925, 927, 928 (vgl. S. 491 Anm. V, S. 495 Anm. 7 u. KG. JW. 25 S. A 135). Einzelne Folgerungen aus diesem Satze sind:

1. Der einzelne Miteigentümer kann über seinen Bruchteil am Grundstücke durch Veräußerung verfügen (§ 747 Satz 1); den anderen Miteigentümern steht kein Vorkaufsrecht zu. Rechtsgeschäfte, durch die Miteigentümer sich untereinander verpflichten, ihre Bruchteile nicht zu belasten oder zu veräußern, haben nach § 137 nur obligatorische Wirkung und können nicht eingetragen werden (München in Lodes ZBl. 1900 S. 515). Der obligatorische Vertrag, durch den sich ein Miteigentümer zur Eigentumsübertragung verpflichtet, bedarf der Form des § 313. Der Eigentumsübergang selbst kann nur durch Auflassung und Eintragung vermittelt werden (§ 925), gleichviel ob die Veräußerung an einen Miteigentümer oder an einen Fremden erfolgt. Ist im Grundbuche das Gemeinschaftsverhältnis nicht als Miteigentum bezeichnet, sind auch nicht die Anteile der Berechtigten in Quoten angegeben, so muß der Grundbuchbeamte nach § 48 GBO. auf Richtigstellung des Grundbuchs dringen, bevor er den Erwerber als Miteigentümer einträgt (KG. JW. 21 S. A 110). Indes enthält § 48 nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung nicht die Unwirksamkeit der Eintragung des Erwerbers zur Folge hat, sofern nur anderweitig feststeht, daß es sich um Miteigentum im Sinne des § 1008 BGB. handelt. Auch wenn die Miteigentümer Realteilung vornehmen, ist Auflassung erforderlich (KG. PrJMBl. 1894 S. 29, 1902 S. 127).

2. Der einzelne Miteigentümer kann über seinen Bruchteil am Grundstücke durch Bestellung einer Reallast (§ 1106), Hypothek (§ 1114), Grund- oder Rentenschuld (§ 1192), sowie eines dinglichen Vorkaufsrechts (§ 1095) und eines Nießbrauchs (§ 1066) verfügen. Sein Bruchteil kann auch mit einer Vormerkung belastet werden (RG. V 280. 03).

3. Der Bruchteil eines Miteigentümers an einem Grundstücke kann von seinen Gläubigern zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemacht werden, und zwar sowohl durch Eintragung von Sicherungshypotheken (ZPO. § 866) als auch durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZPO. § 864 Abs. 2).

Über das *ganze* Grundstück können nur alle Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen (BGB. § 747 Satz 2). Das *Rechtsgeschäft* muß gemeinschaftlich vorgenommen werden. Damit ist ein Grundsatz der gesamten Hand (BGB. § 709 Abs. 1) in diese sonst

nicht den Regeln der gesamten Hand folgende Gemeinschaft übernommen (abweichend vom PALR. I 17 §§ 10—24, wo dieses Prinzip zugunsten des Majoritätsprinzips modifiziert war). Ein einzelner Miteigentümer kann das ganze Grundstück weder veräußern, noch belasten. Eine solche Verfügung ist gänzlich, auch bezüglich des Bruchteils des Verfügenden, unwirksam (wie bisher OTrib. Arch. 35 S. 226, Bd 96 S. 252; RG. V 106/87). Zur Löschung einer Hypothek, die das ganze Grundstück belastet, ist die Zustimmung aller Miteigentümer erforderlich (KG. im Recht 1900 S. 438).

11. Darüber, daß an Zwischenräumen, Rainen, Winkeln ꝛc. unter der Voraussetzung des § 921 kein Miteigentum der Nachbarn besteht, vgl. die Anm. zu § 921 S. 398. Der auf der Grenze stehende Baum steht nicht im Miteigentume der Nachbarn (vgl. S. 402 Anm. 1; a. M. Fuchs Nr. 2 zu § 1008).

§ 1009.

Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

1. § 1009 behandelt drei Fälle: 1. Das ganze Grundstück kann zugunsten eines Miteigentümers belastet werden. 2. Ist der Miteigentümer eines Grundstück Alleineigentümer eines anderen Grundstücks, so kann das gemeinschaftliche Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers des anderen Grundstücks belastet werden. 3. Ist der Miteigentümer eines Grundstücks Alleineigentümer eines anderen Grundstücks, so kann dieses zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks belastet werden.

In allen drei Fällen kann die Belastung nur durch die Miteigentümer gemeinschaftlich erfolgen. Der einzelne Miteigentümer ist zugleich Berechtigter und Verpflichteter. Dieses Zusammentreffen von Berechtigung und Verpflichtung beruht nicht auf einem der Begründung der Berechtigung nachfolgende Akte (Konfusion), sondern auf der Begründung der Berechtigung selbst. Mit der Begründung tritt die Vereinigung ein. Daß eine solche Doppelstellung des Miteigentümers rechtlich möglich und praktisch notwendig ist, wird auch in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung im Gebiete des preuß. Rechtes anerkannt (vgl. OTrib. E. 70 S. 108; Förster-Eccius 3 § 187 Nr. I 5; Dernburg Lehrb. 1 § 296 Anm. 3). Wird das Recht durch Rechtsgeschäft begründet, wozu ein Vertrag erforderlich ist, so liegt nach der Versicherung der Mot. III R. 439 kein Fall des nach dem BGB. prinzipiell ausgeschlossenen (§ 181) Selbstkontrahierens vor, sondern die Duplizität der Stellung des Miteigentümers liegt darin, daß er einerseits als einzelner, anderseits als Genosse der Gemeinschaft handelt. Es wird jedoch schwerlich mit Grund geleugnet werden können, daß der Miteigentümer in seiner Eigenschaft als Genosse in Gemeinschaft mit den übrigen Miteigentümern mit sich selbst in seiner Eigenschaft als einzelner kontrahiert. Ist dies richtig, dann liegt ein durch die Sondervorschrift des § 1009 begründeter Ausnahmefall von der Regel des § 181 vor (ähnlich Planck 3 Nr. 1 zu § 1009; vgl. RG. E. 47 S. 209). Der Miteigentümer steht dem gemeinschaftlichen Grundstücke in Ansehung des Erwerbs eines Rechtes an ihm wie einem fremden Grundstücke gegenüber. Das ihm nach § 747 Satz 2 BGB. durch gemeinschaftliche Verfügung der Miteigentümer an dem Grundstück im Ganzen bestellte Recht ergreift dieses wie ein fremdes Grundstück. Wird einem Miteigentümer eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstücke bestellt, so unterliegt sein Recht auch in Ansehung seines Anteils nicht den für die Eigentümerhypothek in den §§ 1177, 1179 BGB. bestimmten Beschränkungen (München Seuff. A. 58 S. 406).

Die Möglichkeit des Fortbestehens eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück im Falle der Konfusion ergibt sich aus den §§ 889, 1063, 1163, 1177 BGB.

2. Der § 1009 gilt nicht für Gesamthandseigentum; aber auch ein zum Gesamthandsgute gehöriges Grundstück kann zugunsten eines Gemeinschafters belastet werden, wenn alle darein willigen (KG. JW. 26 S. A 130).

3. Der § 1009 findet auch auf Miteigentum, das schon vor dem Inkrafttreten des BGB. bestand, Anwendung (München Seuff. A. 58 S. 407).

§ 1010.

Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.

Die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

1. Nach § 749 Abs. 1 kann jeder Teilhaber jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Ist ein Teilhaber in Konkurs verfallen, so übt der Konkursverwalter dieses Recht aus. Die Teilung wird außerhalb des Konkursverfahrens bewirkt (KO. § 16 Abs. 1). Die Aufhebung erfolgt durch Teilung in Natur, wenn das gemeinschaftliche Grundstück sich ohne Verminderung seines Wertes in gleichartige, den Anteilen der Miteigentümer entsprechende Teile zerlegen läßt (§ 752 Satz 1). Die Verteilung in gleiche Teile geschieht durch das Los (§ 752 Satz 2). Der Miteigentümer, der die Teilung verlangt, muß den Teil, der ihm zugewiesen werden soll, bestimmt bezeichnen. Kommt eine Einigung darüber, wem der eine oder der andere Teil überwiesen werden soll, nicht zustande, so entscheidet das Los. Weigert sich ein Miteigentümer, das Los entscheiden zu lassen, so muß er dazu verurteilt werden. Ist dies geschehen und der Verurteilte weigert sich trotzdem, so ist der andere Miteigentümer nach 887 ZPO. zu ermächtigen, die Verlosung auf Kosten des Verurteilten durch einen Dritten vornehmen zu lassen. In jedem Falle der Naturalteilung ist gegenseitige Auflassung und Eintragung erforderlich. Die rechtskräftige Verurteilung zur Auflassung eines bestimmten Teiles ersetzt die Auflassungserklärung des Verurteilten. Geht die Verurteilung auf Auflassung des auszulosenden Teiles, so hat der Obsiegende bei Abgabe seiner Auflassungserklärung außer der Ausfertigung des mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Urteils noch eine Ausfertigung des nach § 887 ZPO. erwirkten Beschlusses und eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde über die Auslosung dem Grundbuchamte vorzulegen (GBO. § 29 Satz 1), falls der Verurteilte sich der Auslosung widersetzt. Ist die Teilung in Natur nach § 752 BGB. ausgeschlossen, so wird die Gemeinschaft bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung und durch Teilung des Erlöses aufgehoben (BGB. § 753). Bei bebauten Grundstücken wird die Naturalteilung häufig eine Verminderung des Wertes herbeiführen; so auch bei Landgütern, auf denen die zur Bewirtschaftung des ganzen Gutes erforderlichen Gebäude auf einer Stelle beieinander stehen (Hoflage). Die Zwangsversteigerung erfolgt nach den §§ 180 ff. ZVG. Ein vollstreckbarer Titel ist (wie nach bisher. preuß. Rechte, vgl. Jaeckel Anm. 1 zu § 181) nicht erforderlich. Mit dem Zuschlage wird der Ersteher Eigentümer (ZVG. §§ 180, 90); es bedarf also keiner Auflassung. Die Bestimmungen des § 753 BGB. sind jedoch nur dispositiver Natur, so daß die Miteigentümer sich auch über eine andere Art der Veräußerung einigen können. Dann bedarf es aber der Auflassung.

2. Die Teilhaber können vereinbaren, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit oder bis zu einer Kündigung ausgeschlossen

Digitized by Google

sein solle. Nach § 751 wirkt eine solche Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger. Für das Liegenschaftsrecht ist dieser Satz nicht verwertbar wegen § 892, wonach jedenfalls der gutgläubige Erwerber eines Miteigentumsanteils an eine solche Vereinbarung nicht gebunden ist. Der § 1010 geht aber weit über die Vorschrift des § 892 hinaus, indem er jener Vereinbarung gegen den Sondernachfolger nur dann Wirkung beimißt, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch (in Preußen in Abt. II; vgl. § 11 Abs. 1 AVf. v. 20. November 1899) eingetragen ist. Ist dies nicht geschehen, dann bindet sie auch den Erwerber eines Miteigentumsanteils nicht, der beim Erwerbe von der Vereinbarung Kenntnis hatte. „Die Miteigentümer sind daher, um einen schlechthin wirksamen Teilungsausschluß zu erzielen, genötigt, die Eintragung herbeizuführen, da sie nicht auf die zufällige Kenntnis des Erwerbers vom Ausschlusse rechnen können; falls sie unterließen, die Eintragung herbeizuführen, würde stets der Zweifel begründet sein, ob sie wirklich einen gegen Dritte wirksamen Teilungsausschluß beabsichtigt haben. Das ausnahmlose Erfordernis der Eintragung schließt solche Zweifel aus und beseitigt die Unsicherheit, die sich aus der Berücksichtigung der Kenntnis des Erwerbers ergeben würde" (Prot. III S. 277; wie hier Planck, Biermann, Fuchs, Oberneck S. 450; a. M. Kretzschmar 2 S. 170, Reichel in Jherings J. 46 S. 77).

Die Vereinbarung wirkt trotz der Eintragung nur gegen den Gesamtrechts- oder Sondernachfolger eines Grundstücksmiteigentümers, nicht gegen den Gläubiger eines Miteigentümers, nicht gegen die Konkursmasse eines solchen. Es bestimmen nämlich:

a. § 751 Satz 2 BGB.:

Hat ein Gläubiger die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Ein Antrag, in den Fällen, wo das gemeinschaftliche Grundstück mehreren Nachbarn als gemeinschaftliche Einfahrt dient, oder auf dem Grundstücke sich ein gemeinschaftlicher Brunnen befindet, und in ähnlichen Fällen auch den Gläubigern die Herbeiführung der Teilung zum Zwecke ihrer Befriedigung außerhalb des Konkurses zu versagen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. 3 S. 278).

b. § 16 Abs. 2 Satz 1 KO.:

Eine Vereinbarung, durch welche bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, wirkt nicht gegen die Konkursmasse.

Aber auch gegen die Gesamt- oder Sondernachfolger wirkt die Vereinbarung trotz der Eintragung nicht in allen Fällen. Es gelten folgende Bestimmungen auch für die eingetragene Vereinbarung:

a. § 749 Abs. 2 und 3 BGB.:

Wird das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer oder auf Zeit ausgeschlossen, so kann die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Unter der gleichen Voraussetzung kann, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt wird, die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangt werden.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

b. § 750 BGB.:

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft.

3. Nach § 2044 BGB. finden der § 749 Abs. 2, 3, die §§ 750, 751 und der § 1010 Abs. 1 BGB. entsprechende Anwendung, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausgeschlossen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht hat. Die

Anwendung des § 1010 Abs. 1 ist jedoch, wie sich aus § 2040 Abs. 1 ergibt, nur gegeben, wenn die Anordnung des Erblassers sich nicht auf den ganzen Nachlaß, sondern nur auf Nachlaßgrundstücke bezieht. Nach § 2044 Abs. 2 wird eine solche Anordnung hinfällig, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte des Erbfalls verstrichen sind. Es kann dann also die Eintragung gelöscht werden. Haben Miterben untereinander den Ausschluß der Teilung des Nachlasses vereinbart, so wirkt diese Vereinbarung auch hinsichtlich der Nachlaßgrundstücke ohne Eintragung gegen einen Dritten, der den Anteil eines Miterben an der Erbschaft erworben hat (§ 2042).

4. Nach § 746 BGB. wirkt die durch Mehrheitsbeschluß oder Vereinbarung aller Teilhaber getroffene Regelung der Verwaltuug und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes auch für und gegen die Sondernachfolger. Für das Liegenschaftsrecht verlangt § 1010 auch hier Eintragung (Prot. III S. 279). Die Eintragung wird durch Vormerkung gesichert. Die definitive Eintragung kann nur auf Grund freiwilliger oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzter Bewilligung erfolgen (Fuchs Nr. 4 aa, Biermann Nr. 1 zu § 1010, Achilles-Strecker GBO. S. 19; a. M. Kretzschmar im Recht 1902 S. 225).

5. Nach § 755 kann, wenn die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit haften, die sie nach § 748 nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird. Nach § 756 kann der Teilhaber, der gegen einen anderen Teilhaber eine sich auf die Gemeinschaft gründende Forderung hat, bei Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Beide Ausgleichungsansprüche können auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden (§§ 755 Abs. 2, 756 Satz 2). Diese Bestimmung paßt für das Liegenschaftsrecht nicht. Daher macht §§ 1010 Abs. 2 die Wirkung gegen Sondernachfolger von der Eintragung im Grundbuch abhängig (Prot. III S. 279). Da es sich hier um Geldansprüche handelt, wird zur Sicherung eine Vormerkung und definitiv eine Hypothek oder Grundschuld einzutragen sein (Fuchs Anm. 4 b, Biermann u. Kober Nr. 2 zu § 1010, Oberneck 1 S. 451; a. M. Achilles-Strecker GBO. S. 20, Planck 3 Nr. 2 zu § 1010).

6. Die Zulassung der dinglichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist geeignet, das nach §§ 94, 95 BGB. ausgeschlossene Eigentum an einzelnen Gebäudeteilen, insbesondere an Stockwerken in angemessener Weise zu ersetzen. Dem partikulären Bedürfnisse wird durch Art. 131 EG. z. BGB. genügt, der den Landesgesetzen die Zulassung der rechtsgeschäftlichen Begründung von Sonderrechten an Gebäudeteilen in der Konstruktion als Miteigentum unter dinglicher Regelung des Benutzungsrechts und der Unterhaltungslast ohne die Beschränkungen der §§ 749—751 und des § 16 Abs. 2 KO. vorbehält (vgl. hierüber und über die Übergangsvorschrift des Art. 182 EG. z. BGB. die Anm. 4 S. 22 f.).

7. Für die Eintragungen aus § 1010 Abs. 1, 2 wird in Preußen der Gebührensatz B des § 57 PGKG. erhoben (§ 59 das.). Der Wert ist im Falle des Abs. 1 nach freiem Ermessen zu schätzen, im Falle des Abs. 2 wird er durch den Betrag des Anspruchs oder den geringeren Wert des Grundstücks bestimmt.

§ 1011.

Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 432.

1. „Besondere Bestimmungen über den Schutz des Miteigentums finden sich in den neueren Gesetzgebungen nicht. Da das BGB. davon ausgeht, daß Miteigentum Eigentum

ist (§ 1008), so konnte nur die Aufnahme erläuternder Vorschriften in Frage kommen, die auf die beim Miteigentume gegenüber dem Eigentume stattfindenden Besonderheiten Rücksicht nehmen. Diese Besonderheiten liegen in dem Zustande, dessen Herstellung durch den Inhalt des Rechtes verlangt wird, beim Eigentume Besitz, beim Miteigentume Mitbesitz, und darin, daß die in dem Eigentume sich gründenden dinglichen Ansprüche und persönlichen Ersatzansprüche beim Miteigentum einer Mehrheit von Personen zustehen" (Mot. III S. 443).

Im Verhältnisse zu seinen Miteigentümern ist der einzelne Miteigentümer nach der Natur der Gemeinschaft auf die Geltendmachung seines Bruchteils beschränkt; im Verhältnisse zu Dritten dagegen kann er nach § 1011 die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung der ganzen Sache geltend machen. Nur in der Verfolgung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 985) ist er beschränkt. Diesen kann er nur nach § 432 geltend machen, d. h. er kann nur Herausgabe an alle Miteigentümer fordern. Im Ergebnisse stimmt dies mit dem preuß. Rechte überein (vgl. z. B. OTrib. E. 24 S. 86, Bd 72 S. 45, Arch. 99 S. 100; RG. E. 20 S. 312, Bd 35 S. 290).

Für den Anspruchsverpflichteten ergibt sich eine gewisse Härte daraus, daß er von den mehreren Miteigentümern nacheinander, auch wenn er gegen den ersten Kläger gesiegt hat, von neuem in Anspruch genommen werden kann, da das Urteil nicht über die Parteien hinauswirkt. Trotzdem ist es nicht für angemessen erachtet worden, den Grundsatz der Relativität der Rechtskraft durch eine besondere Bestimmung für diesen Fall zu durchbrechen (Mot. III S. 446).

II. Dem einzelnen Miteigentümer stehen die Besitzschutzrechte gegen Dritte zu, gegen seine Miteigentümer aber nur beschränkt (vgl. Anm. zu § 866 S. 80).

Begrenzte dingliche Rechte an Sachen.

Übersicht.

I. Mit Abschnitt 4 beginnen die Bestimmungen über die begrenzten dinglichen Rechte an Sachen. Die Zahl dieser Rechte ist nach BGB. eine geschlossene (vgl. Nr. II 2 S. 2).

Allen begrenzten dinglichen Rechten ist gemeinsam, daß sie das Eigentumsrecht einschränken, die Sache belasten. Hier interessieren nur die begrenzten Rechte an Grundstücken. Als solche können nach dem BGB. nur an Grundstücken bestehen: das Erbbaurecht, die Grunddienstbarkeiten, die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, das (dingliche) Vorkaufsrecht, die Reallasten, die Hypothek, die Grund- und die Rentenschuld. Der Nießbrauch kann auch an beweglichen Sachen und an Rechten bestehen. Die Hypothek, die Grund- und die Rentenschuld scheiden von dieser allgemeinen Betrachtung aus, weil sie wegen ihrer hervorragenden Bedeutung eine besondere Behandlung erheischen. Von den übrigen begrenzten dinglichen Rechten stellen sich das Erbbaurecht und die Dienstbarkeiten als Benutzungsrechte dar. „Der mögliche Inhalt der Dienstbarkeiten ist im BGB. dahin begrenzt, daß die eingeräumte Benutzung des fremden Grundstücks bei Grunddienstbarkeiten für die Benutzung des herrschenden Grundstücks förderlich sein muß (§ 1019), bei persönlichen Dienstbarkeiten an die Person des Berechtigten ihrem Bestande noch gebunden ist" (§ 1061). Der Nießbrauch ist nicht übertragbar und erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers (§§ 1059, 1061). „Die Zulassung der Begründung von Dienstbarkeiten, die nicht in dieser Weise inhaltlich oder der Dauer nach beschränkt sind, würde dazu führen, daß vererbliche und veräußerliche Benutzungsrechte begründet werden könnten, die das Eigentum der belasteten Sache auf die Dauer in weitem Umfange schwächen, ja erschöpfen und selbständige dem Eigentum an Dauerhaftigkeit gleichkommende Rechtsgüter und Verkehrs-

objekte sind. Für die ausnahmeweise Zulassung der Schaffung derartiger dauernder Gerechtigkeiten muß ein spezieller, im besonderen Zwecke einer gewissen Art der Benutzung liegender Grund vorhanden sein." (Mot. III S. 466.) Ein solcher Grund ist nach dem BGB. nur beim Erbbaurechte vorhanden. Der Unternehmer, der für sich auf fremdem Grund und Boden ein Bauwerk errichtet, muß, wenn sein Unternehmen auf einer festen wirtschaftlichen Grundlage ruhen soll, einer langen, nicht durch den Wegfall seiner Person begrenzten Dauer seines Rechtes gewiß sein. Demnach ist nach dem BGB. von begrenzten Rechten an Sachen nur das Erbbaurecht vererblich und veräußerlich. Durch Art. 63, 68 EG. z. BGB. sind jedoch gewisse nach Landesrecht bestehende vererbliche und veräußerliche Benutzungsrechte aufrecht erhalten. Diese folgen im wesentlichen den Regeln des BGB. über das Erbbaurecht und sind daher zweckmäßig erst bei der besonderen Darstellung dieses Rechtes zu erörtern. Daneben kommen noch das Bergwerkseigentum und die selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten in Betracht, die sich nach den durch Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen als vererbliche und veräußerliche Berechtigungen darstellen, die in allen wesentlichen Beziehungen unter den für das Eigentum an Grundstücken geltenden Regeln stehen (vgl. S. 14).

Zu erwähnen ist noch, daß durch Art. 133 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benutzung eines Platzes in einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude oder auf einer öffentlichen Begräbnisstätte aufrecht erhalten sind. Nach PALR. II 11 §§ 183 ff., 681 ff. können solche Rechte (Erbbegräbnisse, erbliche Kirchenstühle) zwar als vererbliche, aber nicht als veräußerliche begründet und auch vererbt dürfen sie nur an Nachkommen werden. Diese Rechte folgen nicht den Regeln des BGB. über das Erbbaurecht, sondern denen über persönliche Dienstbarkeiten und, wenn sie dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen, den Regeln über Grunddienstbarkeiten. Darüber, ob sie der Eintragung bedürfen, entscheidet das Landesrecht. Die bloße Mitgliedschaft an der Kirchengemeinde erzeugt keine sachenrechtliche Beziehung zum Kirchhofsgrundstücke. Daher kann im Grundbuche des einer evangelischen Gemeinde gehörigen Begräbnisplatzes nicht in Abt. II eingetragen werden, daß die Evangelischen bestimmter politischen Gemeinden allein benutzungsberechtigt und unterhaltungspflichtig sein. Dagegen ist es nach § 4 Abs. 2 PAVf. v. 20. November 1899 zulässig, in Abt. 1 Spalte 1 der Angabe des Eigentümers hinzuzufügen „(Begräbnisplatz für die Evangelischen der Gemeinden . . .)" (KG. JW. 26 S. A 109).

In den von der Regelung im BGB. ausgeschlossenen Rechtsmaterien können auch solche begrenzten dinglichen Rechte landesgesetzlich zugelassen werden, die im BGB. keine Anerkennung gefunden haben. So ist z. B. auf Grund des Vorbehalts im Art. 62 EG. z. BGB. in Preußen durch Art. 29 AG. z. BGB. ein dingliches Wiederkaufsrecht bei Rentengütern bestimmt.

Um alle diese aufrecht erhaltenen landesrechtlichen Rechte erweitert sich der im BGB. gezogene Kreis der Rechte an Grundstücken.

Nach code civ. Art. 2118 wird der Nießbrauch an einem Grundstück insofern wie ein Grundstück behandelt, als er der Gegenstand von Privilegien und Hypotheken sein kann. Das EG. z. BGB. gestattet nicht, die Gleichstellung eines bestehenden Nießbrauchs mit den Grundstücken aufrecht zu erhalten. Demgemäß bestimmt das PAG. z. BGB. Art. 33, § 4 Abs. 2, daß Privilegien und Hypotheken an Nießbrauchsrechten, wenn sie zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, (durch Einschreibung im Hypothekenregister) wirksam geworden sind, in Pfandrechte am Nießbrauch, anderenfalls in Ansprüche auf Bestellung eines Pfandrechts sich verwandeln.

Nur in Ansehung der Zwangsvollstreckung gehört nach dem durch Art. 112 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen PG. betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen ꝛc., v. 19. August 1895 und 11. Juni 1902 § 54 das Nutzungsrecht, das ein anderer als der Eigentümer einer

Bahn kraft eigenen Rechtes ausübt, zum unbeweglichen Vermögen (vgl. Anm. A 3 zu § 1120 BGB. u. § 871 ZPO.).

II. Das Erbbaurecht und die seinen Regeln folgenden landesrechtlichen vererblichen und veräußerlichen Rechte an Grundstücken nähern sich qualitativ dem Rechte des Eigentums an Grundstücken. Mit Rücksicht hierauf ist es für angemessen erachtet, die Vorschriften, die sich auf Grundstücke beziehen, auf sie zu übertragen (BGB. § 1017; EG. dazu Art. 63, 68; PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. I. XIII, Art. 38 §§ 3, 5, Art. 40; PAG. z. GBO. Art. 22).

Abgesehen hiervon lassen sich folgende allgemeine Regeln für alle Arten von Rechten an Grundstücken nach BGB. aufstellen:

1. Zur Begründung durch Rechtsgeschäft ist der Regel nach Einigung und Eintragung (BGB. § 873) erforderlich. Die Wirksamkeit der Einigung hängt der Regel nach von der Beobachtung einer Form nicht ab. Für die Bestellung eines Erbbaurechts gilt die besondere Vorschrift, daß die erforderliche Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß (§ 1015); doch sind durch Art. 143 Abs. 1 EG. z. BGB. die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten und neue landesgesetzliche Vorschriften gestattet (Art. 3 das.), die in Ansehung der im Gebiete des betreffenden Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung im Falle des § 1015 BGB. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar ꝛc. erklärt werden kann. Preußen hat davon nur für die im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes belegenen Grundstücke Gebrauch gemacht und im AG. z. BGB. Art. 26 § 1 bestimmt, daß die Einigung außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen preuß. Amtsgericht oder vor einem preuß. Notar erklärt werden kann. Von dem Erfordernisse der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile kann die Landesgesetzgebung nicht absehen. Dieselben Vorschriften sind auf die Bestellung des durch Art. 68 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen vererblichen und veräußerlichen Rechtes zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Bestimmungen nicht unterliegenden Minerals entsprechend anzuwenden. Art. 63 das., der die landesgesetzlichen Bestimmungen über das Erbpachtrecht, mit Einschluß des Büdner- und des Häuslerrechts, in den Bundesstaaten aufrecht erhält, wo solche Rechte bestehen, schreibt entsprechende Anwendung nur des § 1017, nicht auch — wie Art. 68 — des § 1015 BGB. vor. Demnach wird hier die zur Bestellung erforderliche Einigung nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt ꝛc. erklärt zu werden brauchen. Über die Begründung des Bergwerkseigentums, einer selbständigen Kohlenabbauberechtigung im Geltungsbereiche des PG. v. 22. Februar 1869, eines Hilfsbaues vgl. Übers. III 6 S. 410. Die zur Bestellung einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit und einer Salzabbaugerechtigkeit in Hannover für einen Dritten erforderlichen Erklärungen können nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt abgegeben werden (PAG. z. BGB. Art. 38 § 3 Abs. 2 u. G. v. 4. August 1904 § 2 Abs. 2).

Neben der Einigung bedürfen die begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken der Regel nach zu ihrer Entstehung der Eintragung in das Grundbuch. Im Eintragungsvermerk ist neben der Angabe des Rechtes auch die Bezeichnung des Berechtigten, d. h. „desjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt", sei es eine bestimmte physische oder juristische Person oder der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks (§§ 1012, 1030, 1061, 1090, 1094, 913, 917 Abs. 2, 1018, 1105) erforderlich. Fehlt es hieran, so ist die Eintragung unwirksam, das dingliche Recht also nicht entstanden (wie bisher; RG. JW. 1900 S. 572 Nr. 21). Die Ausnahmen von der Regel der Eintragungsbedürftigkeit sind in Anm. VIII S. 272 zusammengestellt. Hier ist ergänzend noch folgendes zu bemerken.

A. Nach den Bestimmungen des BGB. bedürfen auch die Grunddienstbarkeiten zu ihrer Entstehung der Eintragung (vgl. Prot. III S. 293). Nach dem bisher. Rechte (PEigG. § 12) bedurften sie der Eintragung nicht. Die unter der Herrschaft des bisher. Rechtes

begründeten Grunddienstbarkeiten bleiben bestehen (vgl. Prot. III S. 300). Art. 187 Abs. 1 EG. z. BGB. bestimmt:

Eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bedarf zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Die Eintragung hat jedoch zu erfolgen, wenn sie von dem Berechtigten oder von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks verlangt wird; die Kosten sind von demjenigen zu tragen und vorzuschießen, welcher die Eintragung verlangt.

Stellt der Berechtigte den Antrag auf Eintragung, so ist ihm stattzugeben, wenn der Vertrag, durch den die Grunddienstbarkeit vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts bewilligt ist, in gerichtlicher oder notarieller Form vorgelegt wird (RG. Rsp. 8, S. 129). Wegen des Schicksals solcher nicht der Eintragung bedürfenden und nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks vgl. Anm. VIII 2 S. 273. Vom Vorbehalte des Art. 187 Abs. 2, wonach durch Landesgesetz bestimmt werden kann, daß die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs eingetragen werden müssen, hat Preußen keinen Gebrauch gemacht. Für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gilt Art. 187 Abs. 1 nicht (vgl. Anm. 8 zu § 1090).

B. Eine weitere Ausnahme von der Regel des Eintragungszwangs ergibt sich aus Art. 189 EG. z. BGB., wonach die Begründung (Übertragung, Belastung und Aufhebung, sowie die Änderung des Inhalts und des Ranges) eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück oder des Rechtes an einem solchen Rechte auch nach dem Inkrafttreten des BGB. bis zu der Zeit, zu der das Grundstück als angelegt anzusehen ist, nach den bisherigen Gesetzen erfolgt. Für Preußen fallen die beiden maßgebenden Zeitpunkte infolge der (durch Art. 186 Abs. 1 EG. z. BGB. vorbehaltenen) Königlichen V. v. 13. November 1899 im wesentlichen zusammen. Wo Art. 189 zur praktischen Geltung kommt, bestimmt sich auch die zur dinglichen Begründung erforderliche Einwilligung nach den bisherigen Gesetzen. Der obligatorische Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Begründung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück eingegangen wird, folgt dagegen den Regeln des BGB. (vgl. Mot. zum EG. z. BGB. S. 271), d. h. er ist an keine Form gebunden. Ein nach den Vorschriften des BGB. unzulässiges Recht kann nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr begründet werden (Art. 189 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB.). So kann z. B. vom 1. Januar 1900 ab ein dingliches Miet-, Pacht- oder Wiederkaufsrecht nicht mehr begründet werden (wegen des Wiederkaufsrechts vgl. jedoch Übers. VI zu Buch III Abschn. 6), auch nicht an solchen Grundstücken, für die das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Nach den nach Art. 189 für die Übergangszeit in Kraft bleibenden §§ 13 ff. PALR. I 22 entstehen Grundgerechtigkeiten durch rechtsgültige Willenserklärungen und durch Verjährung. Die Rechtsgültigkeit von Willenserklärungen, die nach dem 31. Dezember 1899 abgegeben werden, richtet sich nach den Bestimmungen des BGB.; sie ist von der Beobachtung einer besonderen Form nicht abhängig. Die noch unter der Herrschaft des ALR. geschlossenen Verträge über Bestellung von Grundgerechtigkeiten bedürfen der Schriftform (ALR. I 5 § 135). Liegt ein solcher Vertrag vor, so ist es nicht durchaus erforderlich, daß sich aus ihm die Bestellung der Grundgerechtigkeit direkt ergibt. Verkauft der Eigentümer zweier Grundstücke, die tatsächlich zueinander im Verhältnis eines dienenden zu einem herrschenden stehen, das dienende durch schriftlichen Vertrag, so kann schon in dem Abschlusse des Kaufvertrags die dingliche (dagegen mit Unrecht Prot. III S. 300) Einwilligung des Käufers in das Fortbestehen jenes tatsächlichen Zustandes gefunden werden. Das nämliche gilt für den Fall der Zwangsversteigerung des tatsächlich dienenden Grundstücks (vgl. RG. E. 13 S. 249, Bd 49 S. 236, JW. 1895 S. 172 Nr. 35, S. 233 Nr. 33, 1896 S. 215 S. 61, 1897 S. 66 Nr. 68, Gruch. 35 S. 103, Bd 39 S. 974, Bd 41 S. 924). Nach den Grundsätzen des PALR. I 5 §§ 156 ff. können Grundgerechtigkeiten aber auch auf Grund mündlicher entgeltlicher Verträge entstehen, wenn Erfüllung hinzutritt. Freilich bestehen sie dann nur als wider-

rufliche Rechte, aber der Widerruf steht nur den ursprünglichen Kontrahenten und deren Gesamtrechtsnachfolgern zu (OTrib. Arch. 90 S. 312, Bd 93 S. 321; RG. Gruch. 31 S. 913, Bd 32 S. 113, Bd 34 S. 998, JMBl. 1882 S. 152, 1890 S. 154). Der Sondernachfolger im Eigentume des dienenden Grundstücks ist unwiderruflich gebunden; der Sonderrechtsnachfolger im Eigentume des herrschenden Grundstücks ist zur Geltendmachung einer so bestellten Grundgerechtigkeit befugt (OTrib. Arch. 78 S. 206, Bd 98 S. 125), vorausgesetzt, daß die Servitut bereits vor dem Eintritte des Eigentumswechsels ausgeübt worden ist. Einer Quasitradition bedarf es zur Entstehung der Grunddienstbarkeiten nicht (vgl. OTrib. Arch. 10 S. 44, Bd 36 S. 65, Bd 74 S. 76; RG. Bolze 3 Nr. 112), dagegen wohl zur Entstehung von Personalservituten (OTrib. Arch. 99 S. 296). Nach dem Inkrafttreten des BGB. wird in der Übergangszeit zur Entstehung von Grunddienstbarkeiten an nicht buchungspflichtigen und nicht gebuchten Grundstücken formloser dinglicher Vertrag genügen. Die Übertragung der Vorschriften des ALR. I 5 §§ 135, 156 ff. ist nicht statthaft.

Die Entstehung der Grundgerechtigkeiten durch Ersitzung ist durch § 164 der GemTeilO. v. 7. Juni 1821 und durch G. v. 31. März 1841 erheblich eingeschränkt. Soweit Ersitzung noch statthaft ist, bildet nach gemeinem und preuß. Rechte die Fideikommiß- oder Lehnseigenschaft des belasteten Grundstücks kein Hindernis (RG. Bolze 4 Nr. 54, 911, E. 19 S. 266, Bd. 21 S. 304, JMBl. 1888 S. 182, JW. 1891 S. 361 Nr. 32), während zur Entstehung durch Vertrag Familienschluß erforderlich ist (OTrib. Arch. 98 S. 165; RG. E. 39 S. 181, JW. 1897 S. 478 Nr. 56). Da das BGB. die Ersitzung von nicht eingetragenen Grundgerechtigkeiten nicht kennt und im Sacheurechte davon ausgeht, daß sämtliche Grundstücke gebucht sind, wird im Falle des Art. 189 EG. z. BGB. auf die Vorschriften der Landesgesetze über Ersitzung, jedoch unter Berücksichtigung der Vorschrift des Art. 169 EG. z. BGG., zurückgegriffen werden müssen. Sobald das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, kann eine nicht eingetragene Grunddienstbarkeit durch Ersitzung nicht mehr erworben, die vorher begonnene Ersitzung nicht mehr vollendet werden (vgl. Prot. III S. 305), insbesondere auch nicht im Falle des Art. 128 EG. z. BGB., da das PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 die auf die Begründung von Grunddienstbarkeiten bezüglichen Bestimmungen §§ 13 ff. ALR. I 22 aufgehoben hat. Demnach können auch an ungebuchten und der Buchung nicht bedürfenden Grundstücken Grunddienstbarkeiten nur gemäß § 873 BGB. erworben werden. Das gleiche gilt für das rheinische Recht, da die Art. 690—696 code civ. durch Art. 98 Nr. 2 PAG. z. BGB. aufgehoben sind.

Nach dem bisherigen rheinischen Rechte entstehen Servituten durch Rechtsgeschäft par titre), fortwährende und zugleich in die Augen fallende (continues et apparentes) auch durch Ersitzung und durch Bestimmung des Eigentümers (code civ. Art. 690—696).

Geht ein bisher nicht buchungspflichtiges Grundstück an eine dem Buchungszwange unterworfene Person über, wird es also buchungspflichtig und gebucht, so ist Art. 187 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB. entsprechend anzuwenden. Sollen an einem nicht buchungspflichtigen Grundstück andere Rechte als Dienstbarkeiten, z. B. ein Erbbaurecht, ein Vorkaufsrecht, Reallasten, Hypotheken ꝛc., bestellt werden, so muß für das Grundstück ein Grundbuchblatt angelegt werden, weil die Entstehung dieser Rechte unter allen Umständen an die Eintragung geknüpft ist.

Nach Art. 113 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zusammenlegung von Grundstücken, über die Gemeinheitsteilung, die Regulierung der Wege, die Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, sowie über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten auch insoweit in Kraft, als sie sich auf Begründung, Änderung und Aufhebung von begrenzten Rechten an Grundstücken beziehen. Nach den in Preußen geltenden Gesetzen bedarf es nicht einer Einigung (BGB. § 873) oder einer Erklärung des Berechtigten (§ 875), sondern die dingliche Rechtsänderung tritt mit der

Bestätigung des Rezesses ein (G. v. 26. Juni 1875; AG. z. GBO. Art. 12). Vgl. Bd II Ergänz. III.

Art. 114 EG. z. BGB. hat nur für Bayern Bedeutung.

Unberührt bleiben nach Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Bergrechte angehören. Über die nach § 60 Abs. 3 PBergG. in der Fassung des AG. z. BGB. Art. 37 Nr. III als Bestandteile des oder der berechtigten Bergwerke geltenden Hilfsbaue vgl. Bd II Anhang I A Nr. IV a. E. Auch die Entstehung des Hilfsbaues ist von der Eintragung nicht abhängig.

C. Die Regel, daß begrenzte Rechte an Grundstücken zu ihrer Entstehung der Eintragung bedürfen, gilt nur für solche Rechte, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen. Dies ergibt sich aus § 873 BGB. (vgl. § 436 das. und Mot. II S. 215). Landesgesetzliche Belastungen der Grundstücke, die auf dem öffentlichen Rechte beruhen, werden durch das BGB. nicht berührt (EG. z. BGB. Art. 55). Was im einzelnen zu den öffentlichen Lasten zu rechnen ist, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten. Die für Preußen maßgebenden Bestimmungen in den Art. 1—3 AG. z. ZVG. sind in Anm. 5 S. 276 ff. mitgeteilt. Bezüglich der gemeinen Lasten ist folgendes ergänzend zu bemerken. Nach Art. 1 Nr. 2 PAG. z. ZVG. und der Rechtsprechung des OTrib. (E. 28 S. 406, Arch. 88 S. 178) wie des RG. (JW. 1892 S. 44 Nr. 23, Gruch. 36 S. 974) setzen die gemeinen Lasten begrifflich voraus:

α. daß ein Gesetz oder eine Verfassung ihre Quelle ist. Unter Verfassung ist nur der Rechtszustand im allgemeinen, der Inbegriff der bürgerlichen Gesellschaft zu verstehen. Es ist nicht notwendig, daß die maßgebenden Regeln und bindenden Normen in einer umfassenden Urkunde niedergelegt sind, sondern es ist zulässig, sie aus einer Mehrheit einzelner Titel, seien es Urteile oder Sonderverträge oder Verjährung, zu konstruieren, sofern dadurch nur das Hauptmerkmal der Verfassung, nämlich ihre verbindende Kraft für alle Interessenten, festgestellt und erkennbar wird (OTrib. E. 36 S. 194, Bd 75 S. 59; RG. Gruch. 34 S. 716, Bd 36 S. 974). Es kommt nicht auf den Ursprung der Lasten an; das entscheidende Moment ist, daß innerhalb des Geltungsbereichs der Verfassung alle Grundstücke derselben Art an den Lasten teilnehmen. Den Gegensatz bilden öffentliche Lasten, die durch konkrete behördliche Anordnungen für den Einzelfall begründet werden, also auf besonderen Rechtstiteln beruhen. Solche nur auf einzelnen Grundstücken derselben Art ruhenden und deshalb örtlich ungewöhnlichen Lasten müssen eingetragen werden, um die ihnen sonst fehlende Kundbarkeit zu erlangen;

β. daß sie öffentlich sind. Die Öffentlichkeit ist durch die Person des Berechtigten bedingt; diese muß eine öffentlich-rechtliche Person sein (PArt. 2 Nr. 1 AG. ZVG.), z. B. eine Obrigkeit und als solche gilt nach preuß. Rechte auch die Gutsherrschaft. Nach OTrib. E. 35 S. 413 bedürfen die der Gutsherrschaft zu entrichtenden Lasten der Eintragung, wenn durch Trennung vom Hauptgut ein anderer der Berechtigte geworden ist;

γ daß sie auf allen Grundstücken derselben Art im Bereiche der Verfassung, auf der sie beruhen, lasten und „gemein" sind. Sie müssen derartig allgemein sein, daß der Grundeigentümer, der der Last nicht unterworfen zu sein behauptet, besondere Exemtion nachweisen muß (PRestr. v. 24. Dezember 1792 und v. 10. März 1803, Rabe 2 S. 376, Bd 7 S. 315; vgl. auch V. v. 15. Dezember 1791, v. 3. Mai 1792, Restr. v. 28. Februar 1793, Rabe 2 S. 373, 410; PAGO. I 50 §§ 357 ff.). Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Last überall gleich ist (Restr. v. 22. Juni 1853, Jahrb. 39 S. 457; RG. V 211/98). Gleichgültig ist, ob die Last eine gewöhnliche oder außerordentliche ist (vgl. RG. Blum Urt. u. Ann. 3 S. 297, Gruch. 36 S. 978).

Nicht zum Begriffe der gemeinen Lasten gehört, daß sie in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehen; es können auch Besitzveränderungsabgaben und Patronatsbaubeiträge gemeine Lasten sein (OTrib. E. 28 S. 406; RG. Gruch. 24 S. 1017, Bd 26 S. 95, Bd 36 S. 976, JW. 1896 S. 683 Nr. 34, E. 40 S. 266).

Sämtliche Begriffsmerkmale der gemeinen Lasten treffen z. B. zu auf die Servitut der Unbebaubarkeit aus § 11 des PFluchtlinienG. v. 2. Juli 1875 (RG. JW. 1892 S. 44 Nr. 23, Gruch. 36 S. 974), oder der beschränkten Bebaubarkeit (RG. Gruch. 47 S. 833), auf die Straßenanliegerbeiträge aus § 15 desselb. Ges. (OTrib. Arch. 97 S. 25; RG. Gruch. 34 S. 713, Bd 36 S. 977, Bd 41 S. 151, JW. 1896 S. 683 Nr. 34, 1900 S. 680 Nr. 54, 1902 S. 191 Nr. 40, E. 30 S. 234), auf die Verpflichtung der Grundeigentümer in Berlin, das erste Straßenpflaster zu legen oder zu den hierzu erforderlichen Kosten beizutragen, und auf die Verhaftung der Sondernachfolger für Rückstände aus der Zeit vor ihrem Erwerbe (RG. Gruch. 27 S. 991), auf die Verpflichtung der Grundeigentümer in Berlin, den Bürgersteig an ihren Grundstücken zu pflastern und das Pflaster zu unterhalten (OTrib. Arch. 64 S. 296), auf die Beiträge und Leistungen des mit dem Besitz eines Grundstücks verbundenen Kirchenpatronats, sei es, daß sie auf den Gesetzen, sei es, daß sie auf einem Vertrage beruhen, der einen Teil der örtlichen Kirchenverfassung bildet (vgl. OTrib. E. 74 S. 71, Bd 75 S. 59; RG. Gruch. 36 S. 1110), auf die Freikurberechtigungen (des älteren Rechtes) der Kirchen, Schulen und des Grundeigentümers (OTrib. E. 74 S. 214, Bd 76 S. 176), auf die aus einem Parochialverbande stammenden Zehnten, wenn dieser Verband auch später aufgelöst ist (RG. Z. f. PR. 1 S. 702), auf die nach Ortsstatut auf Grund des Fluchtliniengef. v. 2. Juli 1875 zu zahlende Kanalisationsanschlußgebühr (RG. JW. 1898 S. 690 Nr. 97, E. 42 S. 176). Weitere Beispiele, bei denen es darauf ankommt, ob die Last auf der Verfassung oder auf einem besonderen Titel beruht, sind: die Abgaben und Leistungen an die Scharfrichtereien in Pommern (OTrib. Arch. 9 S. 140); die Verreichsgebühren im Fürstentume Pleß (AppGer. Ratibor in KochArch. 6 S. 438); die Wege- und Brückenbaulast, auch wenn sie aus einem zwischen der Gutsherrschaft und den Untertanen geschlossenen „Vernehmen" hergeleitet wird (OTrib. Arch. 59 S. 184); die Pfarrbezempflicht, die auf den Rittergütern des Kreises Breslau für die Parochie St. Nikolai haftet (OTrib. E. 69 S. 264); die Abgaben und Leistungen, die zur Zeit des Erlasses der V. v. 30. Januar 1846 von evangelischen und mennonitischen Grundbesitzern im großen und kleinen Marienburger Werder in Rücksicht auf ihren Grundbesitz zum Unterhalte der evangelischen Geistlichen und Kirchendiener zu entrichten waren (OTrib. E. 72. S. 170, Bd 81 S. 250; RG. Gruch. 24 S. 462, Bolze 3 Nr. 11, Bd 7 Nr. 85); die Leistungen der Gutsherrschaften in Schlesien zum Unterhalte der Lehrer an den niederen katholischen Schulen (OTrib. Arch. 94 S. 102); die bei Bauten und Reparaturen der Gebäude von „gemeinen Schulen" den Gutsherrschaften auferlegte Verpflichtung, die auf dem Gute, wo sich die Schule befindet, gewachsenen und gewonnenen Materialien, soweit solche hinreichend vorhanden und zum Baue notwendig sind, unentgeltlich zu verabfolgen (RG. Gruch. 26 S. 953).

Diese Lasten verlieren den öffentlichen Charakter nicht dadurch, daß sie in einem Vertrag übernommen werden (ZfPR. 1 S. 702), wohl aber durch Abtretung des Hauptrechts an eine Privatperson (OTrib. E. 35 S. 413).

Nicht zu den gemeinen Lasten gehören und unterliegen daher dem Eintragungszwange: die städtische Umsatzsteuer aus dem PKommunalabgG. v. 14. Juli 1893 (RG. JW. 1898 S. 89 Nr. 77, S. 100 Nr. 104, JMBl. 1898 S. 42, E. 40 S. 264) und die an Privatversicherungsanstalten auf Gegenseitigkeit zu entrichtenden Mitgliederbeiträge (OTrib. E. 64 S. 340, Arch. 72 S. 11; RG. E. 23 S. 236, Bd 25 S. 238); das im Urkaufe bedungene Recht zur Erhebung von Verreichsgebühren und der darin vom ersten Erwerber übernommene Grundzins (OTrib. Arch. 3 S. 99, Bd 4 S. 10); der Grundzins in der Provinz Posen (Reskr. v. 1. Februar 1831, Posadowski HypWesen in Posen S. 191); der von den Besitzern allodifizierter Lehengüter im ehemaligen Königreiche Westfalen und im ehemaligen Großherzogtum Berg gesetzlich an den früheren Lehnsherrn zu entrichtende Allodifikationszins (OTrib. E. 8 S. 161); der Meliorationszins nach dem Statute der Allensteiner Kreiskorporation (OTrib. Arch. 5 S. 74); der Zehnte in Schlesien (OTrib.

Arch. 34 S. 127); die Zehnten und deren Surrogate (composita) im Großherzogtume Posen (Trib. E. 35 S. 149, Bd 42 S. 310); die Leistungen der Hirten an die Gutsherrschaft oder Pfarre (Z. d. RevKoll. 3 S. 263); die Laudemien, auch wenn sie auf das Domänenrentamt übergegangen sind (RG. Gruch. 26 S. 1000); eine sogen. Landrente, die vermöge der Ablösung von Reallasten durch Vermittlung der Rentenbank an diese zu zahlen ist (RG. ZfPR. 1 S. 721); die vom Grundstücksbesitzer für sich und seine Besitznachfolger der Polizeibehörde gegenüber vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, die Straße auf Verlangen der zuständigen Behörde auf seine Kosten pflastern zu lassen (RG. ZfPR. 1 S. 58); endlich das Grundsteuerentschädigungskapital und die Grundsteuerentschädigungsrente (RG. E. 59 S. 400).

Werden gemeine Lasten bei der Separation auf die Ersatzstücke übertragen, so bedürfen sie auch dann nicht der Eintragung, wenn die Ersatzstücke nicht zu der Klasse von Grundstücken gehören, auf denen die gemeine Last ruht (RG. JW. 1895 S. 491 Nr. 57).

Zu erwähnen ist noch die durch Art. 3 Nr. 2 PAG. z. ZVG. auf ganz Preußen ausgedehnte Bestimmung des § 7 Nr. 6 G. über das Kostenwesen in Auseinandersetzungssachen vom 24. Juni 1875. Danach werden bei der Sequestration und Zwangsversteigerung eines bei einer Auseinandersetzung beteiligten Grundstücks die während der Dauer der Separation festgesetzten Kosten oder fällig werdenden Terminalvorschüsse aus den Revenüen mit dem Vorrechte der öffentlichen Abgaben entrichtet. Sie erhalten also bei der Kaufgelderbelegung Anweisung an dritter Stelle (ZVG. § 10 Nr. 3), und zwar zwischen den im AG. z. ZVG. Art. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Lasten. Der Ersteher erhält das Grundstück frei von den vor dem Zuschlage festgesetzten Kosten und fällig gewordenen Terminalleistungen.

Bezüglich der Renten vgl. Anm. 2 S. 273. Die Rentenbank- und die Domänenamortisations-Renten sind vom Eintragungszwange befreit, gleichviel ob sie an die Stelle öffentlicher Lasten oder privatrechtlicher, eingetragener Reallasten getreten sind. Sie können aber eingetragen werden (§ 18 Abs. 2 PG. v. 2. März 1850), wenn das Ablösungskapital mehr als 60 Mk beträgt, und dann sind für die Eintragung — auch in der Prov. Hannover — die Bestimmungen des G. v. 2. März 1850 maßgebend (PAG. z. GBO. Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2). Dadurch, daß eine solche eingetragene Rente aus Versehen gelöscht ist, wird weder ihre Dinglichkeit noch ihr Rang beeinträchtigt (RG. E. 6 S. 292). Sie kann daher, abweichend von der Regel der §§ 54, 71 Abs. 2 GBO., von Amts wegen oder auf einseitigen Antrag der Rentenbanktommission wieder eingetragen werden, wenn sie bei der Übertragung eines Grundstücksteils auf ein anderes Blatt aus Versehen nicht mitübertragen ist (RG. JW. 27 S. A 115). Unberührt bleiben nach Art. 12 Abs. 1 Satz 3 AG. z. GBO. die Vorschriften des § 6 Nr. 6 RentengutsG. v. 7. Juli 1891, wonach auf Antrag der Generalkommission im Grundbuche zu vermerken ist, daß das Grundstück als Rentengut der Rentenbank rentenpflichtig ist, und § 23 Abs. 3 Nr. 3 AnerbenrechtsG. v. 8. Juni 1896, wonach nach Übernahme der Erbabfindungsrente auf die Rentenbank auf Ersuchen der Generalkommission im Grundbuche zu vermerken ist, daß das Anerbengut der Rentenbank rentenpflichtig ist. Die von der Rentenbank nicht übernommenen Abfindungsrenten sind auf Verlangen der Berechtigten einzutragen (§ 20 Abs. 5 Satz 2 G. v. 8. Juni 1896, § 37 Ges. v. 2. Juli 1898). Die auf einem Gute auf Grund des PG. v. 14. Juli 1893 (GS. § 119) haftende Grundsteuerentschädigungsrente ist zwar eine öffentliche, auf dem Grundstücke dinglich ruhende Last, sie gehört aber nicht zu denjenigen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind, weil sie nicht allen Grundstücken derselben Art im Bereiche des Gesetzes, aus welchem sie stammt, gemeinsam ist (§ 24 G. v. 14. Juli 1893) und weil sie nach § 26 das. in Verbindung mit den §§ 18—27 des Rentenbankges. v. 2. März 1850 und Art. 12 PAG. z. GBO. in das Grundbuch eingetragen werden kann. Sie gehört daher auch nicht zu den öffentlichen Lasten, für die der Verkäufer nach § 436 BGB. nicht haftet (RG. E. 59 S. 400).

Die Landeskulturrente und ihr Vorzugsrecht bedürfen zur dinglichen Wirksamkeit Dritten gegenüber der Eintragung (vgl. Anm. IV S. 168).

Über das Vorkaufsrecht vgl. Übers. zu Buch III Abschn. 6 Nr. V und Nr. 2 S. 273.

2. Als zweite allgemeine Regel ist aufzustellen: Die Aufhebung der hier behandelten begrenzten Rechte an einem Grundstücke richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 875, 876, 878, 901, 902 BGB.; sie tritt nicht dadurch ein, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum am Grundstück erwirbt (§ 889 BGB.). Im allgemeinen kann hier auf die Bemerkungen zu den angeführten Paragraphen verwiesen werden. Im einzelnen ist noch folgendes zu erwähnen. Grundsätzlich kann nach dem BGB. ein solches Recht nur durch Erklärung des Berechtigten und durch Löschung aufgehoben werden. Im Falle des § 876 ist auch noch die Zustimmung des Dritten erforderlich. Insbesondere ist zur Aufhebung einer nach Art. 187 Abs. I EG. z. BGB. der Eintragung nicht bedürfenden Grunddienstbarkeit außer der Verzichterklärung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks auch noch die Einwilligung der an diesem Grundstücke berechtigten Realgläubiger (aber nicht Löschung) erforderlich (Prot. III S. 304 E). Aufhebung durch Verjährung ist der Regel nach nur möglich, wenn das Recht aus Versehen gelöscht ist (§ 901 Satz 1); doch läßt § 901 Satz 2 auch die Verjährung eines kraft Gesetzes entstandenen Rechtes an einem Grundstücke zu, das in das Grundbuch nicht eingetragen worden ist. Das BGB. kennt an kraft Gesetzes entstehenden Rechten an fremden Grundstücken die Überbau- und die Notwegrente. Diese unterliegen aber der Verjährung nicht (Anm. 4 S. 378). Abgesehen hiervon können nach BGB. nur der Nießbrauch und die Sicherungshypothek in den Ausnahmefällen der §§ 1075, 1287 kraft Gesetzes entstehen. Wird hier vom Berechtigten die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung dieser Rechte versäumt, so findet § 901 Satz 2 Anwendung. Eine ganz besondere Bestimmung über Verjährung ist im § 1028 enthalten (vgl. Anm. 1 zu § 1028). Ein Antrag, das Institut der Servitutenerlöschung durch Nichtgebrauch einzuführen, wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 323).

Davon, daß begrenzte Rechte an Grundstücken auch ohne Löschung im Grundbuch erlöschen können, ist bereits in Anm. 3 S. 143 gehandelt; hier interessieren insbesondere die Fälle:

a. des § 1026, wonach bei Teilung eines mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks die Teile, die von der Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht betroffen werden, von ihr frei werden;

b. des § 1025 Satz 2, § 1109 Abs. 3, wonach bei Teilung des berechtigten Grundstücks die Dienstbarkeit oder Reallast, die nur einem Teile zum Vorteile gereicht, für die übrigen Teile erlischt;

c. der §§ 1104, 1112, wonach das Vorkaufsrecht und die Reallast beim Unbekanntsein des Berechtigten durch ein im Aufgebotsverfahren zu erlassendes Ausschlußurteil zum Erlöschen gebracht werden.

Für das Erlöschen des Erbbaurechts infolge rechtsgeschäftlicher Erklärung ist trotz § 1017 Abs. 1 nicht § 928, sondern es sind die Bestimmungen der §§ 875, 876, 878 maßgebend. Dadurch, daß der Berechtigte das Erbbaurecht aufgibt, fällt dieses nicht (wie das Eigentum im Falle des § 928) ins Leere, sondern wächst dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Es ist also jemand vorhanden, der an dem Aufgeben des Rechtes ein Interesse hat. Daraus folgt, daß die Erklärung nicht nur (wie im Falle des § 928) gegenüber dem Grundbuchamte, sondern auch gegenüber dem Eigentümer, zu dessen Gunsten sie gereicht, abgegeben werden kann (§ 875 Abs. 1 Satz 2). Durch die Vereinigung mit dem Eigentume geht das Erbbaurecht nicht unter, wenn nicht noch die Löschung im Grundbuche hinzutritt. Das Grundstück geht im Falle des § 928 nicht unter; es bleibt den Realgläubigern erhalten. Daher ist deren Einwilligung nicht nötig. Wird dagegen das Erbbaurecht aufgehoben, so sind die, für die das Erbbaurecht belastet ist, in hohem Maße

interessiert. Daher ist ihre Zustimmung zur Aufhebung erforderlich (§ 876 Satz 1). Erst wenn auch diese erteilt und die Löschung im Grundbuch erfolgt ist, ist das Erbbaurecht erloschen. Ist für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt angelegt (GBO. § 7), so wird dieses zwar zu schließen sein, aber wesentlich ist für die Aufhebung nur die Löschung im Grundbuche des belasteten Grundstücks (vgl. Prot. III S. 285; Biermann Nr. 2c zu § 1017, Gierke SR. S. 620 Anm. 26; a. M. Fuchs Nr. 6 zu § 1015). Der öffentliche Glaube des für ein Erbbaurecht angelegten besonderen Blattes erstreckt sich nur auf die Belastungen und Veränderungen, nicht auf die Existenz der Berechtigung (a. M. Fuchs Nr. 6 zu § 1015, nach dem der gutgläubige Erwerber eines nur im Grundbuche des Grundstücks gelöschten Erbbaurechts dem gutgläubigen Erwerber des Grundstücks gegenüber geschützt sein würde). Wer ein Erbbaurecht erwerben will, muß sich durch Einsicht der Grundakten des belasteten Grundstücks von seiner Existenz überzeugen (Prot. III S. 286). Übrigens aber wird der Grundbuchrichter ordnungsgemäß auch das Blatt des Erbbaurechts schließen und, wenn er dies versäumt, für den entstandenen Schaden dem ersatzpflichtigen Staate haften. Daß § 928 Abs. 2 BGB. auf das Erbbaurecht nicht paßt, liegt auf der Hand (Mot. III S. 464). Nach § 1016 erlischt das Erbbaurecht nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht. „Eine Aufhebung durch non usus oder durch Verjährung ist schon durch das dem § 902 zugrunde liegende Prinzip ausgeschlossen. Ferner wird der von der gemeinrechtlichen Doktrin behauptete Erlöschungsgrund, wenn der Superfiziar unbeerbt stirbt, nicht erwähnt, weil kein Grund vorliegt, im Falle der Sukzession des Fiskus das Erbbaurecht das Schicksal aller anderen Nachlaßgegenstände nicht teilen zu lassen. Endlich kann auch die Verwirkung durch dreijährigen Rückstand des Solarium nicht in Betracht kommen, da das BGB. die Belastung mit einer Realabgabe nicht zu einem wesentlichen Momente der Superfizies gemacht hat." (Mot. S. 469.)

Eigentümlich geregelt ist die Aufhebung der Überbau- und Notwegrente. Diese Renten werden nicht eingetragen (§§ 914 Abs. 2, 917 Abs. 2). Sie können durch Verzicht des Berechtigten aufgehoben werden, aber der Verzicht erlangt dingliche Wirksamkeit nur durch hinzukommende Eintragung, die ohne Zustimmung der sämtlichen an den beteiligten Grundstücken dinglich Berechtigten nicht erfolgen darf (vgl. Anm. 3 S. 388). Mit der Beseitigung des Überbaues und des Notwegs gehen diese Rentenberechtigungen von selbst unter (aber nicht die Ansprüche auf rückständige Jahresbeträge).

Ohne Löschung erlischt der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers und, wenn er einer juristischen Person zusteht, mit dieser (§ 1061).

Bezüglich der nach Landesgesetzen bestehenden Belastungen eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals ordnet Art. 68 EG. z. BGB. entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 BGB. an. Ihre Aufhebung folgt den Regeln über rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts. Da sie auch sonst den Bestimmungen über das Erbbaurecht folgen (GBO. § 84), so dürfte in der Anordnung der Anwendung der §§ 875, 876 BGB. eine weitere Bestätigung der Annahme liegen, daß die Aufhebung des Erbbaurechts nicht nach § 928 BGB. eintritt. Bezüglich des im Art. 63 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Erbpachtrechts mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts fehlt es an einer ähnlichen Vorschrift. Es ist nur entsprechende Anwendung des § 1017 BGB. angeordnet. Nach diesem gelten für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften. Danach erscheint die Anwendung der §§ 875, 876 nicht zulässig; § 928 aber paßt hier so wenig, wie bei dem Erbbaurecht. Es sind daher die landesgesetzlichen Vorschriften anzuwenden (vgl. Mater. zu Abschn. 3 des EG. S. 76). Übrigens interessiert diese Frage für Preußen nicht, weil hier das Recht des Erbpächters durch § 2 Nr. 2 AblösG. v. 2. März 1850 in Eigentum umgewandelt ist.

In Betracht kommt endlich auch für die Aufhebung begrenzter Rechte an Grundstücken Art. 189 Abs. 3 EG. z. BGB.:

Die Aufhebung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt auch nach dieser Zeit nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird.

Nach Art. 128 das. sind für die Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. nicht eingetragen zu werden braucht, die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend. Diese Vorschriften setzen nichteingetragene Rechte, das BGB. setzt dagegen eingetragene Rechte voraus. So laufen denn zwei ganz verschiedene Systeme mit ganz verschiedenen Grundsätzen nebeneinander, und dieser unerfreuliche Zustand wird bei einem großen Teile der Grunddienstbarkeiten auf unabsehbare Zeit fortbestehen. Freilich können in Preußen Dienstbarkeiten an nichtgebuchten Grundstücken nicht mehr begründet werden (vgl. A S. 524), aber, da Preußen von dem Vorbehalte des Art. 187 Abs. 2 EG. z. BGB. keinen Gebrauch gemacht hat, bedürfen die Grunddienstbarkeiten, die zu der Zeit bestehen, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht und es sind für ihre Aufhebung die bisherigen Gesetze maßgebend (Art. 187 Abs. 1, 189 Abs. 1 und 3). Nun hebt zwar Art. 89 Nr. 1 PAG. z. BGB. die von der Aufhebung der Dienstbarkeiten handelnden Bestimmungen des ALR. I 22 §§ 43 ff. auf, allein da das BGB. nichteingetragene begrenzte Rechte an Grundstücken grundsätzlich nicht anerkennt und daher auch Vorschriften über die Aufhebung solcher Rechte nicht kennt, wird angenommen werden müssen, daß die Aufhebung in jenem Art. 89 sich auf die Fälle der Art. 187 Abs. 1, 189 Abs. 1 und 3 nicht bezieht, weil es sonst an allen Normen für die Aufhebung der älteren Servituten fehlen würde (zustimmend Boethke in Gruch. 49 S. 154).

Im Gebiete des preuß. Rechtes, in dem Grundbücher bereits bestehen, waren nur wenige begrenzte Rechte an Grundstücken vom Eintragungszwange befreit (vgl. § 12 Abs. 2 EigG.). Da von diesen das gesetzliche Vorkaufsrecht (der Miteigentümer) an Grundstücken beseitigt (Mot. III S. 437) und die Miete und die Pacht des Charakters der Dinglichkeit entkleidet sind, kommen nur die Grunddienstbarkeiten und die Gebrauchs- und Nutzungsrechte, die nach den §§ 8, 142 BergG. im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können, in Betracht. Diese bedürfen auch in Zukunft weder zu ihrer Entstehung, noch zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung (Art. 22 Nr. 2 AG. z. BGB.). Von erheblichem Interesse für die Anwendung des § 189 Abs. 1 und 3 EG. z. BGB. sind für das preuß. Rechtsgebiet nur die Grunddienstbarkeiten. Die Aufhebung bestehender älterer, nichteingetragener Dienstbarkeiten erfolgt nach dem bisherigen Rechte. Danach erlöschen Grunddienstbarkeiten (abgesehen von den nach dem Inkrafttreten des BGB. jedenfalls nach diesem zu beurteilenden allgemeinen Erlöschungsgründen) durch eine besonders qualifizierte stillschweigende Einwilligung des Berechtigten (ALR. I 22 §§ 43 ff.). Eine solche Einwilligung wird vom Gesetz angenommen, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß im belasteten Grundstück Anstalten und Einrichtungen getroffen werden, die die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen. Voraussetzung ist, daß eine sichtbare Anlage errichtet wird. Sobald der Berechtigte von dieser Anlage und (RG. Gruch. 30 S. 938) davon, daß sie die Ausübung seines Rechtes geradezu (d. h. völlig; RG. JW. 1896 S. 380 Nr. 54) unmöglich macht, Kenntnis erlangt (auf welche Weise ist gleichgültig; OTrib. Arch. 68 S. 307), muß er gegen die Fertigstellung der Anlage Widerspruch erheben (OTrib. Arch. 90 S. 251; RG. Gruch. 36 S. 965, V 221. 97). Für die Erhebung des Widerspruchs ist eine Form nicht vorgeschrieben (nur muß der Widerspruch so beschaffen sein, daß der andere davon rechtzeitig Kenntnis erhält; RG. V 221. 97). Aus dem späteren untätigen Verhalten des

Widersprechenden kann gefolgert werden, daß er seinem Widerspruche keine weitere Folge habe geben wollen (RG. Gruch. 24 S. 483, Bd 29 S. 328, E. 32 S. 188, JW. 1895 S. 233 Nr. 34). Erhält der Berechtigte erst nach Vollendung der Anlage von dieser und ihren Folgen für sein Recht Kenntnis, so bedarf es keines Widerspruchs, sondern er kann innerhalb der Verjährungsfrist eine den Umständen angemessene Abänderung und nach Lage des Einzelfalls wohl auch gänzliche Beseitigung der Anlage fordern (OTrib. Arch. 35 S. 39; RG. JW. 1896 S. 716 Nr. 76, 1898 S. 401 Nr. 53). Ist die Anlage nur geeignet, die Ausübung der Grunddienstbarkeit zu erschweren, so hat die Unterlassung der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs nur zur Folge, daß die Grunddienstbarkeit eingeschränkt wird (ALR. I 22 § 45). Der Einwand des Berechtigten, daß er nicht den Verzichtwillen gehabt habe, ist dem § 43 daf. gegenüber unerheblich (RG. V 221. 97). Über den hohen praktischen Wert der Bestimmung des § 43 war die Rechtsprechung einig. Dennoch wurde von der 2. Komm. ein Antrag auf Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das BGB. abgelehnt (Prot. III S. 325).

Nichteingetragene Grunddienstbarkeiten können in Preußen außerdem durch Verjährung durch Nichtgebrauch untergehen (ALR. I 22 § 50). Die Verjährung von Grunddienstbarkeiten, deren Dasein aus einer zu ihrer Ausübung im belasteten Grundstücke vorhandenen fortwährenden Anlage von einem jeden erkannt werden kann, beginnt jedoch erst mit der Beseitigung dieser Anlage (§§ 16, 50, 51 daf.). Ferner erlöschen nichteingetragene Grundgerechtigkeiten nach § 52 daf. durch Konfusion. Ist die Grunddienstbarkeit aber durch eine Anlage bezeichnet, so tritt diese Wirkung der Konfusion nur ein, wenn die Anlage beseitigt wird; andernfalls tritt die frühere Grunddienstbarkeit wieder in Wirkung, wenn das belastete Grundstück demnächst an einen besonderen Eigentümer gelangt (§§ 53, 54 daf.). Nach code civ. Art. 705, 694 gelten für die Konfusion im wesentlichen dieselben Grundsätze. Außerdem erlöschen die Grunddienstbarkeiten durch dreißigjährigen Nichtgebrauch (Art. 706, 707).

Für sämtliche, auch für die nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetragenen Grunddienstbarkeiten bleiben endlich die sich aus der PGemTeilO., dem ErgänzG. v. 2. März 1850 und der V. v. 20. Juni 1817 ergebenden Erlöschungsgründe in Kraft (Art. 113 EG. z. BGB.).

3. Für Erweiterungen begrenzter Rechte an Grundstücken gelten dieselben Regeln, wie für die Bestellung, und für Einschränkungen dieselben Regeln, wie für die Aufhebung (BGB. § 877). Besondere einschränkende Bestimmungen enthalten die §§ 1025 Satz 2, 1109 Abs. 2, 3 für Grunddienstbarkeiten und für die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehenden Reallasten für den Fall der Teilung des Grundstücks des Berechtigten:

a. gereicht die Grunddienstbarkeit nur einem Teile des Grundstücks zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile;

b. gereicht die Reallast nur einem der Teile des Grundstücks zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden;

c. trifft die Voraussetzung zu b nicht zu, so kann der Berechtigte bestimmen, daß das Recht (die Reallast) nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat gegenüber dem Grundbuchamte zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung. Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält.

In keinem dieser Fälle bedarf es einer dinglichen Einigung. In den Fällen zu a und b und im Falle des letzten Satzes zu c (§ 1109 Abs. 2 Satz 3) vollzieht sich die Änderung mit der Teilung von Rechts wegen und bedarf nicht der Eintragung. In den Fällen zu c werden im Grundbuche die abveräußerten Teile ohne weiteres frei von der Reallast abgeschrieben. In den Fällen zu a und b wird der Grundbuchbeamte hierzu nicht in der Lage sein, da ihm die Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen des teilweisen

Erlöschens fehlt. Er wird also die Nichtübertragung von der Einwilligung des Berechtigten abhängig machen müssen.

Außerdem kommt Art. 113 EG. z. BGB. in Betracht, wonach unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten, die sich auf die Änderung dieser Rechte und auf die Berichtigung des Grundbuchs beziehen.

4. Die Rangordnung der hier behandelten Rechte und Änderungen des Rangverhältnisses bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 879—881 BGB. Die Überbau- und die Notwegrente gehen jedoch, obwohl sie nicht eingetragen werden, allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren vor (§§ 914 Abs. 1, 917 Abs. 2 Satz 2). Für den Rang des im Falle des § 1075 ohne Eintragung entstehenden Nießbrauchs wird der Zeitpunkt der Entstehung für maßgebend erachtet werden müssen. Das Verhältnis des Ranges der gesetzlichen Vorkaufs- und Retraktrechte, die nach dem Inkrafttreten des BGB. infolge der Vorbehalte im EG. z. BGB. landesgesetzlich in Kraft bleiben, untereinander und beim Zusammentreffen mit dem im BGB. geregelten, rechtsgeschäftlich begründeten dinglichen Vorkaufsrechte wird im BGB. nicht geregelt, da es Aufgabe der Landesgesetzgebung ist, diese Verhältnisse mit den Sonderrechten, in denen sie ihren Sitz haben, zu regeln (Mot. III S. 451). In Preußen waren die gesetzlichen Vorkaufs- und Retraktrechte durch §§ 2 Nr. 6, 4 des AblösG. v. 2. März 1850 bis auf das Vorkaufsrecht der Miteigentümer zu ideellen Anteilen und bis auf das Retraktrecht der Miterben nach rhein. Zivilrecht aufgehoben. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer ist durch Nichtaufnahme in das BGB. beseitigt; das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben ist im § 2034 Abs. 1 BGB. geregelt, kommt hier aber nicht in Betracht, da es sich nicht auf die einzelnen Nachlaßsachen, sondern auf den Anteil an der Erbschaft bezieht. Nach dem Inkrafttreten des G. v. 2. März 1850 sind aber in Preußen wieder mehrere gesetzliche Vorkaufsrechte eingeführt, nämlich:

a. durch § 141 Abs. 2 ABergG. v. 24. Juni 1865 das Vorkaufsrecht des zeitigen Eigentümers des durch die ursprüngliche Veräußerung verkleinerten Grundstücks (aufrecht erhalten durch Art. 67 EG. z. BGB.);

b. durch § 57 Abs. 2, 3 EnteignG. v. 11. Juni 1874 das Vorkaufsrecht des zeitigen Eigentümers des enteigneten Grundstücks (aufrecht erhalten durch Art. 109 EG. z. BGB.);

c. durch das G., betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, v. 8. Juni 1896 § 27 u. durch das G., betr. das Anerbenr. in Westfalen ꝛc., v. 2. Juli 1898 § 33 das gesetzliche Vorkaufsrecht der anerbenberechtigten Miterben (aufrecht erhalten durch Art. 64 EG. z. BGB.).

d. Dazu tritt dann noch in der Prov. Hannover das auf den statutarischen Bestimmungen der Ritterschaft des Herzogtums Bremen beruhende Vorkaufs- und Retraktrecht der Agnaten an den ritterschaftlichen Erbstammgütern (§ 3 G. v. 24. Dezember 1872, aufrecht erhalten durch Art. 59 EG. z. BGB.).

Von diesen bedürfen nur die zu a und b aufgeführten nicht der Eintragung zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (PAG. z. BGB. 22 Nr. 1).

Nach PALR. I 20 § 587 hat das gesetzliche Vorkaufsrecht den Vorzug (Vorrang) vor dem vertragsmäßigen. Diese Bestimmung wird gegenüber den nach dem Inkrafttreten des BGB. durch Rechtsgeschäft begründeten Vorkaufsrechten nur zugunsten der der Eintragung nicht bedürfenden gesetzlichen Vorkaufsrechte anzuwenden sein. Die Rangordnung der der Eintragung bedürfenden gesetzlichen Vorkaufsrechte regelt sich entsprechend dem § 879 BGB. Für die vor dem 1. Januar 1900 durch Rechtsgeschäft begründeten dinglichen Vorkaufsrechte ist § 587 ALR. I 20 nach Art. 184 EG. z. BGB. unbedingt maßgebend.

5. Zur Sicherung des durch Rechtsgeschäft begründeten Anspruchs auf Einräumung der hier behandelten Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden (BGB. § 883).

6. Im Falle der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück sind nach der Regel des § 45 ZVG. die nach Nr. II 1 S. 524 ff. der Eintragung bedürftigen und eingetragenen Rechte, die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehen, unbedingt, die nicht eingetragenen und der Eintragung nicht bedürfenden Rechte nur dann bei Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen, wenn sie rechtzeitig angemeldet und, falls der Gläubiger widerspricht, glaubhaft gemacht werden. Soweit ein solches Recht bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt ist oder sein Fortbestehn als Versteigerungsbedingung gestellt oder zwischen dem Ersteher und dem Berechtigten vereinbart ist, bleibt es bestehen (§§ 52, 91 das.). Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so erlischt es mit dem Zuschlage, doch tritt dann, falls das Recht nicht auf Entrichtung eines Kapitals gerichtet ist, an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach Befriedigung der vorgehenden Berechtigten übrig bleibt. Der Ersatz für einen Nießbrauch, für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, sowie für eine Reallast von unbeschränkter Dauer ist durch Zahlung einer Geldrente zu leisten, die dem Jahreswerte des Rechtes gleich kommt. Bei ablösbaren Rechten bestimmt sich der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme (§ 92 das.). Ist für den Fall des Erlöschens des Rechtes nach § 882 BGB. ein Höchstbetrag bestimmt und in das Grundbuch eingetragen, so darf dieser bei der Festsetzung nicht überschritten werden (vgl. Denkschr. z. ZVG. S. 93). Eine Ausnahme ist für die Überbau- und Notwegrente gemacht. Diese Renten bleiben, obwohl sie von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen sind, bestehen, auch wenn sie nicht angemeldet und nicht bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt sind (ZVG. § 52 Abs. 2). Nießbrauch und Sicherungshypothek müssen, soweit sie ohne Eintragung entstehen (§§ 1075, 1282, 1287 BGB.; § 848 ZPO.) und nicht eingetragen sind, angemeldet und eventuell glaubhaft gemacht werden.

Das durch Rechtsgeschäft begründete dingliche Vorkaufsrecht darf, abweichend vom bisherigen Rechte (PZVG. v. 1883 § 67), bei der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt werden (§§ 1098 Abs. 1, 512 BGB.). Dagegen findet das gesetzliche Vorkaufsrecht des anerbenberechtigten Miterben auch bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung statt (PG. v. 8. Juni 1896 § 27 Abs. 3 Satz 2; G. v. 2. Juli 1898 § 33 Abs. 3 Satz 2). Ebensowenig sind die übrigen nach dem EG. z. BGB. bestehen bleibenden gesetzlichen Vorkaufsrechte auf die Geltendmachung im Falle der freiwilligen Veräußerung beschränkt (vgl. auch Übers. zu Buch III Abschn. 6).

Die dem öffentlichen Rechte angehörenden Lasten werden von der Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht berührt, Rückstände werden nur berücksichtigt, wenn sie spätestens im Verteilungstermin angemeldet werden (ZVG. § 114).

So ist die Rechtslage in den Fällen, wo lediglich das neue Reichsrecht zur Anwendung kommt. In einer großen Zahl von Fällen bleibt jedoch das Landesrecht maßgebend, und zwar teils auf Grund der allgemeinen Vorbehalte im EG. z. BGB. (Art. 67, 109, 113, 114), die nach § 2 Abs. 1 EG. z. ZVG. auch für die Landesgesetze über die Zwangsversteigerung und Verwaltung gelten, teils auf Grund des besonderen Vorbehalts im § 9 EG. z. ZVG.

a. Unter die allgemeinen Vorbehalte fallen die Rechte an Grundstücken, die nach Art. 22 PAG. z. BGB. (mitgeteilt in Nr. 2 S. 273) oder nach sonstigen landesgesetzlichen Vorschriften zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, also die im PBergG. § 141 Abs. 2 u. im PEnteignG. § 57 Abs. 2, 3 bezeichneten Vorkaufsrechte, die bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, der Hilfsbau im Falle des BergG. § 60 Abs. 3 Satz 2 (in der Fassung des PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. III), die Ablösungsrenten, die im § 45 des GrundbG. für Kassel v. 29. Mai 1873 erwähnten Darlehen der Landeskreditkasse und die in dem für die vormaligen bayerischen Landesteile des AppGerBez. Kassel erlassenen G. v. 29. Mai 1874 behandelten Grundlasten und Geldansprüche. Alle diese Rechte bleiben nach Art. 6 AG. z. ZVG. auch dann bestehen,

wenn sie bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt sind. Vorgehende oder gleichstehende Gläubiger können nicht verlangen, daß das Erlöschen eines solchen Rechtes als Versteigerungsbedingung bestimmt werde.

b. Nach dem *besonderen Vorbehalt* im § 9 EG. z. ZVG. ist, soweit ein nach Landesgesetz begründetes Recht, das nicht in einer Hypothek besteht, zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht bedarf, oder soweit eine Dienstbarkeit oder Reallast als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug eingetragen ist, die Landesgesetzgebung befugt, zu bestimmen, daß das Recht von der Zwangsversteigerung unberührt bleibt, auch wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist, mit der Beschränkung jedoch, daß das Erlöschen eines solchen Rechtes auf Verlangen eines Beteiligten als Versteigerungsbedingung zu bestimmen ist, wenn durch das Fortbestehen ein dem Rechte vorgehendes oder gleichstehendes Recht des Beteiligten beeinträchtigt werden würde. Die diesem Vorbehalt entsprechenden Bestimmungen sind im Art. 6 Abs. 2 PAG. z. ZVG. getroffen bezüglich der im Grundbuch als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug eingetragenen Dienstbarkeiten und Reallasten, sowie der Grunddienstbarkeiten, die zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen. Im wesentlichen stimmen diese Bestimmungen mit dem bisher. Rechte (PZVG. v. 1883 § 60) überein. Die Grunddienstbarkeiten bedürfen nicht der Eintragung in den Fällen der Art. 128, 187 Abs. 1 EG. z. BGB. Vom Vorbehalte des Art. 187 Abs. 2 hat *Preußen* keinen Gebrauch gemacht. Für die der Eintragung bedürfenden Grundgerechtigkeiten im Geltungsbereiche des GrundbG. für Kassel v. 29. Mai 1873 sind künftig lediglich die Vorschriften des ZVG. (§§ 52 Abs. 1, 59) maßgebend; für landesgesetzliche Vorschriften, wie im § 200 Abs. 1 PZVG., ist daneben kein Raum (Begr. zu Art. 6 PAG. z. ZVG.).

Das durch Besitz dinglich gewordene Recht des Mieters und Pächters wurde nach PALR. I 21 §§ 350 ff. durch die Zwangsversteigerung nur insofern berührt, als dem Ersteher ein vorzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt war. Die neue Reichsgesetzgebung regelt den Einfluß der Zwangsversteigerung des Grundstücks auf das Miet- und Pachtverhältnis, obwohl dieses nach dem BGB. auch bei hinzukommendem Besitze nur obligatorischer Natur ist, in ähnlicher Weise. Ist das Grundstück dem Mieter oder Pächter überlassen, so tritt der Ersteher nach dem (nur für die unter der Herrschaft des BGB. begründeten Pacht- und Mietverhältnisse geltenden; RG. JW. 1903 S. 319 Nr. 21) § 57 ZVG. in die Rechte und Pflichten des Vermieters oder Verpächters ein (vgl. §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574, 575 BGB.), hat aber die Befugnis, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (BGB. § 565) für den ersten Termin (und nur für diesen) nach dem Zuschlage zu kündigen. (Ebenso nach KO. § 21 Abs. 3 der Konkursverwalter bei freiwilliger Veräußerung.) Übrigens kann der Mieter oder Pächter sein Interesse dadurch wahren, daß er das Recht aus dem Miet- oder Pachtverhältnisse nach § 9 Nr. 2 ZVG. anmeldet und eine ihm günstigere Versteigerungsbedingung nach § 59 das. herbeiführt (vgl. Denkschr. z. ZVG. S. 78). Der § 57 ZVG. bezieht sich nicht auf Miet- und Pachtverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden sind. In Ansehung dieser verordnet § 7 PAG. z. ZVG. Anwendung jenes § 57 unter der Voraussetzung, daß das Grundstück vor dem Inkrafttreten des BGB. dem Mieter oder Pächter überlassen ist. Weitergehende Rechte eines Mieters oder Pächters, die sich aus den *bisherigen* Gesetzen ergeben (z. B. die durch Eintragung in das Grundbuch erlangte Dinglichkeit), bleiben nach Art. 7 Abs. 2 unberührt. Vgl. auch S. 274.

7. Auf alle begrenzten Rechte an Grundstücken findet die Bestimmung des Art. 120 Abs. 1 EG. z. BGB. Anwendung. Das Nähere hierüber siehe in Anm. IV 1 zu § 1120.

8. Alle hier behandelten Rechte, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestellt waren, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen (Art. 184 EG. z. BGB., der in Satz 2 noch einige besondere Vorschriften für das Erbbaurecht und für Grunddienstbarkeiten enthält).

9. Im Falle der Enteignung eines Grundstücks ist nach den Bestimmungen des durch Art. 109 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen PEnteignG. v. 11. Juni 1874 §§ 11, 45 der Betrag des Schadens, den Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutberechtigte durch die Enteignung erleiden, soweit er nicht in der für das enteignete Grundeigentum bestimmten Entschädigung oder an dieser zu gewährenden Nutzung begriffen ist, besonders zu ersetzen. Mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses wird das Grundstück von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen frei, soweit der Enteignungsunternehmer sie nicht vertragsmäßig übernommen hat. Ist die endgültig festgestellte Entschädigungssumme nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 EnteignG. hinterlegt und sind die Wirkungen der Enteignung eingetreten, so haben die Realberechtigten an dieser Entschädigung, unbeschadet der Vorschriften der §§ 38, 49 das., dieselben Rechte, die ihnen im Falle des Erlöschens ihres Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen (vgl. EG. z. BGB. Art. 52; PAG. z. ZVG. Art. 35). Das Nähere hierüber siehe in Anm. IV 3 zu § 1120.

III. Im übrigen lassen sich allgemeine Regeln, die für alle hier behandelten Rechte an Sachen zutreffen, nicht auffinden. Entstehung durch Ersitzung, Belastung, Übertragung sind teils für jedes Recht besonders, teils nur für einzelne Gruppen nach gemeinsamen Grundsätzen geregelt.

a. Ersitzung. Nach der Vorschrift des § 900 Abs. 2 BGB. ist Ersitzung an begrenzten Rechten an einem Grundstücke nur betreffs solcher Rechte möglich, die zum Besitze des Grundstücks berechtigen oder deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Voraussetzung ist ferner, daß das Recht im Grundbuch eingetragen ist, aber dem als Berechtigten Eingetragenen nicht zusteht. Zum Besitze des Grundstücks berechtigt das Erbbaurecht (§§ 1013, 1017), der Nießbrauch an Sachen (§ 1036 Abs. 1) und von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten das Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1). Geschützt ist der Besitz der Grunddienstbarkeiten (§ 1029) und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 Abs. 2). Diese Rechte können also nach § 900 Abs. 2 ersessen werden. Das Vorkaufsrecht und die Reallasten geben weder ein Recht auf den Besitz des Grundstücks, noch werden sie nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt. Sie können also nicht ersessen werden, selbst wenn sie eingetragen sind.

Die Einfachheit dieser gesetzlichen Lösung wird jedoch gestört durch die Vorschriften der Art. 128 (vgl. S. 525 u. 532) und 189 Abs. 1 Satz 1 und 2 EG. z. BGB. Danach erfolgen die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, und das gleiche gilt von der Änderung des Inhalts und des Ranges der Rechte. Indes wird die für die Zeit, bis zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gegebene Übergangsvorschrift des Art. 189 Abs. 1 für Preußen kaum praktische Bedeutung gewinnen, und die für die Dauer bestimmte Vorschrift des Art. 128, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. (§ 90) auch nicht eingetragen zu werden braucht, unberührt bleiben, kommt für Preußen gar nicht in Betracht, da die auf Begründung von Dienstbarkeiten bezüglichen Vorschriften des ALR. und des code civ. durch Art. 89 Nr. 1, 2 PAG. z. BGB. aufgehoben sind (so jetzt auch Gierke SR. S. 642 Anm. 9). Eingeschränkt ist die Anwendung der bisherigen landesgesetzlichen Bestimmungen im Art. 189 Abs. 1 Satz 3: Ein nach den Vorschriften des BGB. unzulässiges Recht kann nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr begründet werden. Danach können z. B. nach Inkrafttreten des BGB. superfiziarische Rechte mit einem anderen Inhalt, als dem sich aus §§ 1012—1014 BGB. ergebenden, ferner ein veräußerlicher Nießbrauch (§ 1059) weder durch Ersitzung noch auch sonst begründet werden (a. M. Oberneck 1 S. 31). Ein inhaltlich diesen Vorschriften entsprechendes Erbbaurecht kann nach dem Inkrafttreten des BGB. durch Ersitzung nur beim Vor-

Digitized by Google

liegen der Voraussetzungen des § 900 Abs. 2 erworben werden, da Art. 128 EG. z. BGB. auf das Erbbaurecht keine Anwendung findet. Von der Ersitzung der Grundgerechtigkeiten, zu denen übrigens die preuß. Praxis auch die superficies rechnete (OTrib. E. 68 S. 121, Arch. 91 S. 180; RG. Gruch. 40 S. 1131), ist bereits in Nr. II 1 B S. 526 gehandelt. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, Reallasten und (nicht gesetzliche) Vorkaufsrechte bedurften schon nach § 12 PEigG. der Eintragung. Richteten sie sich gegen ein nicht eingetragenes, wenn auch der Eintragung nicht bedürfendes Grundstück, so mußte für dieses zunächst ein Grundbuchblatt angelegt werden. Erst dann konnten jene Rechte durch Rechtsgeschäft an ihm begründet werden (PGBO. § 2). Daraus ergibt sich, daß Art. 189 EG., soweit die Begründung der zuletzt erwähnten Rechte an Grundstücken in Frage kommt, für Preußen keine Bedeutung hat. Ersessen kann auch nach PALR. das Vorkaufsrecht nicht werden, wohl aber die beschränkte persönliche Dienstbarkeit und die Reallast. Demnach ist diese Art der Begründung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten auch fernerhin für die Übergangszeit möglich (Art. 189 EG. z. BGB.). Um aber gegen Dritte wirksam zu sein und bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks berücksichtigt zu werden, müssen sie eingetragen werden. Hat also jemand eine solche Dienstbarkeit an einem nicht gebuchten Grundstücke durch Ersitzung erworben, so muß er die Anlegung eines Grundbuchblatts für das Grundstück und die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit herbeiführen, um dieser die volle dingliche Wirksamkeit zu sichern. Da das BGB. die Ersitzung von nichteingetragenen begrenzten Rechten an Grundstücken nicht kennt, werden die Vorschriften des PALR. über Ersitzung, unter Mitberücksichtigung des Art. 169 EG. z. BGB., anzuwenden sein, deren Darstellung jedoch nicht im Rahmen dieses Werkes liegt. Reallasten können nach dem Inkrafttreten des BGB. auch an den im Art. 127 EG. z. BGB. bezeichneten Grundstücken durch Ersitzung nicht mehr entstehen; eine noch nicht vollendete Ersitzung kann nicht mehr fortgesetzt werden. Fraglich ist, ob ihre Ersitzung für die Übergangszeit, bis zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, noch möglich ist. Abs. 1 Satz 1 Art. 189 EG. z. BGB. scheint dafür zu sprechen und Satz 3 das. nicht entgegenzustehen. Nach diesem kann ein nach den Vorschriften des BGB. unzulässiges Recht nach dem Inkrafttreten nicht mehr begründet werden. Damit ist eine nach BGB. nicht mehr zulässige Art der Begründung eines nach BGB. zulässigen Rechtes nicht ausgeschlossen. Dennoch wird die rechtliche Möglichkeit der Ersitzung auch für die Übergangszeit zu verneinen sein. Das BGB. läßt nicht einmal die Tabularersitzung eingetragener Reallasten zu und wendet auf sie die Vorschriften über den Besitz und den Besitzschutz nicht an. Dem gegenüber ist es nicht denkbar, daß gegen Grundstücke in einem dem Grundbuchverkehre noch nicht eröffneten Bezirke nach dem Inkrafttreten des BGB. Reallasten auf eine Art sollten erworben werden können, die nach dem BGB. unzulässig ist. Die Frage ist übrigens für Preußen, wo die Grundbücher im wesentlichen überall eingeführt sind, nicht von erheblicher praktischer Bedeutung.

b. Rechtsgeschäftliche Übertragung. Nach ausdrücklichen Vorschriften des BGB. sind nicht übertragbar der Nießbrauch (§ 1059) und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092). Für die Grundgerechtigkeit fehlt eine Bestimmung. Der E. I schrieb in § 974 Abs. 1 vor: „Die Grunddienstbarkeit kann von dem herrschenden Grundstücke nicht getrennt werden; sie geht auf jeden neuen Eigentümer mit dem Erwerbe des Eigentums über." Diese Sätze ergeben sich direkt aus dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten und sind daher als entbehrlich in das BGB. nicht aufgenommen (Prot. III S. 321). Sie entsprechen auch dem bisherigen Rechte (PALR. I 19 § 22; OTrib. E. 16 S. 212, Arch. 52 S. 208; RG. Gruch. 32 S. 1011). Ebenso selbstverständlich ist der ebenfalls nicht in das BGB. aufgenommene Satz des I. Entw. § 974 Abs. 2: „Die Ausübung der Grunddienstbarkeit kann einem anderen nur zugleich mit der Benutzung des herrschenden Grundstücks überlassen werden" (Prot. III S. 321). Das dingliche Vorkaufsrecht ist nach §§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 514 nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern

nicht ein anderes bestimmt ist; ist es auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich. Der Regel nach ist es also, wie nach PALR. I 20 § 594 (OTrib. E. 79 S. 166), unübertragbar. Zum Unterschiede von den Grunddienstbarkeiten kann aber die Übertragbarkeit rechtsgeschäftlich ausbedungen werden. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt, so kann es vom Eigentum an diesem Grundstücke nicht getrennt werden (BGB. § 1103). Anderseits kann ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden (BGB. § 1103 Abs. 2). Im Falle des § 1103 Abs. 1 vollzieht sich der Übergang auf den neuen Eigentümer des berechtigten Grundstücks von selbst; in den Fällen, in denen Übertragung ausnahmeweise zulässig ist, nach § 873. Die Übertragung der Reallasten ist der Regel nach zulässig und an die Befolgung der Vorschriften des § 873 gebunden. Ausnahmeweise kann das (Haupt-) Recht nicht veräußert und belastet werden, wenn der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist (§ 1111 Abs. 2; vgl. Anm. dazu). Der Fall, daß die Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, ist ebenso geregelt, wie beim Vorkaufsrechte (§ 1110).

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes konnten vererbliche und veräußerliche Rechte auf Gewinnung und Abbau von Petroleum, Kalisalzen ꝛc. als sogen. irreguläre Personalservituten begründet werden. Die Übertragung solcher Servituten ist seit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts an die Einigung und Eintragung gebunden (BGB. § 873), selbst wenn die Servituten bisher noch nicht eingetragen waren (EG. z. BGB. Art. 184, 189; RG. JW. 1905 S. 71 Nr. 2).

Das Erbbaurecht endlich ist nach § 1012 veräußerlich und vererblich und der Erwerb richtet sich nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften (§ 1017 Abs. 2), d. h. es ist eine der Auflassung entsprechende Einigung und Eintragung erforderlich. Ebenso bei den in Art. 63, 68 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Rechten, bei dem Bergwerk, den selbständigen Gerechtigkeiten (PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. I, XIII, Art. 38, 40). In Betracht kommt jedoch auch hier wieder die Übergangsbestimmung des Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB., wonach die Übertragung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstück auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen erfolgt, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

c. *Belastung.* Für das Erbbaurecht, das Bergwerk, die selbständige Kohlenabbaugerechtigkeit, die Salzabbaugerechtigkeit in der Provinz Hannover, die sonstigen selbständigen Gerechtigkeiten und die in den Art. 63, 68 EG. z. BGB. aufgeführten Rechte gelten in Preußen die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. (§ 1017 Abs. 1). Es kommen also die §§ 873, 874, 878 BGB. zur Anwendung. An den anderen hier behandelten begrenzten Rechten an Grundstücken sind der Natur der Dinge nach nur Nießbrauch und Pfandrecht als Belastungen denkbar. Auch diese Belastungen sind jedoch nach §§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2 nur an den *übertragbaren* Rechten möglich, also nicht am Nießbrauch, an den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, an den Grunddienstbarkeiten und der Regel nach auch nicht an dem Vorkaufsrecht. Ist das Vorkaufsrecht übertragbar bestellt (§§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 514), so kann es gepfändet und verpfändet werden, dagegen läßt sich ein Nießbrauch daran nicht denken. Die Reallasten sind begrifflich sowohl dem Nießbrauch als auch der Verpfändung (und Pfändung) zugänglich; sofern aber der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist, kann auch das (Haupt-) Recht nicht belastet werden (§ 1111 Abs. 2). Ist die Reallast zugunsten des jeweiligen Besitzers eines Grundstücks bestellt, so ist das Recht nicht übertragbar (§ 1110) und kann demgemäß (§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2) auch nicht belastet werden. Soweit — abgesehen vom Erbbaurechte — Belastung der begrenzten Rechte an Grundstücken möglich ist, erfolgt sie nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (§ 1069 Abs. 1, 1274 Abs. 1 Satz 1), d. h. es kommen die §§ 873, 874, 878 zur Anwendung.

Die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung ist bei den veräußerlichen Rechten

zulässig, bei den unveräußerlichen nur insoweit, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann (ZPO. § 857 Abs. 3). Dies trifft (der Regel nach) bei den Grunddienstbarkeiten, beim Nießbrauch (BGB. § 1059 Satz 2) und bei den Reallasten zu. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann der Ausübung nach einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung (vom Verpflichteten) gestattet ist (BGB. § 1092 Satz 2). Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung (§ 857 Abs. 6 ZPO.).

d. Geltendmachung. Auf die Ansprüche aus dem Erbbaurechte finden die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften des BGB. Anwendung (§ 1017 Abs. 2). Dem Erbbauberechtigten steht also sowohl die Vindikation (§ 985), als auch die negatorische Klage (§ 1004) zu (vgl. Mot. III S. 964). Dasselbe gilt für den Nießbrauch (§ 1065). Dem Grunddienstbarkeitsberechtigten dagegen steht, weil er er vermöge seines Rechtes nicht in den Besitz des belasteten Grundstücks gelangt, nur die negatorische Klage und deren Unterart, die Klage auf Berichtigung (§§ 894, 1004, 1027) zu (vgl. Mot. III S. 489). Wird das Bestehen einer Reallast vom Verpflichteten bestritten, so kann der Berechtigte die dingliche Klage auf Anerkennung seines Rechtes anstellen (ZPO. § 25); die einzelne Leistung treibt er mit einer ebenfalls dinglichen Klage BGB § 1107), vom Vorbesitzer des belasteten Grundstücks im Falle des § 1108 Abs. 1 mit der persönlichen Klage bei. Handelt es sich um Leistungen, für die der gegenwärtige Eigentümer auch persönlich haftet, so ist die dingliche und persönliche Klage gegeben. Beide Klagen können verbunden werden. Bestreitet ein Dritter das Recht, so kann der Berechtigte auf Feststellung klagen (Prot. III S. 735 VI). Beim Bestreiten des dinglichen Vorkaufsrechts ist ebenfalls dingliche Klage auf Anerkennung gegeben. Dem Dritten gegenüber, der das Grundstück gekauft und Eigentumseintragung erlangt hat, hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums (§ 1098 Abs. 2). Es ist also ebenfalls die dingliche Klage gegeben.

Außerdem stehen dem Erbbauberechtigten die Besitzklagen zu (§§ 1013, 1017 Abs. 1, 861 ff.). Auch auf die Grunddienstbarkeiten und auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten finden die Vorschriften über Besitzschutz entsprechende Anwendung (§§ 1029, 1090 Abs. 2), nicht aber auf die Reallast.

Für Klagen, durch die eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, ist, sofern es sich um Grundstücke handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist. Bei den eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend (ZPO. § 24). Mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast kann die Klage auf rückständige Leistungen im dinglichen Gerichtsstand erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind (§ 25 das.)

IV. Von den begrenzten Rechten an einem Grundstücke dienen die Grundgerechtigkeiten ihrem Begriff und Wesen nach dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (§ 1018); das Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs. 2) und die Reallasten (§ 1105 Abs. 2) können zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden. In allen diesen Fällen gelten diese begrenzten Rechte als (nicht wesentliche) Bestandteile des dem jeweiligen Berechtigten gehörigen Grundstücks (§ 96). Als solche haften sie den Realgläubigern dieses Grundstücks und können ohne deren Einwilligung nicht aufgehoben werden (§ 876 Satz 2), jedoch bedarf es dieser Einwilligung nach landesgesetzlichen, durch Art. 120 Abs. 2 Nr. 2 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen, Bestimmungen nicht, wenn von zuständigen Behörden das Unschädlichkeitsattest erteilt wird. Vgl. darüber Anm. IV 1, 2 zu § 1120. Eine Bestimmung, daß auch das Erbbaurecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt werden könne, enthält das BGB. nicht. Da für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (§ 1017 Abs. 2), insbesondere ein

Grundbuchblatt angelegt werden kann (GBO. § 7), kann es nach § 890 Abs. 2 BGB. durch Zuschreibung zum Bestandteil eines dem Berechtigten gehörigen Grundstücks gemacht werden, aber diese Verbindung kann zu jeder Zeit wieder gelöst werden, während bei den Grunddienstbarkeiten begriffmäßig und bei dem Vorkaufsrecht und den Reallasten vermöge besonderer Vorschriften (§§ 1103 Abs. 1, 1110) die Verbindung unlöslich ist.

V. Art. 115 des EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten untersagen oder beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen.

1. „Die Vorbehalte zugunsten der landesgesetzlichen Vorschriften, die Einschränkungen der Belastung der Grundstücke mit gewissen Dienstbarkeiten oder Reallasten bestimmen, rechtfertigen sich durch die Erwägung, daß solche Einschränkungen von wirtschaftlichen, nach Art und Zeit wechselnden Rücksichten abhängen" (Mot. z. EG. z. BGB. S. 194; Mot. z. BGB. III S. 480, 579).

a. Bezüglich der Dienstbarkeiten enthalten die preuß. Gesetze nur insofern Einschränkungen, als gewisse Dienstbarkeiten abgelöst (GemTeilOrd. § 2, ErgänzG. dazu v. 2. März 1850 Art. 1) und durch Verjährung nicht mehr begründet (G. v. 31. März 1841 § 1) werden können.

b. Durch das PG., betr. die Ablösung von Reallasten, v. 2. März 1850 ist eine große Zahl besonders aufgeführter Reallasten dergestalt ohne Entschädigung aufgehoben, daß derartige Lasten auch nicht neu begründet werden dürfen, andere Arten von Reallasten sind für ablösbar erklärt.

2. „Durch die gleichfalls vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt und das Maß gewisser Grunddienstbarkeiten und beschränkter persönlichen Dienstbarkeiten regeln, werden die vertragsmäßigen Festsetzungen der Beteiligten ergänzt . . . Nicht selten schließen die Landesgesetze, indem sie den Inhalt einer Dienstbarkeit bestimmen, damit zugleich einen weitergehenden Inhalt als unzulässig aus" (Mot. zum EG. z. BGG. S. 194). Der Vorbehalt bezieht sich auch auf die nach dem Inkrafttreten des BGB. neu zu begründeten Dienstbarkeiten. Dergleichen Bestimmungen finden sich im PALR. I 22 §§ 99 ff. und in der GemTeilO. §§ 31 ff.

3. Die im Art. 115 EG. z. BGB. bezeichneten landesgesetzlichen Vorschriften finden jedoch keine Anwendung auf die Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912, 916, 917) und auf die in den §§ 1021, 1022 BGB. bestimmten Unterhaltungspflichten (EG. z. BGB. Art. 116); ebensowenig die im Art. 113 das. aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften.

VI. Die BGO. enthält folgende Sondervorschriften:

1. § 8 Abs. 1: „Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen, sind auf Antrag auch auf dem Blatte dieses Grundstücks zu vermerken. Antragsberechtigt ist der Eigentümer des Grundstücks sowie jeder, dessen Zustimmung nach § 876 Satz 2 BGB. zur Aufhebung des Rechtes erforderlich ist. Diese Vorschrift bezieht sich auf die in Nr. IV S. 540) aufgeführten Rechte. Zu ihrer Bestellung genügt die Eintragung auf dem belasteten Grundstücke. Durch diese Eintragung wird das Recht auch Bestandteil des herrschenden Grundstücks, aber als solcher nicht ohne weiteres erkennbar. Die im § 8 zugelassene Eintragung auch auf dem herrschenden Grundstücke dient wesentlich zur Sicherung der Realgläubiger dieses Grundstücks, denen die mit ihm verbundenen Rechte haften; denn sie hat nach § 21 GBO. zur Folge, daß eine Eintragung, durch die das in Frage stehende Recht betroffen wird, nur vorgenommen werden darf, wenn die Bewilligung jener Beteiligten beigebracht wird. Zur Vermeidung von Irrungen schreibt § 8 Abs. 2 noch vor, daß im Falle der Änderung oder Aufhebung des Rechtes der Vermerk von Amts wegen zu berichtigten ist (Denkschr. z. GBO. S. 30).

Digitized by Google

2. § 6 bestimmt, daß, wenn ein Grundstücksteil mit einer Dienstbarkeit oder Reallast belastet werden soll, die Abschreibung dieses Teiles (abweichend von der Regel) unterbleiben kann, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist.

3. § 50 gewährt für die Fälle, in denen Dienstbarkeiten und Reallasten als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug gebucht werden sollen, die Erleichterung, daß bei der Eintragung nicht nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts jener Dienstbarkeiten und Reallasten (vgl. § 874 BGB.), sondern auch zur Bezeichnung der einzelnen unter dem Gesamtnamen „Leibgedinge" 2c. begriffenen Rechte selbst die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gestattet sein soll (Denkschr. z. GBO. S. 57).

VII. Nach Art. 184 Satz 1 EG. z. BGB. bleiben Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, soweit sich nicht aus den Art. 192—195 ein anderes ergibt. Es handelt sich dabei nur um dingliche Rechte. Maßgebend für die Frage der Dinglichkeit ist das bisherige Recht. Ist ein Recht nach diesem dinglich, so ist es bei Anlegung des Grundbuchs in dieses zu übernehmen, auch wenn es bisher in kein Buch eingetragen war und wenn es im BGB. als dingliches Recht nicht anerkannt ist (wie z. B. das Miet- und Pachtrecht und die Antichrese; EG. z. BGB. Art. 188 Abs. 2; RG. E. 55 S. 315, Bd 56 S. 9). Erkennt aber das bisherige Recht ein belastendes Recht nur für den Fall der Eintragung als dinglich an, und die Eintragung ist bis zum Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts nicht bewirkt, so kann das Recht in das Grundbuch nicht übernommen werden. Von einem solchen Falle handelt das viel angefochtene Urteil des RG. E. 48 S. 61, das nur in der Fassung verfehlt ist.

Vierter Abschnitt.

Erbbaurecht.

Literatur: Kohn, das Erbbaurecht nach dem BGB., Berlin 1905; Dr. Dennler, Das Erbbaurecht, Z. f. d. Not. in Bayern 1904 S. 4, 81, 145; Oertmann im ABürgR. 1902 S. 184, Wilutzky in Gruch. 49 S. 532.

Übersicht. I. Erbbaurecht. 1. Dem PALR. ist das dingliche Recht, auf fremdem Grund und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben, bekannt (ALR. I 22 § 243). Dieses Recht, in der preuß. Rechtssprache als Superfizies oder Platzrecht bezeichnet, wird, obwohl es anders wie die Servituten vererblich und veräußerlich ist, vom ALR. unter die Grundgerechtigkeiten eingereiht und von der Praxis auch in gewissen Beziehungen als solche aufgefaßt (OTrib. E. 68 S. 121, Arch. 91 S. 180; RG. Gruch. 40 S. 1131); jedenfalls bedurfte es nach bisher. preuß. Rechte zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch (RG. VII 438. 03), wenn das Recht nicht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustand, sondern subjektiv persönlich war (PEigG. § 12). Es ist durch das AblösG. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 2 nicht betroffen (Förster PHypO. 2. Aufl. S. 7 Anm. 8b; RG. Gruch. 40 S. 1125; anders für das in Neuvorpommern geltende gemeine Recht nach OTrib. E. 32 S. 258), sondern hat sich erhalten. Das BGB. beschränkt das Recht auf das Haben eines Bauwerks auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks und hat dafür die Bezeichnung „Erbbaurecht" gewählt, weil diese nach der deutschen Rechtssprache den Charakter des Rechtes als eines selbständigen veräußerlichen und vererblichen Rechtes hervortreten läßt (Mot. III S. 468). Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit gehören zum Wesen des Erbbaurechts, können also mit dinglicher Wirkung nicht ausgeschlossen werden.

2. Das BGB. hat das superfiziarische Recht nach dem Vorgange des gemeinen und preuß. Rechtes als Benutzungsrecht konstruiert (§ 1013). Die Konstruktion als Miteigentum oder geteiltes Eigentum ist von der Hand gewiesen (Mot. III S. 467). Die Konstruktion als Sondereigentum an der baulichen Anlage ist für den Fall, daß das Erbbaurecht an einem bereits bestehenden, also im Eigentume des Grundstückseigentümers stehenden Gebäude eingeräumt wird, nach §§ 93, 94 BGB. nicht möglich. Errichtet der Erbbauberechtigte erst das Bauwerk, dann ist er freilich dessen Eigentümer (§ 95 Abs. 1 Satz 2), aber auch in diesem Falle würde die Konstruktion als Sondereigentum die Frage unaufgeklärt lassen, ob mit diesem Sonderrechte zugleich ein Benutzungsrecht an dem Grund und Boden verbunden ist (Mot. III S. 466, 468). Die Annahme, daß ein Erbbaurecht nur vorhanden sei, wenn der Berechtigte das Bauwerk erst errichtet (Fuchs Nr. 8 zu § 1012), erscheint nicht richtig. Man „hat" ein Bauwerk auf fremdem Boden auch dann, wenn der Eigentümer des Grundstücks es errichtet hat. Es ist rechtlich unmöglich, daß der Erbbauberechtigte das Eigentum an dem vom Grundeigentümer errichteten Gebäude erwirbt (wie hier Planck Nr. 3b zu § 1012, Gierke SR. S. 617 Anm. 12; RG. E. 61 S. 1). Veräußert der Erbbauberechtigte das von ihm errichtete Gebäude an den Grundeigentümer, so wird es wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (vgl. S. 31 Nr. 2). Bis dahin ist das Gebäude des Erbbauberechtigten als bewegliche Sache anzusehen (vgl. S. 32 Nr. 4). Gehört das Gebäude dem Erbbauberechtigten, so kann er darüber, wenn keine abweichenden Bestimmungen getroffen sind, beliebig verfügen. Gehört es dem Grundeigentümer, so kann nur dieser, aber in den durch das Recht des Erbbauberechtigten gezogenen Grenzen verfügen (a. M. anscheinend Planck Nr. 5 § 1015). Nach Beendigung des Erbbaurechts hat der Berechtigte das Recht und die Pflicht, das von ihm errichtete Bauwerk wegzuschaffen und der Grundeigentümer hat nicht das Recht, die Belassung des Bauwerks gegen Wertersatz zu verlangen.

3. Die inhaltliche Beschränkung des superfiziarischen Rechtes auf Bauwerke bezieht sich nur auf die *nach* dem Inkrafttreten des BGB. neu begründeten Rechte; die nach früherem Rechte schon begründet gewesenen superfiziarischen Rechte bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, doch gilt auch für sie § 1017 BGB. (Art. 184 EG. z. BGB.). Mit einem nach dem BGB. unzulässigen Inhalte kann ein Erbbaurecht nicht neu begründet werden.

4. Von den an Grundstücken möglichen Rechten steht das Erbbaurecht dem Eigentum an Dauer am nächsten. Mit Rücksicht hierauf gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. für das Erbbaurecht, und die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung (§ 1017) auch dann, wenn das konkrete Erbbaurecht unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes entstanden ist, sofern es sich mit dem Erbbaurechte des BGB. deckt (EG. z. BGB. Art. 184 Satz 2). Infolge davon wird auch nach der GBO. (§§ 7, 20, 22 Abs. 2) das Erbbaurecht ähnlich wie ein Grundstück und seine Übertragung ähnlich wie der Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke behandelt. Zur Entstehung des Erbbaurechts ist freilich *erforderlich* nur die Eintragung in das Grundbuch (des belasteten Grundstücks) aber *auf Antrag* ist für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen, und dies muß *von Amts wegen* geschehen, wenn das Recht veräußert und belastet werden soll (§ 7). Die Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts darf (wie im Falle der Auflassung eines Grundstücks) nur eingetragen werden, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist (§ 20). Das Grundbuch darf durch Eintragung eines Erbbauberechtigten nur mit Zustimmung des Erbbauberechtigten berichtigt werden (§ 22 Abs. 2).

5. Das BGB. bestimmt für das Erbbaurecht keine absolute zeitliche Höchst- oder Mindestgrenze. In den Mot. III S. 467 wird dies dahin begründet: „Das Bedürfnis, eine Maximalgrenze zu setzen, ist nicht ersichtlich. Die Superfizies kommt nur sporadisch vor und belastet gewöhnlich nur verhältnismäßig geringe Parzellen. Sie ist deshalb, was

den wirtschaftlichen Einfluß einer Nichtbegrenzung ihrer Dauer betrifft, mit den agrarischen Belastungen nicht zu vergleichen. Noch weniger ist das Bedürfnis einer zeitlichen Minimalgrenze erfindlich. Erbbaurechte von kurzer Dauer können zum Ersatze dinglicher Mietrechte, die das BGB. nicht kennt, dienen. Außerdem wird man die Begründung eines Erbbaurechts unter einer auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermins nicht ausschließen können." Der letzte Satz gibt zu Zweifeln Anlaß. Als er niedergeschrieben wurde, ging man von der Voraussetzung aus, daß § 871 Entw. I, der die Auflassung unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins zulassen wollte, Gesetz werden würde (vgl. Mot. III S. 472). Diese Voraussetzung ist nicht eingetroffen, sondern § 925 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam." Diese Bestimmung ist nach § 1017 Abs. 2 auf die rechtsgeschäftliche *Übertragung* des Erbbaurechts entsprechend anzuwenden. Daraus wird man jedoch nicht folgern können, daß auch die *Begründung* des Erbbaurechts nur *unbedingt und unbetagt* erfolgen dürfe. Dazu hätte es einer besonderen Vorschrift bedurft, die im § 1015 ihren Platz hätte finden müssen. Freilich kann ein bedingt oder betagt bestelltes Erbbaurecht in dieser Beschaffenheit auch übertragen werden, aber nach den Vorschriften des BGB. darf eben nur die *Übertragung* nicht bedingt oder betagt sein (so auch RG. E. 61 S. 1; Gierke SR. S. 619, Planck Nr. 5 zu Abschn. 4, Achilles-Strecker GBO. S. 46 Nr. III, Biermann Nr. 1 zu § 1015, Predari Nr. 5 zu § GBO.; a. M. Fuchs Nr. 1 und Kober Nr. 1 b zu § 1015). Aber auch die Begründung kann nicht in der Weise bedingt oder befristet werden, daß dadurch die zum Wesen des Erbbaurechts gehörige Veräußerlichkeit und Vererblichkeit ausgeschlossen wird.

6. *Das Erbbaurecht kann nicht als ein subjektiv-dingliches, mit dem Eigentum eines anderen Grundstücks verbundenes Recht begründet werden.* „Liegt die Voraussetzung des § 1019 vor, so kann der mit der Begründung des Erbbaurechts als eines subjektiv-dinglichen Rechtes verfolgte Zweck durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit entsprechenden Inhalts erreicht werden. Darüber hinaus würde die Verbindung eines Erbbaurechts mit dem Eigentum eines anderen Grundstücks als eine zufällige und beliebig lösbare zu behandeln sein. Eine solche Verbindung läßt sich dadurch schaffen, daß ein erworbenes Erbbaurecht ebenso wie ein erworbenes Grundstück mit einem dem Erbbauberechtigten gehörigen Grundstücke nach § 890 zu einem Grundstücksganzen vereinigt und das Erbbaurecht auf das Grundbuchblatt mittels Zuschreibung eingetragen wird." (Mot. III S. 468; Prot. III S. 282; Strecker, Allg. Vorschriften ꝛc. S. 13.)

7. Nicht erforderlich ist nach BGB., daß für die Gewährung des Erbbaurechts ein *Zins oder eine Rekognitionsgebühr* gezahlt wird (Mot. III S. 468; RG. E. 61 S. 1).

8. *Eine gesetzliche Pflicht* der Erbbauberechtigten oder des Eigentümers des belasteten Grundstücks, *das Bauwerk zu erhalten und zu unterhalten*, besteht nach BGB. nicht (Mot. III S. 469). Es ist Sache der Beteiligten, darüber vertraglich Bestimmungen zu treffen (vgl. aber Anm. I 2 zu § 1017). Überhaupt ist die Regelung des Verhältnisses ganz der Vereinbarung der Beteiligten überlassen, so z. B. die Belastung des Erbbaurechts mit einer Reallast, das Ausbedingen des Erlöschens des Erbbaurechts für den Fall des Ausbleibens der Realleistungen (Die Verwirkungsklausel hält Oertmann in Hirth Anm. 1904 S. 565 unter wohl nicht zutreffender Bezugnahme auf § 1149 für unzulässig), die Regelung der Lastentragung. Ist wegen der Lasten keine Vereinbarung getroffen, so wird nach dem vermutlichen Willen der Parteien der Erbbauberechtigte die auf dem Bauwerke und dem Teile des Grundstücks, auf den das Recht nach § 1014 erstreckt ist, ruhenden Lasten zu tragen haben (Biermann Nr. 4 zu § 1012). Zur dinglichen Wirkung solcher Vereinbarungen ist Eintragung erforderlich.

II. Nach dem BGB. ist das Erbbaurecht das einzige vererbliche und veräußerliche Nutzungsrecht an einem Grundstücke. Daneben sind aber mehrere landesgesetzlich anerkannte Rechte solchen Charakters zugelassen. Davon folgen einige allgemein den Vorschriften des

BGB. über Grundstücke und über das Eigentum an Grundstücken, andere einzelnen Bestimmungen des BGB. über das Erbbaurecht.

1. Zur letzten Kategorie gehören:

a. das durch Art. 63 EG. z. BGB. aufrecht erhaltene Erbpachtrecht, mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts, in den Bundesstaaten, wo solche Rechte bestehen. Für die landrechtlichen Gebiete Preußens, wo das Erbpachtrecht längst aufgehoben ist (vgl. AblösG. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 2), hat dieser Vorbehalt keine Bedeutung. Neueinführung solcher Rechte ist der Landesgesetzgebung nicht gestattet;

b. die durch Art. 68 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals unter der Voraussetzung, daß die Landesgesetze den Inhalt dieses Rechtes näher bestimmen. Dann finden die Vorschriften der §§ 874—876, 1015, 1017 BGB. entsprechende Anwendung. Auch dieser Vorbehalt dürfte für Preußen bedeutungslos sein. Zwar gibt es auch hier Materialien, die den bergrechtlichen Bestimmungen nicht unterliegen, z. B. Eisenerze in Neuvorpommern, Rügen und in den hohenzollernschen Landen (BergG. § 211 in der Fassung des G. v. 8. April 1894), aber es gibt keine Gesetze, in denen der Inhalt des Rechtes auf die Gewinnung solcher Mineralien näher bestimmt wäre. Demgemäß enthalten auch die PAGesetze keine Vorschriften über solche Rechte, mit Ausnahme einer Bestimmung über das Aufgebotsverfahren (AG. z. BGB. Art. 39; vgl. S. 15).

2. Rechte der ersten Kategorie sind aufrecht erhalten:

a. durch Art. 67 Abs. 1 EG. z. BGB., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Bergrecht angehören, unberührt bleiben. Dadurch sind aufrecht erhalten die Bestimmungen des PBergG. über Bergwerkseigentum und Kuxe des älteren Rechtes und das vererbliche und veräußerliche, durch das PG. v. 22. Februar 1869 geregelte Recht auf Gewinnung von Kohlen in den vormals sächsischen Landesteilen (vgl. Mot. z. EG. z. BGB. S. 161). Bezüglich dieser Gerechtsame schreiben Art. 37 Nr. I, XIII PAG. z. BGB. in teilweiser Änderung der §§ 50, 231 BergG. und Art. 38 in teilweiser Änderung der §§ 2—8 G. v. 22. Februar 1869 die Anwendung der sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. und die entsprechende Anwendung der für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken vor. Vgl. Bd II Anhang 1 A, B, C. In Schlesien und in der Grafschaft Glatz unterliegen die Eisenerze nach § 211 a BergG. (in der Fassung des G. v. 8. April 1894) dem Verfügungsrechte des Grundeigentümers, folgen aber nach § 211 b das. einer Reihe von Bestimmungen des Berggesetzes. Dennoch wird das Recht auf Gewinnung dieser Erze von dem Vorbehalte des Art. 67 EG. z. BGB. in der hier fraglichen Beziehung nicht betroffen, weil § 211 b gerade die Bestimmungen des Berggef., die die Anwendung der für das Grundeigentum geltenden materiellen und formellen Vorschriften anordnen, nicht für anwendbar erklärt.

b. Nach Art. 196 EG. z. BGB. kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß auf ein an einem Grundstücke bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften und auf den Erwerb eines solchen Rechtes die für den Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke geltenden Vorschriften des BGB. Anwendung finden. Nach den Mot. z. EG. S. 277 bezieht sich diese Bestimmung auf das sogen. Unter- oder Nutzeigentum, welches dem gegenwärtigen preuß. Rechte fremd ist (vgl. Nr. II S. 328).

Außer der Kohlenabbaugerechtigkeit und der dieser durch das G. v. 4. August 1904 im wesentlichen gleichgestellten Salzabbauberechtigung in Hannover gibt es in Preußen eine Anzahl von Gerechtsamen, die als selbständige vererbliche und veräußerliche Gerechtigkeiten behandelt werden und für die nach dem bisherigen Rechte (EigG. § 69; PGBO. § 3) besondere Grundbuchblätter angelegt werden konnten. Welche Gerechtigkeiten hierher zu rechnen sind, läßt sich mit Sicherheit nicht sagen. Die PHypO. v. 1783 Tit. I § 14

schrieb die Anlegung besonderer Hypothekenfolien vor für Gerechtigkeiten, die nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich bestehen, einen bestimmten Wert haben und ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden können. Im Anschlusse hieran bestimmte das ALR. I 2 § 9, daß ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur dann habe, wenn sie ihm durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt ist. Eine solche ausdrückliche Vorschrift findet sich aber nur im ALR. II 16 § 253 hinsichtlich der Bergwerke und der Kuxe des älteren Rechtes und im G. v. 22. Februar 1869 hinsichtlich der Kohlenabbaugerechtigkeit. Das EigG. § 69 und die PGBO. § 3 bestimmten in sachlicher Übereinstimmung mit dem ALR. I 20 § 395, daß für selbständige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter angelegt werden können und daß, wenn dies geschehen ist, die Veräußerung und der Erwerb des Eigentums an ihnen, sowie ihre Belastung und Verpfändung nach den Vorschriften des EigG. zu beurteilen seien. Von der Praxis wurde einer Menge von Berechtigungen, bei denen die Voraussetzung des ALR. I 2 § 9 nicht zutraf, der Charakter der Selbständigkeit und die Eigenschaft unbeweglicher Sachen beigelegt (vgl. Turnau I S. 28 Anm. 2). Davon bestehen gegenwärtig nur wenige, z. B. die Realprivilegien der Apotheker, die Abdeckereigerechtigkeiten, soweit sie nicht durch das G. v. 17. Dezember 1872 aufgehoben sind, die Schirmen- und Meßbudengerechtigkeit in Frankfurt a/M. (G. v. 19. August 1895 §§ 26, 34, 48 Nr. 1), die Schiffsmühlengerechtigkeit (ALR. II 15 §§ 229, 230), die Fährgerechtigkeit und die Berliner Fischerstellengerechtigkeit (RG. E. 57 S. 32). Vererbliche und veräußerliche Apothekerprivilegien sind in Preußen seit Erlaß des Gewerbesteuered. v. 2. November 1810 nicht mehr verliehen, und in den Landesteilen, die eine Zeittang unter französischer, westfälischer und bergischer Herrschaft gestanden haben, sind die vorher verliehenen Realprivilegien aufgehoben und nicht wieder erneuert. Ob Realgerechtigkeiten anderer Art noch verliehen werden oder auf andere Art zur Entstehung gelangen können, läßt sich für das ganze Gebiet Preußens nicht feststellen, wird aber wohl im allgemeinen zu verneinen sein. Beim Inkrafttreten der Gesetze v. 5. Mai 1872 war es zweifelhaft, ob fortan nur die damals bestehenden Grundbuchblätter für solche Gerechtigkeiten beibehalten werden sollten, oder ob auch die Anlegung neuer Blätter zulässig sei. Die herrschende Meinung nahm letzteres an (Turnau I S. 30 Anm. 3). Ihr folgt in Anlehnung an EigG. § 69 der Art. 40 PAG. z. BGB., und im PAG. zu GBO. Art. 22 werden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften der GBO. und dieses AG. auf die hier in Rede stehenden „anderen selbständigen Gerechtigkeiten" für entsprechend anwendbar erklärt, falls für die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt angelegt ist, auch in Art. 27 Abs. 2 und 28 besondere Vorschriften für ihre grundbuchliche Behandlung gegeben. Vgl. Bd II Anhang I D.

Fraglich ist, aus welchen Bestimmungen die preuß. Landesgesetzgebung die Befugnis zum Erlassen dieser Vorschriften hergeleitet hat. Da die in Rede stehenden Gerechtigkeiten zweifellos dem Systeme des BGB. widerstreben, ist ihre Aufrechterhaltung nur zulässig, wenn das EG. z. BGB. es gestattet. Die Befugnis wird von Riedner (EG. Nr. 5 zu Art. 196) und wohl auch von Küntzel (Gruch. 41 S. 133) aus Art. 196 EG. z. BGB. hergeleitet. Bedenklich ist dabei, daß die Gerechtigkeiten, wenigstens der Mehrzahl nach, schwerlich unter den Begriff eines Unter- und Nutzeigentums gebracht werden können. Art. 196 bezieht sich überdies, wie seine Stellung unter den Übergangsvorschriften ergibt, auf Rechte, die beim Inkrafttreten des BGB. bestehen, künftig aber nach Art. 189 Abs. 1 Satz 3 das. nicht mehr begründet werden können (Prot. VI S. 535; Habicht, Einwirkung § 41 Nr. III 2). Diese „anderen" selbständigen Gerechtigkeiten gehören aber, wenigstens zum Teile, Rechtsgebieten an, die im BGB. keine Regelung gefunden haben, nämlich dem Realgewerberecht und dem Wasserrecht, und die nach Art. 65, 74 EG. z. BGB. unberührt bleiben. Es steht daher an sich der Neubegründung solcher Berechtigungen nichts im Wege, und davon scheinen auch die AGesetze auszugehen. Demnach dürfte die Befugnis der Landesgesetzgebung teils aus Art. 63, 68, teils aus Art. 65, 74, teils aus Art. 164, 184, 196 das. herzuleiten sein. Die Befugnis zum Erlassen der Bestimmungen der Art.

22, 27 Abs. 2, 28 PAG. z. GBO. insbesondere ergibt sich aus § 83 GBO. in Verb. mit Art. 3, 218 EG. z. BGB.

Daß neue („andere") selbständige Gerechtigkeiten in Preußen in der Tat noch künftig begründet werden, steht kaum zu erwarten; für die bestehenden sind fast durchweg Grundbuchblätter angelegt und diese gelten nach der PB. v. 13. November 1899 Art. 3 auch als Grundbuchblätter im Sinne der neuen Gesetze. Neu angelegt werden können Grundbuchblätter für sie nach Art. 27 Abs. 2 PAG. z. GBO. nur auf Antrag des Berechtigten. Diese Vorschrift findet jedoch auf Gerechtigkeiten, die zur Zeit des Inkrafttretens der neuen Gesetze bereits Gegenstand des Anlegungsverfahrens geworden sind, keine Anwendung. In Nassau erfolgt die Anlegung von Amts wegen (B. v. 11. Dezember 1899 Art. 40).

Über die Zwangs-Versteigerung und Verwaltung solcher Gerechtigkeiten bestimmt Art. 22 PAusfG. z. ZVG. (vgl. ZPO. §§ 864, 870).

§ 1012.

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

1. „Dem Erbbaurecht ist im Vergleiche mit den ihm sonst am nächsten stehenden Dienstbarkeiten eigentümlich, daß für seinen Begriff eine bestimmte wirtschaftliche Art der Benutzung des Bodens (als Baugrund) wesentlich ist, während bei den Servituten eine gleichartige Beschränkung nicht gesetzt ist. Die dem Berechtigten eingeräumte Befugnis muß auf das Haben eines Bauwerks auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks gehen. Dem allgemeinen Ausdrucke Bauwerk ist der Vorzug vor dem spezielleren Ausdrucke Gebäude gegeben, um auch Monumente, Brücken, Viadukte (Grabgewölbe, Grabdenkmäler; Stuttgart Rsp. 8 S. 122), Kanalisationsanlagen (RG. V 395. 03) und dgl. zu begreifen. Darauf, ob das Bauwerk zur Zeit der Errichtung (des Erbbaurechts) schon besteht oder vom Berechtigten erst errichtet werden soll, kommt, was die Zulässigkeit der Begründung des Erbbaurechts betrifft, nichts an." (Mot. III S. 469.) Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Artesische und andere Brunnen sind keine Bauwerke (RG. E. 30 S. 153, Bd 56 S. 41). Gleisanlagen der Kleinbahnen werden als Bauwerke angesehen werden können (KG. RJA. 5 S. 202), dagegen Wasserrohrleitungen, Kabel u. dgl. nur, wenn sie durch bauliche Vorrichtungen mit dem Grund und Boden verbunden sind (KG. RJA. 5 S. 204).

2. Da das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist und unmittelbar das Grundstück trifft, ist die Bestellung an einem Bruchteile des Grundstücks begrifflich unmöglich. Im Entw. I § 961 Abs. 2 war dies ausdrücklich ausgesprochen, die Bestimmung ist jedoch als entbehrlich fallen gelassen (Prot. III S. 282). An einem realen Teile kann es bestellt werden (vgl. jedoch § 6 GBO.).

3. Die Bestellung eines Erbbaurechts ist keine Veräußerung. Daher bedarf die seitens einer Stadt erfolgte Bestellung in Preußen nicht der Genehmigung des Bezirksausschusses (KG. JW. 21 S. A 127). Dagegen ist mit Rücksicht auf § 1017 BGB. zur Übertragung des Erbbaurechts die Genehmigung erforderlich.

4. „Das BGB. kennt nur vererbliche und veräußerliche Superfiziarrechte, weil dem praktischen Bedürfnisse genügt ist, wenn die Begründung solcher Rechte zugelassen wird. Hält man die Merkmale der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit nicht fest, so verwischt man die Grenze zwischen Superfiziarrechten und Dienstbarkeiten und ermöglicht Zwitterbildungen, an deren Behandlung sich viele Zweifel knüpfen würden. Daß Veräußerlichkeit und Vererblichkeit zum Wesen des Erbbaurechts gehören, ist im BGB. ausdrücklich ausgesprochen, weil sonst eine vertragsmäßige Beschränkung dieses Rechtes in Ansehung seiner Vererbung

und Veräußerung für zulässig gehalten werden könnte." (Mot. III S. 471.) Es kommt demnach § 137 BGB. zur Anwendung, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen und beschränkt werden kann. Freilich wird im Satz 2 des § 137 hinzugefügt: „Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt"; allein der Sinn des allerdings nicht völlig klaren § 137 ist der, daß eine solche Ausschließung zwar unter den Kontrahenten obligatorische Wirkungen erzeugt, Dritten gegenüber aber auch durch Eintragung in das Grundbuch niemals wirksam wird (Mot. I S. 213, Bd V S. 214). Wird das Recht von vornherein als unvererblich oder unveräußerlich bestellt, so liegt kein Erbbaurecht vor. Die Hinzufügung von Zeitbestimmungen und Bedingungen ist zulässig; nur darf der Tod des Berechtigten oder die Veräußerung dadurch nicht zur auflösenden Bedingung gemacht werden, weil damit die Unvererblichkeit oder Unveräußerlichkeit bestimmt würde (Biermann Nr. 1 zu § 1012). Das Gesetz fordert nicht, daß das Erbbaurecht auf lange Zeit bestellt werden müsse (RG. E. 61 S. 1; a. M. Oberneck I S. 500). Unzulässig befagte oder bedingte Erbbaurechte dürfen nicht eingetragen werden.

5. Der Erbbauberechtigte ist für den durch Einsturz des Bauwerks entstehenden Schaden nach §§ 836, 837 BGB. verantwortlich. Vgl. Anm. 2 zu § 1017 S. 552.

6. Der Erbbauberechtigte hat die Besitzklagen nicht nach Analogie des § 1029 (Planck Nr. 6 zu § 1012), sondern nach dem Grundsatze des § 1017 Abs. 2 (wie hier Oberneck I S. 510).

§ 1013.

Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bietet.

Der Regel nach wird den Bedürfnissen des Erbbauberechtigten durch die bloße Überlassung des Baugrundes oder des von dem Bauwerke bedeckten Grund und Bodens nicht genügt. Ohne Hofraum wird er z. B. das Gebäude nicht benutzen können. Die Benutzung des unbebauten Teiles des Grundstücks, zu der der Erbbauberechtigte befugt sein muß, geht über den zulässigen Inhalt einer Grundgerechtigkeit hinaus. Daher hat das BGB. das Erbbaurecht auch auf unbebaute Grundstücksteile erstreckt mit der Beschränkung, daß sie für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bieten müssen (Prot. III S. 283). Eine solche Erweiterung des Objekts kann nur auf Grund einer *Vereinbarung* eintreten, aber es bedarf dazu weder eines besonderen Vertrags neben dem Bestellungsvertrage (§ 1015), noch einer *besonderen* Eintragung; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Wird freilich die Erweiterung nach Bestellung des Erbbaurechts vereinbart, so ist besondere Eintragung nicht zu umgehen. Die Beteiligten können sich statt auf dem Wege des § 1013 auch durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit helfen.

§ 1014.

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig.

1. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes gestattet das BGB. nicht, weil ein solches superfiziarisches Recht, z. B. an einem einzelnen Gelasse oder Stockwerke, zu schlecht abgegrenzten und leicht zu Streitigkeiten Anlaß gebenden Rechtsverhältnissen führen würde (Mot. III S. 470; Prot. III S. 282). Dagegen ist es mit § 1014 nicht unvereinbar, wenn das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude zum Teile auf ihm gehörigen, zum Teile auf fremden Boden steht (Kretzschmar 2. S. 229). Über das sogen. Stockwerks- und Kellereigentum vergl. Anm. 4 S. 22 f.

2. Die wenig praktische Frage, ob ein Erbbaurecht auf einen Teil eines Bauwerks, das kein Gebäude ist, beschränkt werden kann, wird mit Kretzschmar a. a. O. gegen Planck zu verneinen sein.

§ 1015.

Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.

1. Für die Begründung des Erbbaurechts erfordert das BGB. dieselbe Form wie für die Auflassung (Prot. III S. 284). Für die Übertragung ergibt sich dies Erfordernis aus § 1017. Man hat erwogen, daß man für die Begründung nicht wohl geringere Erfordernisse aufstellen könne, als für die Übertragung. Außerdem komme in Betracht, daß die Begründung des Erbbaurechts eine Veräußerung sei, die der Veräußerung des Eigentums sehr nahe komme (Mot. III S. 471). Die Bezeichnung „Auflassung" legt das BGB. dem Begründungsakte nicht bei; doch scheint sich die Bezeichnung auch dieses Aktes als Auflassung einzubürgern. Auch die GBO. vermeidet übrigens im § 20 die Anwendung dieser Bezeichnung auf die Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts. Nach Art. 143 Abs. 1 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, die in Ansehung der im Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien im Falle des § 1015 BGB. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann. Das PAG. z. BGB. Art. 26 bestimmt für die im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes belegenen Grundstücke, daß die zur Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts erforderliche Einigung außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen preuß. Amtsgericht oder vor einem preuß. Notar erklärt werden kann. Von dem Erfordernisse der gleichzeitigen Anwesenheit der erklärenden Parteien kann unter keinen Umständen abgesehen werden, insbesondere findet Art. 143 Abs. 2 EG. z. BGB. auf die Begründung und auch auf die Übertragung eines Erbbaurechts keine Anwendung. Im übrigen wird auf die Bemerkung in Anm. 1 I S. 438 verwiesen.

2. „Der Begründungsvertrag hat den Inhalt der eingeräumten Benutzungsbefugnis positiv vorzuschreiben. Der Inhalt des Erbbaurechts ist nicht in gleicher Weise wie der Inhalt des Nießbrauchs vom Gesetze dergestalt bestimmt, daß die Beteiligten nur über etwaige Einschränkungen des gesetzlichen Inhalts sich zu einigen hätten. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht unter Umständen und je nach den Verhältnissen des zu belastenden Grundstücks zur Begründung des Rechtes und zur Eintragung die akzeptierte Eintragungsbewilligung genüge, die nur die Erklärung enthält, es werde vom Eigentümer für den anderen Teil die Eintragung „eines" oder „des" Erbbaurechts bewilligt. Jedenfalls wird regelmäßig der Inhalt dieses Rechtes durch die vor dem Grundbuchamt abzugebenden Vertragserklärungen näher bestimmt werden. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, erhellt aus der allgemeinen Vorschrift und den Grundsätzen, die für rechtsgeschäftliche Erklärungen gelten (vgl. § 154 Abs. 1). Wird vor dem Grundbuchamt ein Vertrag geschlossen, der bei der Bestimmung des Inhalts und des zu begründenden Rechtes nicht schon durch die Bezeichnung des Rechtes einen durch das Gesetz genau bestimmten Rechtsinhalt ergibt, so ist die Lage des Grundbuchamts eine etwas schwierigere als bei der Begründung eines Nießbrauchs oder auch einer Hypothek, bei welcher letzten der notwendige weitere Vertragsinhalt auf die Angabe des Geldbetrags der zu versichernden Forderung sich beschränkt. Die Kognition, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts falle und ob die Vertragserklärungen der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehren, ist dem Grundbuchamte nicht abzunehmen." (Mot. III S. 471.) Diese Bemerkungen treffen auch dann zu, wenn der Begründungsvertrag nach Art. 143 EG. z. BGB. vor anderen Behörden oder Beamten geschlossen ist, denn auch in diesem Falle

Digitized by Google

ist die dem mit dem Eintragungsantrage befaßten Grundbuchamt obliegende Prüfungspflicht keine geringere. Die erhöhte Prüfungspflicht bedingt das Vorhandensein eines vollkommenen Begründungsvertrags. Daraus erklärt sich die Vorschrift des § 20 GBO., daß im Falle der Bestellung (oder Übertragung) eines Erbbaurechts die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung der Beteiligten erklärt ist. Diese Bestimmung findet nach § 84 das. auf die in den Art. 63, 68 EG. z. BGB. bezeichneten Rechte entsprechende Anwendung. Vom Vorbehalte des § 98 GBO. hat Preußen keinen Gebrauch gemacht. Nach Art. 27 PAG. z. GBO. findet § 20 GBO. auch auf Bergwerkseigentum, bewegliche Bergwerksanteile und selbständige Gerechtigkeiten entsprechende Anwendung.

Zur Entstehung des Erbbaurechts ist neben der Einigung die Eintragung auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks erforderlich, aber auch genügend; die Anlegung eines neuen Blattes für das Erbbaurecht ist kein Erfordernis der Entstehung (vgl. Bd II Anm. 1 zu GBO. § 7). Bezüglich der Fassung des Eintragungsvermerks war im § 962 Abs. 2 Satz 2 Entw. I die Bestimmung vorgeschlagen, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden könne. Das BGB. hat sich jeder Bestimmung über den Inhalt von Eintragungsvermerken überhaupt enthalten, weil derartige Bestimmungen in die GBO. gehören. Diese gibt bezüglich des die Bestellung des Erbbaurechts betreffenden Eintragungsvermerks keine Vorschrift. Es ist für eine solche ein Bedürfnis auch nicht anzuerkennen, weil eine kurz gefaßte Bezeichnung des konkreten Erbbaurechts sich erreichen lassen wird, so daß eine Überfüllung des Grundbuchs nicht zu besorgen ist. Dagegen ist im § 84 GBO. für die Eintragung der in den Art. 63, 68 EinfG. z. BGB. bezeichneten Rechte entsprechende Anwendung des § 50 GBO. vorgeschrieben, wonach es bei der Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten der Bezeichnung der einzelnen (im Gesamtrecht enthaltenen) Rechte nicht bedarf, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird.

3. Auf Änderungen des Inhalts eines bestehenden Erbbaurechts finden die §§ 873, 874, 876 BGB., nicht aber auch § 1015 Anwendung (a. M. Planck Nr. 4, Biermann Nr 1 zu § 1015), denn diese Ausnahmevorschrift darf nicht über den in ihr bestimmten Anwendungsfall ausgedehnt werden (wie hier Oberneck 1 S. 510).

4. Wegen Ersitzung der Erbbaugerechtigkeit vgl. Vorbem. III a S. 536, wegen der Belastung S. 120, wegen Löschung S. 530.

§ 1016.

Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht.

1. „Das BGB. sieht im allgemeinen von der Aufstellung dispositiver Vorschriften ab, die die Vertragserklärungen der Parteien in Ansehung des Inhalts des zu begründenden Erbbaurechts nach einzelnen Richtungen ergänzen. Eine gesetzliche Fixierung des Rechtsinhalts des Erbbaurechts würde voraussetzen, daß durch sie die Absichten der Parteien in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle getroffen würden und daß somit im Rechtsverkehr eine Übereinstimmung über den dem Rechte zuzugestehenden Inhalt ersichtlich wäre. An einer solchen Übereinstimmung fehlt es. Der Grund hierfür liegt darin, daß für den Inhalt des Erbbaurechts sehr weit gezogene gesetzliche Schranken bestehen, die die Feststellung eines Durchschnittsmaßes der Befugnisse des Erbbauberechtigten verhindern. Vornehmlich kommt in Betracht, daß das Erbbaurecht sowohl als zeitlich begrenztes Recht, das vielleicht als Ersatz des dinglichen Mietrechts benutzt wird, wie als zeitlich unbegrenztes Recht bestellt werden kann, ferner daß dem Erbbauberechtigten bald nur die Benutzung eines Baugrundes zur Aufstellung eines Gebäudes, bald die Benutzung eines bereits errichteten Gebäudes überlassen wird. Nur die Bestimmung läßt sich rechtfertigen, daß der Erbbauberechtigte, selbst wenn ihm das Eigentum an der baulichen Anlage nicht zusteht, zur Wiedererrichtung auch nach ihrem gänzlichen Untergange befugt ist, da nicht zu vermuten ist, daß der Bestand des Erbbaurechts von dem Eintritt eines zufälligen Umstandes habe

abhängig gemacht werden sollen. Selbstverständlich erscheint, daß bei Zerfall des dem Eigentümer des Grundstücks gehörigen Gebäudes das mobilisierte Material dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Superfiziars nicht entzogen wird." (Mot. III S. 473.) Der letzte Satz dieser Darlegung der Motive ist nicht dahin zu verstehen, daß das mobilisierte Material stets im Eigentume nicht des Grundeigentümers, sondern des Superfiziars stehe. Es ist zu unterscheiden. Wird das Erbbaurecht an einem bereits bestehenden Bauwerke bestellt, so verliert das Gebäude nicht seine Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB.), bleibt also im Eigentume des Grundstückseigentümers. Wird das Erbbaurecht dagegen an einem unbebauten Grundstücksteile bestellt, und errichtet erst der Erbbauberechtigte das Bauwerk in Ausübung des ihm eingeräumten Rechtes, so gehört das Bauwerk nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks (§ 95 Abs. 1 Satz 2) und steht im Eigentume des Erbbauberechtigten (so jetzt auch Dernburg SR. § 162 Nr. 10). Nach denselben Grundsätzen regelt sich die Frage, wer Eigentümer der mobilisierten Materialien des zerstörten Bauwerks ist. Die Motive behandeln nur den ersten Fall und nur zu dem Zwecke, um einzuschärfen, daß das dingliche Recht des Erbbauberechtigten sich an den mobilisierten Materialen fortsetzt. Diese Ausführung ist bedenkenfrei. Erwähnt mag hier noch werden, daß auch für die Frage, wem von den beiden in Betracht kommenden Beteiligten ein im Bauwerke gefundener Schatz gehört, entscheidend ist, wem von beiden das Eigentum am Bauwerke zusteht. Ein im Baugrunde gefundener Schatz steht mit der sich aus § 984 BGB. ergebenden Beschränkung dem Grundstückseigentümer zu (Mot. III S. 469; Biermann Nr. 3, Planck Nr. 5 zu § 1012). Eine *Pflicht* des Erbbauberechtigten, das zerstörte Gebäude wiederherzustellen, besteht nicht.

2. Einen Ersatz für das vom BGB. abgelehnte *dingliche* Mietrecht kann das Erbbaurecht nur bieten, wenn es sich um ein ganzes Gebäude handelt (§ 1014).

3. Über die Gründe, aus denen das Erbbaurecht erlischt, vgl. Nr. 2 S. 530 f. Ist das Erbbaurecht für mehrere Berechtigte bestellt, so ist zu seiner Aufhebung die Erklärung aller Mitberechtigten erforderlich (§ 875). Ist es erloschen, so kann der Eigentümer Beseitigung des vom Erbbauberechtigten errichteten Bauwerks verlangen (Kretzschmar 2 S. 239). Aufgehoben wird ein Erbbaurecht, mit dem ein Grundstück zu der Zeit belastet ist, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, auch nach dieser Zeit nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 3).

4. Die Bestimmung des § 1016, daß das Erbbaurecht nicht mit dem Untergange des Bauwerks erlischt, gibt nur den regelmäßigen und vermutlichen Parteiwillen wieder, kann mithin von den Parteien geändert werden.

§ 1017.

Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften. Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung.

I. 1. Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. nebst Nebengesetzen (GBO., ZVG., ZPO.) und der im EG. zum BGB. und zum ZVG. aufrecht erhaltenen Landesgesetze (zustimmend Planck Nr. 2; a. M. Fuchs Nr. 3 u. Rober Nr. I 1 zu § 1017). Ein Unterschied zwischen den Vorschriften des Obligationen- und des Sachenrechts wird nicht gemacht. Demnach wird nicht bezweifelt werden können, daß § 313 Satz 1 BGB. Anwendung findet, d. h. daß der obligatorische, auf *Übertragung* eines Erbbaurechts gerichtete Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf (Prot. I S. 464; Planck Nr. 1 zu § 313). Zweifelhafter ist, ob § 313 Satz 1 auf den Vertrag anzuwenden ist, durch den sich jemand zur *Begründung* eines Erbbaurechts verpflichtet. Der § 313 spricht nur von der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums und eine Vorschrift über

Begründung des Grundstückseigentums findet sich im BGB. überhaupt nicht. Man wird das Bedenken wohl damit beschwichtigen, daß für den auf Bestellung gerichteten Vertrag keine geringere Form für ausreichend erachtet werden könne, als für den auf Übertragung gerichteten. Freilich wird man nicht annehmen dürfen, daß in der Bestellung eines Erbbaurechts zugleich immer auch eine Übertragung enthalten sei, weil das BGB. in den §§ 1015, 1017, Abs. 2. zwischen Bestellung und Übertragung streng unterscheidet. Wird diese Unterscheidung fallen gelassen, so würde man z. B. zu dem Ergebnisse kommen, daß auch § 925 Abs. 2 auf die Bestellung des Erbbaurechts Anwendung finde, daß also das Erbbaurecht wirksam nur unbedingt und unbetagt bestellt werden könne, ein Ergebnis, das vom Gesetzgeber anscheinend nicht gewollt ist (vgl. Nr. 1 5 S. 544). Bei den Beratungen der 2. Komm. ist angenommen, daß der obligatorische Vertrag der Formvorschrift des § 313 unterliege (Prot. I S. 464), und dieser Annahme wird trotz aufgeworfenen Bedenken beizutreten sein, weil § 1017 Abs. 1 auch die Bestellung eines Erbbaurechts trifft (zustimmend RG. E. 61 S. 1; Schollmeyer Nr. 1 b zu § 313, Biermann Nr. 1, Fuchs Nr. 5 zu § 1017, Predari Nr. 2 zu § 7 GBO). Der obligatorische Verzicht auf das Erbbaurecht ist formfrei. Zweifelhaft ist auch, ob § 313 Satz 2, wonach die mangelnde Form des obligatorischen Vertrags durch nachfolgende Auflassung und Eintragung geheilt wird, auf das Erbbaurecht überhaupt Anwendung findet. Die heilende Wirkung wird allein der Auflassung beigelegt. Das BGB. bezeichnet aber nur die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung der Beteiligten als Auflassung (§ 925) und auch § 20 GBO. spricht von der Auflassung eines Grundstücks, dagegen von der Übertragung eines Erbbaurechts. Es wird jedoch angenommen werden können, daß, wenn § 1017 Abs. 2 entsprechende Anwendung der für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften, also insbesondere auch des § 925 Abs. 1 anordnet, damit dem dinglichen Akte, durch den das Erbbaurecht übertragen wird, dieselbe Bedeutung und Wirkung beigelegt wird, wie der Auflassung. Damit ließe sich die entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 rechtfertigen. Nicht anwendbar auf das Erbbaurecht ist die Vorschrift des § 98 GBO., wonach durch Landesgesetz bestimmt werden kann, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 GBG. erforderliche Urkunde vorgelegt wird (a. M. Oberneck 1 S. 505). Bei dem inneren Zusammenhang, in dem § 98 GBO. zu § 20 das. steht, darf nicht unbeachtet gelassen werden, daß § 20 die Übertragung des Erbbaurechts nicht Auflassung nennt. Übrigens hat Preußen von dem Vorbehalte des § 98 überhaupt keinen Gebrauch gemacht.

2. Die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften finden nur insoweit Anwendung, als sie auf das Erbbaurecht passen. Das ist z. B. nicht der Fall bei § 98 Nr. 2, dagegen trifft es zu bei §§ 232, 867, 900, 905 BGB. Ob die §§ 94 Abs. 1, 95 Anwendung finden, ist streitig, aber wohl mit Biermann und Fuchs zu bejahen. Die Frage ist nur wichtig für den Fall, daß der Erbbauberechtigte das Bauwerk errichtet hat. Dann haftet es den Hypothekengläubigern des Erbbauberechtigten als Bestandteil des Erbbaurechts, während das vom Eigentümer errichtete Bauwerk den Realgläubigern des mit dem Erbbaurechte belasteten Grundstücks haftet. Das Erbbaurecht kann Gegenstand der Belastung mit Grunddienstbarkeiten, mit einem Nießbrauche, mit persönlichen Dienstbarkeiten, mit einem Vorkaufsrechte, mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, aber nicht mit einem Erbbaurechte (a. M. Kretschmar 2 S. 234) sein. Es finden daher die §§ 1018 ff., 1030 ff., 1090 ff., 1094 ff., 1113 ff. Anwendung. Es ist aber auch die Anwendbarkeit des § 96 außer Zweifel. Es kann mit dem Erbbaurecht ein Recht als Bestandteil verbunden sein, z. B. das Recht auf eine Überbau- oder Notwegrente (§§ 916, 917). Es finden auf diese Rente auch im Falle ihrer Verbindung mit einem Erbbaurechte die Vorschriften über Reallasten (§§ 1106 ff.) Anwendung (§§ 914, 916, 917). Die entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 912 914 ist in den §§ 916, 917 ausdrücklich angeordnet. Ebenso steht der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das Miteigentum an Grundstücken (§§ 1009 Abs. 2, 1010) auf mehrere Erbbaumitberechtigte nichts im Wege. Auch die Anwendung des § 946

ist denkbar, wenn eine bewegliche Sache mit dem dienenden Grundstück, und zwar gerade mit dem Teile, der vom Erbbaurecht ergriffen ist, als wesentlicher Bestandteil verbunden wird. Dann erstreckt sich das Erbbaurecht auch auf diese Sache. — Nach § 836 haftet der Eigenbesitzer des Grundstücks, wenn durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird, dem Verletzten für den daraus entstehenden Schaden unter der Voraussetzung, daß der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist. Unter Umständen haftet auch ein früherer Eigenbesitzer (§ 836 Abs. 2). Besitzt jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk, so trifft nach § 837 ihn an Stelle des Eigenbesitzers des Grundstücks die § 836 bestimmte Verantwortlichkeit. Danach haftet in solchen Fällen der Erbbauberechtigte dem Beschädigten, gleichviel ob er Eigentümer des Bauwerks ist oder nicht (Mot. II S. 819). — Darüber, ob § 928 auf das Erbbaurecht Anwendung findet, vgl. Nr. II 2 S. 530 f. und S. 495 Anm. 9.

3. Nach § 864 Abs. 1 ZPO. unterliegen der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen außer den Grundstücken die Berechtigungen, für die die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und nach § 870 Abs. 1 daf. finden auf die Zwangsvollstreckung in eine solche Berechtigung die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, also die betreffenden Bestimmungen des ZVG. entsprechende Anwendung. Insbesondere muß für das Erbbaurecht ein Grundbuchblatt angelegt werden, wenn es zur Zwangsversteigerung gestellt werden soll (ZVG. § 17; KG. RJA. 5 S. 203).

4. Wird für das Erbbaurecht nach § 7 GBO. ein besonderes Grundbuchblatt angelegt, so ist dieses ein Grundbuch im Sinne des BGB. (Denkschr. z. GBO. S. 30). Es finden dann also auch die Vorschriften der GBO. darauf Anwendung. Vgl. Bd II Anm. zu § 7 GBO. Ein Grundbuchblatt muß angelegt werden, wenn das Erbbaurecht veräußert oder belastet wird (GBO. § 7).

II. Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. Gemeint sind hier selbstverständlich nur Vorschriften des BGB. Wegen Anwendung dieser vgl. Nr. II 1, 2, 3, III b, d S. 524 ff., 538 ff. Zu bemerken ist noch: Da das Erbbaurecht Zubehör haben kann (vgl. Anm. 4 S. 37), findet § 926 entsprechende Anwendung. Der Erbbauberechtigte kann den Eigentümer nach § 927 ausschließen, aber selbst nicht ausgeschlossen werden (Fuchs Nr. 5 d, Biermann Nr. 2 zu § 1017). Da das Erbbaurecht vererblich und veräußerlich ist, kann es nicht nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern auch durch Erbfolge, Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe mit dem Erbbauberechtigten, durch Tabularersitzung, durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben werden.

III. Für die in den Art. 63, 68 EG. z. BGB. bezeichneten Rechte (Erbpachtrechte und Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals) ist entsprechende Anwendung des § 1017 BGB. vorgeschrieben. Diese Gerechtigkeiten können, da ferner § 84 GBO. entsprechende Anwendung des § 7 daf. vorschreibt, besondere Grundbuchblätter erhalten. „Die entsprechende Anwendung des § 7" (heißt es in der Denkschr. z. GBO. S. 76) „führt in Verbindung mit dem Art. 63 EG. z. BGB. von selbst zu dem Ergebnisse, daß, wo landesgesetzlich zur Begründung eines Erbpachtrechts dessen Eintragung in das Grundbuch nicht erforderlich ist, für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt auch dann angelegt werden kann, wenn ein Grundbuchblatt für das belastete Grundstück nicht vorhanden ist." Die Richtigkeit dieser Bemerkung mag ununtersucht bleiben, da Art. 63 für Preußen keine Bedeutung hat. Jedenfalls kann für ein Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt nicht angelegt werden, ehe für das dienende Grundstück ein solches angelegt ist. Dies ergibt sich klar aus § 7 GBO. Soll also ein

Erbbaurecht an einem dem Buchungszwange nach § 90 GBO. nicht unterliegenden und nicht gebuchten Grundstücke begründet werden, so muß zunächst für das Grundstück ein Grundbuchblatt angelegt werden.

IV. Die Eigentümerhälfte an einem im Bauwerk entdeckten Schatze gebührt dem Erbbauberechtigten nur dann, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist, was z. B. der Fall, wenn er oder seine Besitzvorfahren in Ausübung des Erbbaurechts das Bauwerk errichtet (§ 95 Abs. 2 BGB.) oder das vom Erbbauberechtigten errichtete Bauwerk zum Eigentum erworben haben. Die Eigentümerhälfte an einem im Grund und Boden entdeckten Schatze gebührt dem Eigentümer des Grundstücks.

V. Über die zweifelhafte, aber wohl zu bejahende Frage, ob die Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld zulässig ist, vgl. PJMBl. 1902 S. 6 und dagegen Wittmaack im Arch. f. ziv. Pr. 93 S. 323.

VI. Sowohl für die Begründung, als auch für die Übertragung des Erbbaurechts wird in Preußen der Immobiliarstempel erhoben (RG. E. 61 S. 1).

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten.

Übersicht. I. 1. „Indem das BGB. die Grunddienstbarkeiten, den Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Gattungsnamen Dienstbarkeiten bezeichnet und in den drei Titeln des vorliegenden Abschnitts behandelt, wird anerkannt daß es einen die drei bezeichneten Arten von Rechten umfassenden Begriff der Dienstbarkeit gebe, daß also bei diesen Rechten ein gemeinsames Merkmal sich finden müsse und daß allgemeine Bestimmungen über Dienstbarkeiten denkbar seien. Das BGB. definiert weder den Begriff der Dienstbarkeit, noch gibt es allgemeine Bestimmungen über diese Rechte." (Mot. III S. 475.) Das gemeinsame Merkmal ist darin zu finden, daß der Inhalt des Rechtes bei allen Dienstbarkeiten auf eine Benutzung der belasteten fremden Sache geht und sich hierdurch vom Inhalte der sonstigen begrenzten Rechte unterscheidet, von dem des Erbbaurechts allerdings nur dadurch, daß der Inhalt des Erbbaurechts nur auf eine bestimmte und qualifizierte Art der Benutzung eines Grundstücks gehen kann. Der Begriff der Benutzung ist dann jedoch in dem Sinne zu verstehen, daß er sowohl die Früchte als auch die mit dem Gebrauche verbundenen Vorteile umfaßt (§ 100). Zwischen den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einerseits und dem Nießbrauch anderseits besteht ein tiefgehender Unterschied, insofern der Nießbrauch nicht nur an Grundstücken vorkommen kann und sein Inhalt gesetzlich bestimmt und nur beschränkbar ist, während der Inhalt der Dienstbarkeiten anderer Art, die nur an Grundstücken stattfinden können, durch das begründende Rechtsgeschäft bestimmt wird (Mot. III S. 475). Auch das PALR. und der code civ. geben weder eine solche Definition noch allgemeine Bestimmungen. Bedingt und betagt können alle Dienstbarkeiten bestellt werden. Allen Dienstbarkeiten gemeinsam ist, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht zu einem Tun, sondern zur Duldung oder Unterlassung verpflichtet ist.

2. Den Vorschriften, die den Inhalt der Dienstbarkeit beschränken (z. B. dem § 1019), wohnt ein absoluter Charakter bei (Mot. III S. 476).

3. Bei den Vorschriften über Inhalt und Begrenzung des Eigentums (§§ 903—924), die in gewissem Sinne auch Rechte auf Benutzung fremder Grundstücke gewähren, hat das BGB. auf die Vorschriften über Dienstbarkeiten nicht Bezug genommen und dadurch ihre Unanwendbarkeit kenntlich gemacht. — Die Bestimmung, wie eine Dienstbarkeit im Enteignungsverfahren oder bei den agrarischen Prozeduren, insbesondere bei der Gemeinheits-

Digitized by Google

teilung, kraft öffentlichen Rechtsaktes zur Entstehung gelangt oder aufgehoben wird, fällt nach Art. 109, 113 EG. z. BGB. den Landesgesetzgebungen anheim (Mot. III S. 477). Für Preußen kommen in Betracht die GemTeilO. v. 7. Juni 1821 §§ 95 ff. und das EnteigG. v. 11. Juni 1874 §§ 2, 4, 12. Die öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeiten sind im BGB. nicht behandelt.

4. „Die Frage des Rechtsbesitzes bleibt für das BGB. nur in Ansehung der Dienstbarkeit offen. Bei Forderungsrechten, Reallasten, Vorkaufsrechten und Hypotheken ist ein dem Sachbesitz ähnlicher Rechtsbesitz durch die Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen. Ein Rechtsbesitz kann bei den Dienstbarkeiten in einer doppelten Richtung in Frage kommen. Erstens als eine im Gesetz ihrem tatsächlichen Inhalte nach näher zu bestimmende Voraussetzung für den Eintritt von Rechtsnormen, die auf die Begründung und Aufhebung von Rechten an der dienenden Sache oder auch wohl auf die Beweislage sich beziehen." (Mot. III S. 477.) Diese Seite des Rechtsbesitzes kommt für das BGB. nicht in Frage, da die Entstehung der Dienstbarkeiten von der Eintragung abhängig gemacht und die Ersitzung, sowie die Aufhebung durch non usus oder usucapio libertatis nicht zugelassen ist. Eine Verjährung gegen den Dienstbarkeitsberechtigten ist nur denkbar, wenn die Dienstbarkeit zu Unrecht gelöscht ist. Für solche Fälle trifft § 901 Vorsorge. „Zweitens erhebt sich die Frage, ob der Tatbestand des Rechtsbesitzes oder vielmehr eines dem Sachbesitze zu vergleichenden Ausübungszustandes bei den Dienstbarkeiten um deswillen festzuhalten ist, damit an ihn ein possessorischer Schutz geknüpft werde. Da das BGB. den unmittelbaren Besitz zur Grundlage des possessorischen Schutzes gemacht hat, so ist für den Fall des Erbbaurechts und des Nießbrauchs gesorgt. Es bleibt mithin nur das Bedürfnis eines possessorischen Schutzes bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten in Frage." (Mot. III S. 478.) Diesem Bedürfnis ist in den §§ 1029, 1090 Abs. 2 Rechnung getragen.

Vorausgesetzt sind bei diesen Ausführungen der Motive eingetragene Dienstbarkeiten. Aber auch nach Einführung des BGB. werden nicht eingetragene Dienstbarkeiten rechtswirksam bestehen; denn nach Art. 128 EG. z. BGB. (der freilich für Preußen keine Bedeutung hat, vgl. Nr. IIIa S. 537 f.) bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. (§ 90) nicht eingetragen zu werden braucht, unberührt und nach Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB. bedarf eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art. 186 das.), zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung. Die Eintragung kann jedoch sowohl vom Berechtigten als auch vom Eigentümer (im Wege der Berichtigung nach BGB. § 894) verlangt und durch Landesgesetz angeordnet werden. Dies ist in Preußen nicht geschehen. Bis zu demselben Zeitpunkte richtet sich (auch nach dem Inkrafttreten des BGB.) die Begründung einer Dienstbarkeit nach den bisherigen Gesetzen und die Aufhebung erfolgt auch nach jenem Zeitpunkte nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird (Art. 189 Abs. 3 Satz 1 das.). Über die Ersitzung und Verjährung solcher nicht eingetragenen Dienstbarkeiten vgl. Nr. II 1, 2, III S. 524 ff., 537 ff. Den Schutz im Besitze regeln Art. 191 EG. z. BGB. u. Art. 28 AG. z. BGB., die bei § 1029 (Anm. II) zu besprechen sind.

II. Die Grunddienstbarkeiten gelten nach § 96 BGB. als Bestandteile des Grundstücks des berechtigten Eigentümers (vgl. Nr. IV S. 540).

III. Über die Entstehung, Aufhebung, Übertragung, Belastung, Geltendmachung, Pfändung der Grunddienstbarkeiten vgl. Nr. II—V S. 524 ff. und über die auf Grunddienstbarkeiten bezüglichen Sondervorschriften der GBO. Nr. VI S. 542. Die Grunddienstbarkeiten, die nach Nr. V a S. 541 abgelöst und durch Verjährung gar nicht, durch Vertrag nur mit den in der PGemTeilO. § 27 bezeichneten Beschränkungen erworben

werden können, sind die Berechtigungen: 1. zur Gräserei und zur Nutzung von Schilf, Binsen oder Rohr auf Ländereien und Privatgewässern aller Art; 2. zum Pflücken des Grases und Unkrauts in den bestellten Feldern (zum Krauten); 3. zum Nachrechen auf geernteten Feldern, sowie zum Stoppelharken; 4. zur Nutzung fremder Äcker gegen Hergebung des Düngers; 5. zum Fruchtgewinne von einzelnen Stücken fremder Äcker (zu Deputatbeeten); 6. zur Fischerei (einschl. Krebsen: RG. E. 1 S. 372) in stehenden oder fließenden Privatgewässern; 7. zur Torfnutzung.

IV. Die ZPO. bestimmt in § 7 bezüglich der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte: Der Wert einer Grunddienstbarkeit wird durch den Wert, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt, und nach § 24 das. ist bei den eine Grunddienstbarkeit (eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht) betreffenden Klagen das Gericht ausschließlich (örtlich) zuständig, in dessen Bezirke das dienende oder belastete Grundstück belegen ist.

V. Die lebhaft umstrittene Frage, ob die Entstehung der Grunddienstbarkeiten von der Eintragung abhängig gemacht werden solle, ist vom BGB. bejaht. Die Gründe für die Lösung sind in der Denkschr. z. BGB. S. 206 kurz dahin zusammengefaßt: „Die allgemeinen Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung von Rechten an Grundstücken (BGB. §§ 873 ff.) gelten auch für Grunddienstbarkeiten. Das BGB. geht damit von dem geltenden Rechte ab. Indessen treffen die Gründe, aus denen des BGB. den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums und anderer Rechte an Grundstücken von der Eintragung abhängig macht, nicht minder für Grunddienstbarkeiten zu. Auch diese müssen im Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs aus dem Grundbuch erkennbar sein, da sie nicht selten den Wert des belasteten Grundstücks erheblich vermindern. Das Erfordernis der Eintragung hat überdies, indem es die Zulässigkeit einer Ersitzung ausschließt, die für die Verhältnisse des Grundbesitzes günstige Folge, daß in Zukunft Grunddienstbarkeiten nicht mehr durch fortgesetzten Mißbrauch nachbarlicher Duldung erworben werden können. Endlich wird die Eintragung zu einer erheblichen Verminderung der Rechtsstreitigkeiten auf diesem Gebiete führen; denn unter allen Umständen wird durch die Eintragung das Bestehen, regelmäßig aber auch der Inhalt der Dienstbarkeit außer Zweifel gestellt. Daß mit der Eintragung von Grunddienstbarkeiten der Umfang der Grundbücher unverhältnismäßig zunehmen werde, ist nicht zu besorgen." Dem Eintragungszwang unterliegen auch offensichtliche und solche Grunddienstbarkeiten, die bei Teilung eines Grundstücks oder bei Veräußerung eines von mehreren, demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken bestellt werden (Prot. III S. 299). In Preußen erfolgt die Eintragung auf dem belasteten Grundstück in Abt. II (AVf. v. 20. November 1899 § 11 Nr. 1), auf dem herrschenden Grundstücke (GBO. § 8) im 2. Abschn. des Bestandsverzeichnisses (AVf. v. 20. November 1899 § 8). Die Eintragung auf dem herrschenden Grundstück ist zur Entstehung der Grunddienstbarkeit nicht erforderlich; sie wird nur auf Antrag bewirkt und ist nur zulässig, wenn die Grunddienstbarkeit auf dem dienenden Grundstücke bereits eingetragen ist (RG. JW. 25 S. A 142).

VI. Übergangsrecht. Die unter der Herrschaft des bisher. preußischen Rechtes ohne Eintragung begründeten Grunddienstbarkeiten sind mit voller dinglicher Wirkung bestehen geblieben (S. 525) und bedürfen auch jetzt der Eintragung nicht. Die §§ 891, 892 BGB. setzen eintragungsbedürftige Rechte voraus, können also auf solche Grunddienstbarkeiten, selbst wenn diese eingetragen sind, keine Anwendung finden. Daher sind nicht die unrichtigen Angaben des Eintragungsvermerks, sondern die Bestimmungen des Vertrags für den Umfang der Grunddienstbarkeit auch gutgläubigen Erwerbern des Grundstücks gegenüber entscheidend (OTrib. Arch. 67 S. 113, 117, RG. E. 28 S. 326). Daher kann ferner der Erwerber des herrschenden Grundstücks sich nicht auf den öffentlichen Glauben

des Grundbuchs für das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit berufen, wenn sie erloschen, aber nicht gelöscht ist (RG. JW. 1897 S. 615 Nr. 38). Der Erwerber des herrschenden Grundstücks muß mit der Möglichkeit des Erloschenseins und der des dienenden mit der Möglichkeit des Bestehens nicht eingetragener Dienstbarkeiten des früheren Rechtes rechnen. Bedarf es aber zur Begründung der vollen Dinglichkeit der Eintragung nicht, so kann auch zum Fortbestehen des dinglichen Rechtes und zu seiner Wirksamkeit gegen Dritte das Eingetragenbleiben nicht erforderlich sein (RG. E. 6 S. 292; KG. JW. 27 S. A 115). Daher kann der Erwerber des dienenden Grundstücks, wenn eine solche Grunddienstbarkeit aus Versehen gelöscht ist, sich auf die §§ 891, 892 BGB. nicht berufen. Durch Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gehen solche Grunddienstbarkeiten nur unter, wenn ihre Nichtübernahme im Zuschlagsbeschluß ausgesprochen ist (RG. V. 188, 199. 05).

Erster Titel.

Grunddienstbarkeiten.

§ 1018.

Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit).

I. 1. „Die Bezeichnung des Grunddienstbarkeitsrechts als eines partiellen Benutzungsrechts ist nicht erschöpfend. Es ist deshalb hervorgehoben, daß die Einschränkung des Eigentums des dienenden Grundstücks und das entsprechende Recht auf der anderen Seite die nachbarrechtlichen Befugnisse betreffen und dahin gehen können, daß etwas zu unterlassen ist, was kraft des Eigentums am herrschenden (muß wohl heißen: „belasteten“) Grundstück an sich erlaubt sein würde. Der Umfang der Eigentumsbeschränkung und des beschränkenden Rechtes wird im einzelnen durch den Privatwillen bestimmt“ (Mot. III S. 479); soweit jedoch das Recht im BGB. selbst (z. B. in den §§ 1019, 1023) beschränkt ist, können diese Schranken durch Privatwillkür nicht gelockert oder beseitigt werden (Mot. III S. 476). Auch kann die Landesgesetzgebung Maß und Inhalt beschränken (Anh. II hinter § 1112). Es ist notwendige Voraussetzung, daß eine *Belastung*, also ein dingliches Recht vorliegt. Das Kammergericht (KG. RJA. 1 S. 25) hat ausgesprochen: „Die Verpflichtung des Eigentümers, eintretendenfalls *eine* bestimmte Handlung vorzunehmen, z. B. einen Teil des auf seinem Grundstück erbauten Hauses auf Verlangen zu entfernen, ist weder eine Grunddienstbarkeit, weil auch nach BGB. der Satz servitus in faciendo consistere nequit gilt, noch eine Reallast, weil nur eine einmalige Leistung in Frage steht, sondern ein rein obligatorischer Anspruch auf Leistung. Ein solcher kann nach BGB. nicht durch Eintragung in das Grundbuch sichergestellt werden.“ Wegen des Grundsatzes serv. in fac. cons. nequit vgl. jedoch Anm. 1 zu § 1021.

Das BGB. unterscheidet drei Gattungen von Grunddienstbarkeiten, je nachdem der Inhalt des Rechtes des jeweiligen Eigentümers des berechtigten Grundstücks dahin geht:

a. daß er das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (z. B. zum Gehen, Fahren, Viehtreiben, als Viehweide ꝛc.);

b. daß auf dem dienenden Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, (z. B. daß das dienende Grundstück gar nicht oder nur mit Gebäuden eines gewissen Stiles bebaut werden darf.) Unter den Handlungen sind hier nur solche zu

verstehen, durch die das Grundstück benutzt wird. Es widerstreitet dem Wesen der Dienstbarkeit, daß sonstige Handlungen, insbesondere solche, die kraft der persönlichen Freiheit des Eigentümers oder kraft seines Gewerbebetriebs an sich gestattet sind, unterbleiben sollen. Eine Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß der Eigentümer auf dem Grundstück in seinem Gastwirtschaftsbetriebe nur das Bier einer bestimmten Brauerei ausschenken dürfe, ist der Regel nach weder als Grunddienstbarkeit noch als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zulässig. (RG. RJA. 3 S. 148). Das RG. nimmt (a. a. O.) an, daß Dienstbarkeiten des Inhalts bestellt werden können, daß bestimmte Gewerbe auf einem Grundstücke nicht betrieben werden dürfen, daß nur gewisse Arten von Getränken oder daß Getränke nur zu einem Mindestpreise verschenkt werden dürfen. Auf dem gleichen Standpunkte stand die höchstrichterliche Rechtsprechung im Gebiete des preuß. Rechtes, die jedoch in dergleichen Vereinbarungen nicht Dienstbarkeiten, sondern Eigentumsbeschränkungen erblickte (OTrib. Rechtsf. 3 S. 173, Arch. 4 S. 189; RG. JW. 1897 S. 200 Nr. 47). Die gemeinrechtliche Praxis nahm früher an, daß es sich lediglich um Konkurrenzverbote handle, die keinenfalls Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein könnten (Seuff. A. 19 Nr. 18, Bd 20 Nr. 106), und auf demselben Standpunkte steht Kohler (A. f. ziv. Pr. 87 S. 174). In neuerer Zeit hat München jedoch die Zulässigkeit solcher Beschränkungen zugunsten der jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks anerkannt (Seuff. A. 45 S. 269; ebenso Colmar Rsp. 6 S. 119). Zweifellos kann das Verbot, auf einem Grundstück ein gewisses Gewerbe zu betreiben, ebensogut Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wie das Verbot, das Grundstück mit anderen Gebäuden als Villen zu bebauen. Zweifellos können auch Beschränkungen des Gewerbebetriebs Gegenstand von Grunddienstbarkeiten sein. Voraussetzung ist aber in jedem Falle, daß die Beschränkung für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil bietet (vgl. Anm. 2 zu § 1019) und daß die Beschränkung die Benutzung des dienenden Grundstücks betrifft. Beides liegt z. B. vor, wenn beide Grundstücke zum Betriebe des betreffenden Gewerbes dauernd eingerichtet sind (a. M. Kohler a. a. O.). — Sind die Handlungen gesetzlich verboten, so bedarf es nicht nur nicht der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, sondern die Bestellung ist unzulässig (RG. Rsp. 1 S. 380, Biermann Nr. 2b; a. M. Planck Nr. 1b zu § 1018);

c. daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum am belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (d. h. Ausschließung der dem Eigentümer insbesondere gegen Nachbargrundstücke nach §§ 906 ff. BGB. und nach landesgesetzlichen, durch Art. 124 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Vorschriften zustehenden beschränkenden Rechte, vgl. S. 363 Nr. VIII und RG. Gruch. 40 S. 1006, JW. 1892 S. 153 Nr. 17). Nicht hierher gehören die mit dem Grundstücke verbundenen Rechte (BGB. § 96), z. B. Grunddienstbarkeiten und die Freikurberechtigung des Grundeigentümers nach der schlesischen revidierten Bergord. v. 5. Juni 1769. Wird ein solches verbundenes Recht aufgehoben, so entsteht nicht eine Grunddienstbarkeit des bisher dienenden Grundstücks gegen das früher herrschende, sondern das verbundene Recht fällt fort, das bisher dienende Grundstück wird frei (RG. JW. 23 S. A 226). Der Verzicht auf das dem jeweiligen Eigentümer zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht aus § 57 Abs. 2 PEnteignG. kann weder als Grunddienstbarkeit noch als sonstige Belastung auf das Grundstück des Verzichtenden eingetragen werden (RG. JW. 25 S. A 142).

2. Der dingliche Vertrag, durch den eine Grunddienstbarkeit begründet wird, folgt den Regeln des § 873 BGB. Steht das zu belastende Grundstück im Miteigentume mehrerer Personen, so müssen alle Miteigentümer an dem Begründungsakte teilnehmen (§ 747 Satz 2). Ebenso müssen die sämtlichen Miteigentümer des herrschenden Grundstücks dem Vertragsschlusse zustimmen. Eine Grunddienstbarkeit an einem ideellen Grundstücksanteil oder zugunsten eines solchen ist begrifflich unmöglich (Prot. III S. 310). Die Begründung auf Zeit oder unter Bedingungen ist zulässig. „Was die Auslegung des dinglichen Begründungsvertrags anbelangt, so wird man, wenn es sich auch um einen streng formalisierten

Vertrag handelt, doch nach der Regel des § 133 auch außerhalb der formgerechten Willenserklärung liegendes Auslegungsmaterial behufs Ermittlung des Inhalts des die Begründung der Grunddienstbarkeit enthaltenden, aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechtsgeschäfts benutzen dürfen" (Mot. III S. 478; RG. E. 52 S. 411). Man wird also in einem dinglichen Vertrage, z. B. in der Auflassung eines Grundstücks, das zu einem anderen Grundstücke des Veräußerers tatsächlich im Verhältnis eines herrschenden Grundstücks zu einem dienenden steht, die dingliche Einigung über die Bestellung einer Grunddienstbarkeit für das veräußerte Grundstück auch dann finden können, wenn der dingliche Vertrag darüber gar nichts enthält. Freilich kann ein solcher Vertrag nicht ohne weiteres zur Eintragung der Grunddienstbarkeit führen, sondern zunächst muß auf Feststellung eines solchen dinglichen Vertragswillens und auf Bewilligung der Eintragung geklagt werden. Der obligatorische Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit eingegangen wird, ist an keine Form gebunden. Aus ihm kann auch in Fällen, wie dem eben besprochenen, auf Schließung des dinglichen Vertrags und auf Eintragungsbewilligung geklagt werden (vgl. Nr. II B S. 525 f.). Zwischen dem obligatorischen Vertrag und der Bestellung der Grunddienstbarkeit darf der Eigentümer nicht die Beseitigung von Anlagen auf dem Grundstücke, das berechtigt werden soll, verlangen, deren Wiederherstellung er unmittelbar nach der Bestellung zu gestatten hätte. Die Ansicht, daß die Geltendmachung eines persönlichen Anspruchs gegenüber der Eigentumsfreiheitsklage unzulässig sei, widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben (RG. V. 382. 03).

3. Die Grunddienstbarkeit ist begrifflich und nach dem klaren Wortlaute der §§ 1018, 1019 ein Recht an einem fremden Grundstücke. Nemini res sua servit. Deshalb und weil niemand im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft schließen kann (BGB. § 181), ist die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines andern eigenen Grundstücks durch den Eigentümer beider Grundstücke rechtlich unmöglich (Mot. III S. 480), die Eintragung unter allen Umständen abzulehnen. Die Zulässigkeit der Eintragung kann auch nicht aus § 19 GBO., wonach eine Eintragung erfolgt, wenn der sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, hergeleitet werden. Aus diesem § 19 ergibt sich nichts weiter, als daß der Grundbuchrichter beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Eintragung von dem Nachweise der zur Begründung des einzutragenden Rechtes erforderlichen Einigung nicht abhängig machen, sie also z. B. nicht ablehnen darf, wenn ein Eigentümer die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf sein Grundstück zugunsten des jeweiligen (anderen) Eigentümers eines anderen Grundstücks bewilligt, aber die Einigung mit dem anderen Eigentümer noch nicht getroffen hat oder sie nicht vornehmen kann. Vorausgesetzt wird dabei immer, daß es sich um eine zulässige Eintragung handelt. Unzulässige Eintragungen muß der Grundbuchrichter unter allen Umständen ablehnen und sie, wenn er sie aus Versehen bewirkt hat, von Amts wegen löschen (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2). Aus der Eintragungsbewilligung ersieht der Grundbuchrichter im vorliegenden Falle, daß der Eigentümer unzulässigerweise einem seiner Grundstücke gegen das andere eine Grunddienstbarkeit einräumen will und, da die Einigung des Eigentümers mit sich selbst für alle Zeit unmöglich ist, die Eintragungsbewilligung auch nicht auf eine andere Person, die etwa später das Grundstück, das berechtigt sein soll, erwirbt, bezogen werden kann, sondern es einer Einigung mit dieser anderen Person bedarf, muß der Grundbuchrichter die Eintragung ablehnen. Die ungültige Eintragung konvalesziert nicht etwa mit der späteren zulässigen Einigung mit einer anderen Person. Gegen diese vom Reichsgericht (E. 47 S. 202; RG. RJA. I S. 167) entwickelten Grundsätze kämpft u. a. Dr. Friedrichs (Recht 1901 S. 512) mit verfehlten Gründen an.

Nach Art. 692 bis 694 code civ. war die Rechtslage bezüglich dieser Frage folgende: Wenn erwiesen wird, daß zwei Grundstücke, die gegenwärtig zwei verschiedenen Eigentümern gehören, früher im Eigentume nur einer Person gestanden haben und daß diese Person auf den Grundstücken Einrichtungen getroffen hat oder hat bestehen lassen, die,

Digitized by Google

wenn die Grundstücke schon damals verschiedenen Eigentümern gehört hätten, Zeichen einer ständigen und offenen Grunddienstbarkeit gewesen sein würden, so dauerte dieses ursprünglich faktische Verhältnis kraft der destination du père de famille als Dienstbarkeit fort und es vertrat diese destination die Stelle eines Titels, wenn bei der Trennung der Grundstücke nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart, d. h. jener Titel aufgehoben war. Diese Vorschriften sind beseitigt (PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 2); die destination, die der Einigung mit sich selbst nahe kam, kann nicht mehr als Titel gelten, aber sie bleibt von einer anderen Betrachtungsweise aus von Bedeutung. Wenn nämlich der Eigentümer zweier Grundstücke, der das eine in der Weise nutzte, daß es den Zwecken des anderen diente, das eine veräußerte, so war es nach dem Rechte der nicht unter der Herrschaft des code civ. stehenden Gebiete Deutschlands möglich, daß, je nachdem das veräußerte Grundstück das dienende oder das herrschende war, der bisherige Eigentümer oder der Erwerber das Recht auf die entsprechende Grunddienstbarkeit erwarb, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurfte. Es wurde die Entstehung der Dienstbarkeit nicht schon in jene tatsächliche Benutzung, also in die einseitige Bestimmung des Eigentümers verlegt, sondern angenommen, daß bei vernünftiger Auslegung des Willens, der die Beteiligten bei dem Abschlusse des Veräußerungsvertrags geleitet hat, je nach Lage des Einzelfalls die Annahme des Vorbehaltens oder der Bestellung einer Grunddienstbarkeit begründet sein kann, auch wenn im Vertrage darüber keine besonderen Bestimmungen getroffen waren (vgl. OTrib. E. 79 S. 277. 283; RG. E. 13 S. 252, Bd 47 S. 207, Gruch. 35 S. 1091, Bd 47 S. 959, JW. 1895 S. 233 Nr. 33). Dieser vernünftige Grundsatz gilt auch für das neue Recht und auch für den ehemaligen Geltungsbereich des französ. Rechtes. Findet der Richter durch Auslegung des obligatorischen Vertrags (BGB. § 313), daß die Beteiligten jenen Willen gehabt haben, so ist eine Klage auf formgerechte Eintragungsbewilligung oder Einigung begründet. Damit wird allen praktischen Verkehrsbedürfnissen, die das Urteil des Reichsgerichts nicht berücksichtigt haben soll, abgeholfen. Darüber, daß auch aus einer nur vorliegenden (dinglichen) Einigung (Auflassung) auf Eintragungsbewilligung geklagt werden kann, vgl. Anm. 2 S. 359.

Durch Vereinigung des dienenden und herrschenden Grundstücks in einer Hand erlischt die gültig bestellte Grunddienstbarkeit nicht (BGB. § 889). Sie steht während der Dauer der Vereinigung nicht etwa dem Eigentümer als ein Recht an einer Sache zu, sondern sie ruht und lebt erst mit der Lösung der Vereinigung wieder auf. Sie entsteht nicht etwa infolge eines einseitigen Aktes des Eigentümers neu, sondern tritt auf Grund der früheren Einigung mit der Lösung der Vereinigung von selbst wieder ins Leben (RG. E. 47 S. 209). Zu beachten ist jedoch, daß in den Gebieten des gemeinen Rechtes nach herrschender Ansicht die Grunddienstbarkeit durch die Vereinigung ohne weiteres und für immer unterging (RG. E. 39 S. 237, Bd 47 S. 205), daß also § 889 BGB. in solchen Fällen, wenn die Vereinigung vor dem Inkrafttreten des BGB. stattgefunden hat, wegen Mangels einer Dienstbarkeit keine Anwendung finden kann. Für das bisherige preußische Recht war eine dem § 889 entsprechende Vorschrift im § 54 ALR. I 22 enthalten.

Das Fischereirecht an einem Privatfluße bildet in der Regel eine Grunddienstbarkeit und hat nicht das Eigentumsrecht am Wasser zum Inhalt. Insbesondere spricht der Umstand, daß das Fischereirecht mit einer Grundsteuer und mit einem Bodenzinse belastet ist, nicht für das Eigentum am Wasser. Zum Inhalte des Fischereirechts gehört auch nicht das Eigentum an dem im Wasser sich bildenden Eise. Die zur Eisgewinnung Berechtigten müssen ihr Recht schonend und ohne Beeinträchtigung des Fischereirechts ausüben (München im Recht 1903 S. 104).

II. Eine Grunddienstbarkeit kann auch zugunsten einer Berechtigung, die ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, bestellt werden (BGB. § 1017; EG. z. BGB. Art. 63, 68; GBO. §§ 7, 84). Ebenso kann sie an einer solchen bestellt werden. Die Begründung einer Grundgerechtigkeit an einem Realteil ist statthaft, ohne daß dieser Teil

ein besonderes Blatt zu erhalten braucht, sofern nur hiervon keine Verwirrung zu besorgen ist (GBO. §§ 6, 96; PrAVf. v. 20. November 1899 § 30). Ist die Bestellung nicht auf einen Realteil beschränkt, so haftet das ganze Grundstück, wenn auch die Ausübung sich nur auf einen bestimmten Teil beschränkt (vgl. Anm. 2 zu § 1025). Der Eintragung bedarf es nicht im Falle des Art. 128 EG. z. BGB. Auch an öffentlichen Grundstücken, z. B. Straßen, Wegen, Plätzen, an nach örtlichen Grenzen bestimmten Teilen eines öffentlichen Flusses (RG. E. 53 S. 98) können Grundgerechtigkeiten bestellt werden, soweit dadurch zur Zeit der Bestellung der öffentliche Zweck, dem diese Grundstücke dienen, nicht beeinträchtigt wird (vgl. RG. JW. 1895 S. 362 Nr. 9, 1897 S. 48 Nr. 1). An der Gemarkung einer ganzen Gemeinde kann eine Grundgerechtigkeit nicht bestellt werden, weil diese nicht nur nicht eingetragen zu werden braucht (Art. 128 EG. z. BGB.), sondern weil sie ein Grundbuchobjekt nicht sein kann (Prot. III S. 439). Die Möglichkeit von Grunddienstbarkeiten an Privatflüssen steht außer Zweifel (RG. E. 3 S. 246, Bd 16 S. 179, Bd 53 S. 99, Gruch. 27 S. 149, Bd 29 S. 873). Über Art. 128 vgl. jedoch II 2, III a S. 532, 537.

III. „Da der Privatautonomie die Spezialisierung des Servituteninhalts überlassen bleibt, könnte es sich nur darum handeln, ob Servituten verschiedenen Inhalts, Gebäude-, Wege-, Wasser-, Hütungs- ꝛc. Servituten zu unterscheiden und Auslegungsregeln oder Vorschriften dispositiver Natur zu geben sind, um die Lösung der der Privatautonomie gestellten Aufgabe zu erleichtern. Im PrALR. findet sich eine große Zahl derartiger Vorschriften. Der code civ. überläßt die Spezialisierung des Servituteninhalts lediglich der Privatautonomie. Das BGB. hat sich dem code civ. angeschlossen, da eine passende Ergänzung und Auslegung des Vertragswillens von lokalen Verschiedenheiten beeinflußt wird." (Mot. III S. 480.) Nach Art. 115 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt oder das Maß der Grunddienstbarkeiten näher bestimmen (z. B. §§ 55 ff. PrALR. I 22), unberührt. Wird dem Berechtigten die Gesamtheit aller Nutzungen eingeräumt, so liegt Nießbrauch vor.

IV. Die bisherige Unterscheidung zwischen Feld- und Hausservituten (servitutes rusticae et urbanae; Art. 687 code civ.), zwischen servitutes continuae und discontinuae und servitutes apparentes und non apparentes (code civ. Art. 690) ist fallen gelassen, weil an diese Unterscheidungsmerkmale rechtliche Folgen nicht geknüpft werden (Mot. III S. 480). – Das Erfordernis, daß die beiden in Frage kommenden Grundstücke benachbart sein müssen, ist nicht aufgestellt.

V. Vorschriften der Landesgesetze über Grunddienstbarkeiten, die mit dem Inhalte der §§ 1018—1029 BGB. im Widerspruche stehen, können auf Grunddienstbarkeiten, die erst nach dem Inkrafttreten des BGB. bestellt werden, nicht angewendet werden. Grunddienstbarkeiten, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestellt sind, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, jedoch gelten für sie vom Inkrafttreten des BGB. an dessen §§ 1020—1028 (Art. 184 EG. z. BGB.).

VI. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Grunddienstbarkeiten bleiben nach Art. 113 EG. z. BGB. und die landesgesetzlichen Vorschriften, die die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken, bleiben nach Art. 115 das. unberührt. Das BGB. greift nicht ein, weil es sich um Fragen wirtschaftlicher Natur handelt, bei deren Lösung die Verschiedenheit der lokalen Verhältnisse und Bedürfnisse zu berücksichtigen ist (Mot. III S. 480). Vgl. Bd II Ergänz. III.

VII. „Die Verknüpfung einer Gegenleistungspflicht mit der Servitut, so daß diese Verbindlichkeit auf alle Rechtsnachfolger des ursprünglich (Servitut-) Berechtigten übergeht, ist durch das Wesen des Dienstbarkeitsrechts als eines dinglichen Rechtes ausgeschlossen. Nur im Wege der Bedingung kann eine ähnliche Verknüpfung erreicht werden. Dies braucht nicht bestimmt zu werden. Übernimmt der Berechtigte gegen Einräumung

der Servitut eine Reallast auf sein Grundstück, so fallen Reallast und Dienstbarkeit auseinander." (Mot. III. S. 481; Biermann Nr. 4 zu § 1018, Gierke SR. S. 649.)

VIII. Bestellen kann eine Grunddienstbarkeit nur der Eigentümer eines Grundstücks und bei Gerechtigkeiten, die ein eigenes Blatt im Grundbuche haben, der Berechtigte. Dem Nießbraucher gestattet das BGB. nicht die Begründung von Grunddienstbarkeiten auf die Dauer seines Rechtes, da er das Grundstück nicht belasten kann und ein praktisches Bedürfnis nicht vorliegt, ein Rechtsgeschäft des Nießbrauchers zuzulassen, durch das er sein Recht in solcher Weise belastet (Mot. III S. 479).

IX. „Da, soweit die Servitut reicht, das Eigentum des dienenden Grundstücks beschränkt wird, so ist eine Kollision zwischen Servitut und Eigentum ausgeschlossen. Von einem Vorzuge des Servitutberechtigten gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks in Ansehung der servitutmäßigen Benutzung ist nicht zu reden, da möglicherweise, z. B. bei der Mithut, eine gemeinschaftliche Benutzung stattfinden soll. Soweit die Servitut nicht reicht, bleibt, ohne daß es einer Bestimmung bedarf, die gesetzliche und rechtliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers frei." (Mot. III S. 479.) Soweit die Servitut dadurch nicht behindert wird, hat der Eigentümer das Recht auf entsprechende Nutzung oder Benutzung und kann auch anderen eine gleichartige Dienstbarkeit bestellen (OTrib. Arch. 17 S. 115). Läßt die Dienstbarkeit ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers nicht zu, so darf der Eigentümer die Mitbenutzung nicht beanspruchen (RG. Seuff. A. 45 S. 270). Nicht ohne weiteres läßt sich als Wille des Eigentümers annehmen, daß er ein Recht von solcher Strenge habe gewähren wollen, daß ihm *jede* Benutzung seines Eigentums, sobald durch sie der Ausübung der Grunddienstbarkeit eine geringe Schwierigkeit entsteht, versagt und daß namentlich jede Änderung der Nutzungsart, jede Einführung neuer Einrichtungen schlechthin ausgeschlossen wäre. Eine Vergleichung des Wertes der beiderseitigen Nutzungen wird vielfach für die Beurteilung des Konstituierungswillens von Bedeutung sein. Insbesondere bei einer Fischereigerechtigkeit wird nicht anzunehmen sein, daß der Eigentümer sich des Rechtes, im Flusse zu baden oder Badeanstalten einzurichten, habe begeben wollen. Ist freilich eine *erhebliche* Beeinträchtigung der Fischausbeute durch das Baden zu besorgen, wie es bei gleichzeitigem Baden *vieler* Personen denkbar sein mag, so kann der Berechtigte dem entgegentreten (RG. JW. 1902 Beil. S. 249).

X. Daß die Grunddienstbarkeit, die ihrem Wesen nach subjektiv dinglich ist, *nicht ohne das herrschende Grundstück*, als dessen Bestandteil sie nach § 96 gilt, *veräußert und belastet* werden kann und daß sie auf jeden neuen Eigentümer mit dem Erwerbe des Eigentums übergeht, ergibt sich aus der Begriffsbestimmung (Prot. III S. 321). Zur Entstehung der Grunddienstbarkeit ist die Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks erforderlich. Die Ausübung kann nur zusammen mit der Ausübung der Eigentumsnutzung (z. B. auf den Nießbraucher oder Pächter) übertragen werden (Gierke SR. S. 652 Anm. 57).

XI. Über die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten vgl. S. 317 Anm. 3.

XII. Die Aufhebung regelt sich nach den §§ 875, 876, 878 BGB.

§ 1019.

Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden.

I. 1. Ausgehend von dem Grundsatze, daß die Freiheit des Eigentums möglichst zu wahren sei, lassen die bestehenden Gesetzgebungen nur solche Grunddienstbarkeiten zu, die dem herrschenden Grundstück oder seinem jeweiligen Eigentümer zum Vorteil oder zur Annehmlichkeit dienen (vgl. PALR. I 22 § 12, code civ. Art. 637). Von dem Bedürfnisse,

dem Vorteil oder der Annehmlichkeit des herrschenden Grundstücks kann man nur in einem poetisierenden Sinne reden; in Wirklichkeit handelt es sich um Bedürfnisse ꝛc. des Eigentümers des herrschenden Grundstücks (RG. JW. 1900 S. 676 Nr. 47). Wird dieser als der Berechtigte hingestellt, so kann das Mißverständnis entstehen, daß eine Grunddienstbarkeit nicht zum Vorteil eines auf dem herrschenden Grundstück eingerichteten oder einzurichtenden Gewerbebetriebs bestellt werden könne (Mot. III S. 481). Um diese Inkorrektheiten zu vermeiden, hat das BGB. die Fassung gewählt: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet." Diese Vorschrift ist ebenso wie die Bestimmung im Satze 2 absoluten Charakters (Prot. III S. 308). Der Regel nach handelt es sich um den Vorteil des Berechtigten, wenn die Mitglieder seiner Familie, seine Dienstleute, bei zu gewerblichen Betrieben eingerichteten Grundstücken auch die Kunden die Grunddienstbarkeit ausüben; im Zweifel entscheidet die Lage des Einzelfalls.

Unter Vorteil versteht das Gesetz hier einen wirtschaftlichen Vorteil, d. h. einen solchen, der in privatrechtlichen Beziehungen des Grundstücks zu einem anderen Grundstücke seine Unterlage findet. Eine Belastung, die nicht zugleich eine Veränderung der privatrechtlichen Beziehungen der beiden Grundstücke zueinander in sich schließt, und zwar eine derartige Veränderung, daß sie für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet, kann als Grunddienstbarkeit nicht bestellt werden. (RG. V B 256. 05.)

2. Dienstbarkeiten, die den persönlichen Bedürfnissen oder Vorteilen des Eigentümers dienen, sind keine Grunddienstbarkeiten im Sinne des BGB. So ist eine Fischereigerechtigkeit, vermöge deren der Berechtigte nicht nur für seinen, seiner Familie und seiner Gutsleute Bedarf, sondern auch zum Verkaufe Fische fangen darf, keine Grundgerechtigkeit (RG. Gruch. 31 S. 75, JW. 1895 S. 53 Nr. 47, E. 53 S. 101). Ebensowenig können Gerechtigkeiten, vermöge deren der Eigentümer eines Grundstücks bestimmte Quantitäten Holz, Torf oder Fossilien zur beliebigen Verwendung, also auch zum Verkauf, aus einem anderen Grundstück entnehmen darf, den Grundgerechtigkeiten beigezählt werden (RG. E. 8 S. 210). Der Vorteil kann auch in einer Annehmlichkeit oder Bequemlichkeit bestehen (OTrib. E. 12 S. 284; RG. E. 8 S. 212, Bd 14 S. 214, JW. 1891 S. 364 Nr. 40). Im § 967 Entw. I war dies zum Ausdrucke gebracht. Die 2. Komm. hat die Worte „oder Annehmlichkeit" gestrichen, aber nicht, weil eine Änderung beabsichtigt, sondern nur, weil diese Worte für entbehrlich erachtet wurden. Unter „Vorteil" fällt begrifflich auch die Annehmlichkeit und Bequemlichkeit. Für die Benutzung eines Villengrundstücks gereicht es z. B. zur Annehmlichkeit und zum Vorteile, wenn das gegenüberliegende Grundstück nicht oder nur in einer gewissen Entfernung bebaut werden darf oder wenn die Nachbargrundstücke ebenfalls nur im Villenstile bebaut werden dürfen. Dergleichen Grunddienstbarkeiten findet man häufig in den in der Nähe großer Städte angelegten Villenkolonien. Zum Vorteil eines Eisenbahngrundstücks gereicht die vom Eigentümer eines andern Grundstücks übernommene Pflicht, die durch Funkenauswurf drohende Belästigung und Gefährdung zu dulden (RG. VI 356. 95). Eine solche Verpflichtung kann daher Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein; dagegen ist der Verzicht auf die Entschädigung für die durch den Betrieb einer Bahn oder eines Bergwerks (PBergG. § 148) entstandenen und noch entstehenden Schäden rein obligatorischer Natur und daher nicht eintragungsfähig (RG. JB. 21 S. A 310, Bd 22 S. A 152). Ebensowenig eintragungsfähig ist die zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks getroffene Vereinbarung, wonach der Erwerber für sich und seine Eigentumsnachfolger auf alle aus dem Betrieb eines gewerblichen Unternehmens auf dem Nachbargrundstücke des Veräußerers abzuleitenden Schadenersatzansprüche verzichtet (München im Recht 1903 S. 430). Dagegen kann der im § 17 a PG. v. 16. September 1899 (vgl. S. 261, 337 f.) erwähnte Vermerk eingetragen werden, obwohl die Eintragung den Grundsätzen des neuen Reichsrechts widerstrebt. Es handelt sich um eine dem Rentengüterrecht angehörende Bestimmung, und daher konnte die Eintragung durch Landesgesetz

angeordnet werden (EG. z. BGB. Art. 62). Verpflichtet sich der Eigentümer eines Grundstücks der Gemeinde gegenüber, sich für den Fall der Entziehung der durch die festgesetzten Fluchtlinien für Straßen und Plätze (PG. v. 2. Juli 1875 §§ 11, 13, 14) bestimmten Grundfläche mit einer bestimmten Entschädigung zu begnügen, so ist damit kein eintragungsfähiges Recht begründet; es kann nur eine Vormerkung auf Auflassung eingetragen werden (RG. JW. 25 S. A 147). Auch durch die Verträge, in denen der Eisenbahnfiskus die Anlegung von Anschlußgleisen gestattet, werden keine Grunddienstbarkeiten begründet (RG. E. 58 S. 264).

Die Frage, ob eine Dienstbarkeit für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet, läßt sich nicht allgemein, sondern nur für den Einzelfall beantworten. Es kommt dabei nicht nur auf die Art der Dienstbarkeit, sondern auch auf die Art der Benutzung des Grundstücks des Berechtigten an. Die Benutzung von Mühlen, Fabriken, Krankenhäusern, Schulen 2c. bringt ihre besonderen Bedürfnisse mit sich; die Befriedigung dieser Bedürfnisse durch Servitutbestellung ist nicht auszuschließen (Mot. III S. 482). Das herrschende Grundstück kann durch seine Einrichtung mit dem darin betriebenen Gewerbe so verbunden sein, daß ein dem Gewerbe dienendes Recht auch dem Grundstücke selbst zum Vorteile gereicht (RG. E. 30 S. 207, JW. 1898 S. 314 Nr. 109, 1900 S. 676 Nr. 46; a. M. Kohler im Arch. f. ziv. Pr. 87 S. 174). Vgl. S. 557 Anm. I 1. Auch für ein auf einem Grundstücke betriebenes Großgewerbe kann eine Grunddienstbarkeit eingeräumt werden (RG. Gruch. 50 S. 102). Wird das herrschende Grundstück einer anderen Bestimmung zugeführt, wird z. B. das Krankenhaus verlegt und das Gebäude definitiv in ein Fabrikgebäude umgewandelt, so gehen die Grunddienstbarkeiten, die nur für die Benutzung des Grundstücks in seiner früheren Bestimmung von Vorteil waren, trotz Eintragung unter. Durch die bloße Zerstörung des Krankenhauses werden die seinen Zwecken dienenden Grunddienstbarkeiten nicht aufgehoben, solange Wiederaufbau möglich ist. Nur bleibt der Zweck für die Ausübung des Rechtes maßgebend und eine nicht zweckmäßige Ausübung unzulässig (Mot. III S. 482).

Für den Fall, daß in Beziehung auf eine bestimmte Grundgerechtigkeit die Bedürfnisse des Grundstücks des Berechtigten sich steigern, kommt es auf Erforschung des Willens der Parteien bei der Begründung der Servitut an. Bedingt der natürliche Betrieb eine solche Steigerung, so wird es regelmäßig im Sinne des Begründungsakts liegen, daß auch die gesteigerten Bedürfnisse aus dem dienenden Grundstücke zu befriedigen sind. Das Gegenteil ist anzunehmen, wenn es sich um Änderungen der Benutzungsart, die nach dem auf dem herrschenden Grundstücke vorhandenen Betriebe nicht vorauszusehen waren, oder um neue Anlagen auf dem herrschenden Grundstücke handelt (vgl. Prot. III S. 310). Das PALR. hatte in den §§ 8, 71 I 22 (§ 71 ist durch PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b aufrecht erhalten) Auslegungsregeln in diesem Sinne aufgestellt. Das BGB. hat sie als entbehrlich nicht aufgenommen. Steht dem Eigentümer eines bisher nur landwirtschaftlich genutzten Gutes eine Wegegerechtigkeit gegen ein Nachbargrundstück zu, so darf der Weg nicht zu den Zwecken einer hinterher angelegten Ziegelei, eines Bleich- und Trockenplatzes, einer Handelsgärtnerei, einer Fabrik oder einer sonstigen gewerblichen Anlage benutzt werden (RG. Blum Urt. und Anm. 3 S. 379, JW. 1885 S. 337 Nr. 26, 1895 S. 154 Nr. 32 S. 210 Nr. 44, 1898 S. 624 Nr. 72, 1900 S. 627 Nr. 16, Gruch. 39 S. 982, Bd 45 S. 917; München Seuff. A. 52 S. 138). Wird dagegen der Bedarf dadurch gesteigert, daß bisher bewaldete Teile eines Landguts abgeholzt und in Ackerland umgewandelt werden, so muß die Inanspruchnahme des Weges zum gesteigerten Verkehre geduldet werden (OTrib. E. 68 S. 231, Arch. 87 S. 198). — Die Grunddienstbarkeit kann nur für das Grundstück in Anspruch genommen werden, für das sie bestellt ist, also nicht für andere Grundstücke des Berechtigten (RG. E. 1 S. 329), auch nicht für später dem herrschenden Grundstücke zugeschriebene Flächen (RG. E. 27 S. 164). Erwirbt der Eigentümer des herrschenden Schneidemühlengrundstücks ein anderes Grundstück und richtet dieses als Stapelplatz für

die zu der und von der Mühle zu transportierenden Hölzer ein, so kann er zu diesem Transport den ihm für sein ursprüngliches Grundstück über ein fremdes Grundstück eingeräumten Weg benutzen, da diese Benutzung nicht dem neuen, sondern dem ursprünglichen Grundstücke des Berechtigten zum Vorteile gereicht (RG. JW. 1900 S. 677 Nr. 48). Steht eine Wegegerechtigkeit einem Grundstücke für die Bedürfnisse eines auf diesem stehenden Hauses zu und wird das Haus abgebrochen und auf einem anderen Grundstücke desselben Eigentümers wieder aufgebaut, so kann die Wegegerechtigkeit für das neu errichtete Haus nicht ausgeübt werden (RG. Gruch. 32 S. 1011). Steht einem Grundstück eine Wegegerechtigkeit für ein Gebäude zu und wird das Grundstück demnächst mit anderen Grundstücken durch einen einheitlichen Neubau verbunden, so hört die Wegegerechtigkeit auf, sofern nicht eine Abgrenzung ihrer Ausübung in dem früheren Maße möglich ist (RG. E. 27 S. 164).

3. Auch für ein künftig zu erbauendes Haus, für eine künftig zu errichtende Fabrik können Grunddienstbarkeiten bestellt werden (Mot. III S. 482).

4. Das römische Recht verlangte für die Grunddienstbarkeit eine perpetua causa. Das preuß. und das gemeine Recht haben dieses Erfordernis fallen gelassen (RG. E. 30 S. 205, JW. 1898 S. 314 Nr. 109). Ihnen ist das BGB. gefolgt. „Das Erfordernis der causa perpetua auf seiten des dienenden Grundstücks hat keine positiv rechtliche Bedeutung und kommt ebensowenig wie das Erfordernis der Vizinität in den modernen Gesetzgebungen vor. Wird das für das herrschende Grundstück auszubeutende Tonlager vollständig abgebaut, so ist die Servitut inhaltlos geworden, und ebenso inhaltlos würde sie sein, wenn die Entfernung der beiden Grundstücke die Möglichkeit eines Vorteils oder einer Annehmlichkeit für das herrschende Grundstück ausschlösse. Aber nur die dauernde tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung erledigt die Servitut." Es ist dann der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gegeben (BGB. § 894). „Eine denkbarerweise überwindliche oder vorübergehende rechtliche oder tatsächliche Hinderung, z. B. wenn die Zwischenlieger den Zugang zu dem zu benutzenden Wege nicht gestatten, oder wenn ein dazwischen liegender großer Fluß Schwierigkeiten bereitet, bleibt ohne Einfluß für den Bestand der Servitut." (Mot. III S. 482; RG. E. 26 S. 167.)

5. Da die Grunddienstbarkeit begrifflich Vorteile für die Benutzung eines Grundstücks bieten muß (§ 1019 Satz 1), kann eine solche für eine politische Gemeinde oder für deren einzelne Mitglieder ohne Beziehung zu einem bestimmten Grundstücke nicht bestellt werden, sondern es ist nur die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit möglich (RG. E. 54 S. 246). Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Grundeigentümer einer Gemeinde ist zulässig (RG. JW. 24 S. A 119).

6. Zulässig ist nach § 1009 Abs. 2), daß ein gemeinschaftliches Grundstück mit Bewilligung aller Miteigentümer zum Vorteile der Benutzung des im Alleineigentum eines der Miteigentümer stehenden anderen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit belastet wird.

II. Im zweiten Satze des § 1019 ist ausgesprochen, daß über die im ersten Satze gezogene Grenze hinaus die Grunddienstbarkeit rechtlich nicht besteht. Es wird nicht nur die Ausübung abgeschnitten, sondern der rechtliche Bestand verneint und damit klargestellt, daß nach § 894 die Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden kann (Mot. III S. 482; Prot. III S. 309). Der Grundbuchrichter kann diese Berichtigung nur auf Grund einer freiwilligen oder durch Urteil ergänzten Bewilligung vornehmen. Vereinbarungen, die gegen Satz 2 verstoßen, haben nur obligatorische Wirkung unter den Vertragschließenden, können also nicht eingetragen werden. Satz 2 hindert aber nicht die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, die den ganzen Ertrag des dienenden Grundstücks erschöpft (RG. Gruch. 50 S. 102).

III. Nach Art. 184 EG. z. BGB. bleiben die bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte bestehen, jedoch gelten vom Inkrafttreten des BGB. auch für sie die §§ 1020—1028, dagegen nicht § 1019. Aus Anm. I 2 ergibt sich, daß das preuß. Recht mit dem Inhalte des § 1019 übereinstimmt.

§ 1020.

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. Hält er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.

1. Die Bestimmung, daß der Berechtigte die Grunddienstbarkeit mit tunlichster Schonung des Interesses des Eigentümers des belasteten Grundstücks auszuüben habe, ergibt sich schon aus der Begrenzung des Rechtsinhalts der Grunddienstbarkeit (vgl. S. 562). Um jedoch jeden Zweifel auszuschließen, hat das BGB. eine ausdrückliche Bestimmung getroffen, die sich auch im PALR. (I 22 §§ 32—34, 60, 80, 241, 242) findet. Der Berechtigte hat in gleicher Weise auf die Interessen solcher Personen Rücksicht zu nehmen, die vom Eigentümer Rechte ableiten (Mot. III S. 483). Vermöge der ihm obliegenden Rücksichtnahme wird der Berechtigte sein Interesse insoweit zurücktreten lassen müssen, als er unbedeutende Erschwerungen der Ausübung nicht wird scheuen dürfen (vgl. OTrib. Arch. 46 S. 244, Bd 80 S. 60). Eine nähere Spezialisierung der Beschränkungen des Berechtigten wurde von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 312). Die Pflicht zur schonenden Ausübung kann z. B. dadurch verletzt werden, daß der Durchgangs- oder Durchfahrtsberechtigte an oder in dem Durchgange Tafeln mit Inschriften anbringt, durch die das Publikum in den Irrtum versetzt wird, der Durchgang oder die Durchfahrt stehe jedermann frei (RG. Gruch. 45 S. 1019). Gegen solche Verletzungen steht dem Eigentümer die Klage aus § 1004 BGB. zu. Besteht eine Wegegerechtigkeit gegen ein Gartengrundstück, so kann der Eigentümer die Pforten des Gartenzaunes verschließen und verlangen, daß der Berechtigte die Pforten bei der jedesmaligen Benutzung des Weges mit dem empfangenen Schlüssel auf- und demnächst wieder zuschließt, da diese Erschwerung gegenüber dem Interesse des Eigentümers, das Grundstück gegen Beschädigung und Entwendungen zu schützen, unerheblich ist (Jena im Recht 1902 S. 434 Nr. 2005). Anderseits darf auch der Eigentümer nichts vornehmen, wodurch die Ausübung der Grunddienstbarkeit gehindert oder vereitelt wird; nur kleine Unbequemlichkeiten muß der Berechtigte sich gefallen lassen (RG. Gruch. 48 S. 953).

2. „Der zweite Satz des § 1020 enthält eine Erweiterung der Vorschrift des ersten Satzes für den besonderen Fall, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch das Halten von Anlagen vermittelt wird. Das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten wird durch die Auferlegung einer Legalobligation begrenzt. Hält der Berechtigte Anlagen in nicht ordnungsmäßigem Zustande, so verletzt er das Eigentum des Dienstbarkeitsverpflichteten. Nicht nur der Berechtigte, der die Anlage hat verfallen lassen, sondern auch jeder Einzelnachfolger haftet dem negatorischen Anspruch auf Aufhebung des das Eigentum beeinträchtigenden Zustandes. Der Anspruch auf Schadenersatz wird, wie überhaupt im Falle der negatorischen Klage, durch Darlegung einer schuldvollen Verletzung der Legalobligation besonders zu begründen sein." (Mot. III S. 483.) Die Unterhaltungspflicht besteht auch dann, wenn die Anlage nicht vom Berechtigten errichtet ist (Fuchs und Biermann Nr. 1 zu § 1020), sofern er ein Recht auf das Bestehen der Anlagen hat (Planck Nr. 3 a zu § 1020). Auch bei Vornahme der zur Erfüllung der Unterhaltungspflicht erforderlichen Handlungen hat der Dienstbarkeitsberechtigte das Interesse der Dienstbarkeitsverpflichten tunlichst zu schonen (vgl. PALR. I 22 §§ 33, 34). Ausnahmen von § 1020 Satz 2 enthalten § 1021 Abs. 1 Satz 2 und § 1022. Die Verpflichtung aus Satz 2 ist nicht eintragungsfähig (a. M. Biermann Nr. 2 zu § 1020).

3. § 1020 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grundgerechtigkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184 Satz 2). Auch auf einen dem § 1020 widersprechenden Zustand, den der Berechtigte vor dem 1. Januar 1900 in Ausübung der Grunddienstbarkeit geschaffen hat, findet § 1020 Anwendung, wenn der Zustand beim Inkrafttreten des BGB. noch bestand (RG. Gruch. 45 S. 1020).

Digitized by Google

§ 1021.

Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke, so kann bestimmt werden, daß der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann bestimmt werden, daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.

Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung.

1. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen liegt die Unterhaltung der Anlage dem Dienstbarkeitsberechtigten ob (§ 1020 Satz 2), dessen Interessen sie dient (vgl. code civ. Art. 698, PALR. I 22 §§ 30 ff.). Dient die Anlage den Interessen sowohl des Berechtigten als des Verpflichteten, so würde die Unterhaltungslast beiden nach Maßgabe ihrer Interessen obliegen. § 1021 gestattet den Interessenten, die Unterhaltungspflicht anders zu regeln. Nach Abs. 1 Satz 1 kann bestimmt werden, daß der Dienstbarkeitsverpflichtete die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Nach gemeinem Rechte war die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit einem den Verpflichteten zu einem Tun verpflichtenden Inhalt unzulässig (abgesehen von der servitus oneris ferendi). In der preußischen und französischen Gesetzgebung wurde die Zulässigkeit angenommen (ALR. I 22 §§ 30, 35, 36; code civ. Art. 698). Dem ist das BGB. gefolgt. Abs. 1 Satz 2 § 1021 gestattet aber auch für den Fall, daß dem Dienstbarkeitsverpflichteten das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zusteht, eine Vereinbarung dahin, daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist. Es ergibt sich daraus, daß an sich der Eigentümer zur Unterhaltung mit beizutragen hat. Die Anteile an den Unterhaltungskosten sind nach Maßgabe der beiderseitigen Benutzung zu bestimmen, wenn keine Vereinbarung getroffen ist (a. M. Planck Nr. 2 zu § 1021; wie hier Fuchs und Biermann). Daß derartige Vereinbarungen nicht nur im Bestellungsvertrag (Endemann SR. § 102), sondern auch hinterher rechtswirksam getroffen werden können, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die späteren Abmachungen werden aber durch die Bezugnahme des Eintragungsvermerks auf die ursprüngliche Eintragungsbewilligung (GBO. § 50) nicht gedeckt, sondern bedürfen besonderer Eintragung. Vereinbarungen, die über das Bedürfnis hinaus in den beiden Fällen des § 1021 Abs. 1 getroffen werden, sind ungültig, da das Prinzip der Vertragsfreiheit im Gebiete des Liegenschaftsrechts nicht gilt.

2. „Wenn auch die Übernahme der Unterhaltungslast nur als eine Qualifikation der Servitutbegründung und die Unterhaltungslast selbst nur als ein akzessorisches Rechtsverhältnis anzusehen ist, das lediglich dem Zwecke der Servitut dient und dessen rechtlicher Bestand nach allen Richtungen vom Bestande der Servitut abhängt, so bleibt doch die Belastung mit der Unterhaltungspflicht von der Servitutbelastung zu unterscheiden. Der Anspruch des Berechtigten auf Erfüllung der Unterhaltungspflicht ist ein wesentlich andersartiger als sein Anspruch aus der Servitut. Es würde deshalb eine Lücke sich ergeben, wenn es an einer Vorschrift über die Beurteilung der Unterhaltungspflicht fehlte. Die Unterhaltungslast unterscheidet sich von der Reallast durch ihre Verknüpfung mit der Servitut. Dieser Unterschied hindert ebenso wie in den Fällen der §§ 914, 917 (Überbau- und Notwegrente) nicht die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Reallasten auf die Unterhaltungslast, die wegen der im übrigen stattfindenden Ähnlichkeit der Rechtsverhältnisse gerechtfertigt ist." (Mot. III S. 484). Die 2. Komm. hat dieselben Grundsätze auch hinsichtlich der Unterhaltungspflicht des Servitut*berechtigten* für maßgebend erachtet (Prot. III S. 313). Demgemäß bestimmt § 1021 Abs. 2 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Reallasten auf die auf *Vereinbarung* beruhende Unterhaltungspflicht in beiden Fällen des Abs. 1. Auf die *gesetzliche* Unterhaltungspflicht bezieht sich § 1021

Abs. 2 nicht. Eine Vorschrift, wie in den Fällen der §§ 914 Abs. 2 Satz 1, 917 Abs. 2, ist nicht beliebt; daher muß die vertragliche Unterhaltungspflicht, um Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte zu haben, in das Grundbuch des Grundstücks des Verpflichteten eingetragen werden, also im Falle des § 1021 Abs. 1 Satz 2 im Grundbuche des Grundstücks des Dienstbarkeitsberechtigten (a. M. Fuchs Nr. 3 zu §§ 1020—1022; wie hier Planck Nr. 3 und Biermann Anm. b zu § 1021), aber nicht etwa als Reallast, sondern der Vermerk über die Eintragung der Grunddienstbarkeit muß die Unterhaltungspflicht ergeben oder nach § 874 BGB. auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen (Kretzschmar im Recht 1902 S. 574). Auf Antrag ist sie auch auf dem Blatte des Grundstücks zu vermerken, das dem Unterhaltungsberechtigten gehört (GBO. § 8). Antragsberechtigt ist außer dem Eigentümer jeder, dessen Zustimmung nach § 876 Satz 2 BGB. zur Aufhebung des Rechtes erforderlich ist. Für die während des Bestehens seines Eigentums am unterhaltungspflichtigen Grundstücke fällig werdenden einzelnen Leistungen haftet der Unterhaltungspflichtige auch persönlich, soweit seitens der Interessenten nicht ein anderes bestimmt ist (§ 1108 Abs. 1). Wird das Grundstück geteilt, so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner. Es finden jedoch die §§ 1025, 1026 Anwendung. Nach Veräußerung oder Aufgabe des Eigentums (§ 928) haftet der bisherige Eigentümer für später sich aus der Unterhaltungspflicht ergebende Leistungen nicht. Entgegenstehende Abreden können mit dinglicher Wirkung nicht getroffen werden. Fällig wird die Verpflichtung im Einzelfalle mit der Reparaturbedürftigkeit der Anlage (a. M. Fuchs Nr. 4 zu §§ 1020—1022; wie hier Biermann und Planck). — Das Recht auf Unterhaltung kann vom Eigentum am Grundstücke nicht getrennt werden (§ 1110). Der unterhaltungspflichtige Berechtigte wird durch Verzicht auf sein Recht von dieser Pflicht frei (Biermann Anm. c zu § 1021).

3. Der in Ansehung der Einschränkung und Ablösung der Reallasten in den Art. 113—115 EG. z. BGB. enthaltene Vorbehalt zugunsten der Landesgesetze findet nach Art. 116 das. auf die in den §§ 1021, 1022 BGB. bestimmten Unterhaltungspflichten keine Anwendung. Diese regeln sich lediglich nach den Bestimmungen des BGB. über Reallasten (RG. V 367. 04).

4. Nach Art. 184 EG. z. BGB. finden auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten die §§ 1020—1028 BGB. Anwendung. Demnach gelten Vereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des BGB. getroffen sind und die Unterhaltungspflicht in einer nach §§ 1021, 1022 unzulässigen Weise, z. B. über das Bedürfnis des Berechtigten oder des Eigentümers hinaus, regeln, nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr (RG. E. 56 S. 378).

5. Ob die Anlage den Hypothekengläubigern des dienstbarkeitspflichtigen Grundstücks haftet und im Falle der Zwangsversteigerung dem Ersteher des Grundstücks durch Zuschlagsurteil zum Eigentume zufällt, richtet sich danach, wer die Anlage mit dem Grund und Boden in feste Verbindung gebracht hat. Ist dies vom Eigentümer des dienenden Grundstücks geschehen, so ist die Frage zu bejahen; hat der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Verbindung in Ausübung des ihm an dem dienenden Grundstück eingeräumten Rechtes hergestellt, so ist die Frage zu verneinen (§§ 94, 95 Abs. 1 Satz 2).

6. Die Aufnahme einer besonderen dem gemeinen und preuß. Rechte entsprechenden Vorschrift, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks durch Dereliktion der Anlage sich von seiner Unterhaltungspflicht befreien könne, ist von der 2. Komm. abgelehnt, weil der Eigentümer den mit der Anlage verbundenen Teil seines Grundstücks auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen und sodann auf dem abgezweigten Grundstücke seine Dereliktionserklärung eintragen lassen könne (Prot. III S. 313).

§ 1022.

Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten, so hat, wenn nicht

ein anderes bestimmt ist, der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Vorschrift des § 1021 Abs. 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht.

1. „Während die Vorschrift des § 1021 Abs. 1 die Zulässigkeit eines qualifizierten Begründungsvertrags bestimmt, ist die Vorschrift des § 1022 dispositiver Natur; sie läßt die Qualifikation auch ohne eine darauf gerichtete Erklärung eintreten, wenn die Grunddienstbarkeit in dem Rechte besteht, auf einer baulichen Anlage des dienenden Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten. Die römische Vorschrift über die Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks bei der servitus oneris ferendi wird auf alle tatsächlich gleichartigen Fälle ausgedehnt." (Mot. III S. 484.) Die gesetzliche Unterhaltungspflicht ist nicht eintragungsfähig, eine abweichende Regelung muß in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen werden, wenn sie gegen Dritte Wirkung haben soll (so auch Gierke SR. S. 649 Anm. 45).

2. Im übrigen vgl. die Anm. 2—4 S. 567 f.

§ 1023.

Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigentümer die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist; die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschießen. Dies gilt auch dann, wenn der Teil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

1. Die Bestimmung im Abs. 1 ist ein Ausfluß des im § 1020 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes. Wenn sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit, gleichviel ob auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder ohne ein solches, tatsächlich auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, so kann der Eigentümer die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen, falls die Ausübung an der bisherigen Stelle für den Eigentümer besonders beschwerlich ist (ähnliche Bestimmungen im PALR. I 22 § 29 und im code civ. Art. 701 Abs. 3). Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen hat der Eigentümer zu beweisen (Biermann Nr. 1 zu § 1023). Gleichgültig ist, ob sich seit der Bestellung die Umstände verändert haben. Auch wenn die Verhältnisse dieselben geblieben sind, kann sich im Laufe der Zeit eine zwecklose Überlastung des dienenden Grundstücks herausstellen, der ohne Schädigung der Interessen des Berechtigten abgeholfen werden kann, indem die Ausübung an eine für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlegt wird. Weigert der Berechtigte die Verlegung, so ist dem Eigentümer die Klage auf Bewilligung gegeben (BGB. § 1004). Im Klageantrag ist die bestimmte Art der Verlegung anzugeben. Ist jedoch die Ausübung an jeder beliebigen Stelle des dienenden Grundstücks zum wesentlichen Inhalte der Grunddienstbarkeit erhoben, so wird Beschränkung der Ausübung auf eine bestimmte Stelle nicht verlangt werden können, da diese Beschränkung sich der Regel nach nicht ohne Benachteiligung des Berechtigten bewirken lassen wird (Mot. III S. 486; Prot. III S. 315).

„Die Verlegung kann nur innerhalb des belasteten Grundstücks ohne Hineinziehung eines anderen Grundstücks verlangt werden, weil sonst wegen der Notwendigkeit, den Rechtszustand dieses anderen Grundstücks zu berücksichtigen, Schwierigkeiten und Verwickelungen sich ergeben würden. Das Verlangen des Eigentümers des dienenden Grundstücks geht auf die dingliche Rechtsänderung, die durch Vertrag oder durch das die Vertragserklärung ersetzende Urteil herbeizuführen ist." (Mot. III S. 486.) Nach dem klaren Wortlaute des

§ 1023 kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks Verlegung der Ausübung auf ein anderes ihm gehöriges Grundstück nicht verlangen kann (RG. E. 50 S. 32, Gruch. 48 S. 105, JW. 1904 S. 294 Nr. 17). Dem gegenüber kommt nicht in Betracht, ob die Begründung in den Motiven zutreffend ist oder nicht (a. M. Kohler im A. f. ziv. Pr. 87 S. 233). Auch hat die 2. Komm. einen Antrag auf Gewährung eines Anspruchs auf Verlegung der Ausübung auf ein anderes Grundstück ausdrücklich abgelehnt (Prot. III S. 315). Übrigens stimmt das PALR. I 22 § 29 in dieser Beziehung mit dem § 1023 BGB. überein (OTrib. E. 27 S. 357, Arch. 66 S. 215). Die Verlegung auf ein anderes Grundstück kann nur in der Weise erfolgen, daß die frühere Servitut aufgehoben und eine neue gleichen Inhalts begründet wird. Dann ist die Grunddienstbarkeit im Grundbuche des bisher belasteten Grundstücks zu löschen und die neue Grunddienstbarkeit auf das Blatt des anderen Grundstücks einzutragen, nebenbei sind auch noch § 8 GBO. und § 876 Satz 2 BGB. zu beachten, *während die bloße Verlegung an eine andere Stelle desselben Grundstücks überhaupt nicht im Grundbuch ersichtlich gemacht wird*, da nach wie vor das ganze Grundstück verhaftet bleibt (wie hier Gierke SR. S. 651 Anm. 53, Fuchs Nr. 2 b; a. M. Planck Nr. 4 zu § 1023). Ist nur an einem Grundstücksteil eine Servitut bestellt (GBO. § 6), so kann Verlegung auf die nicht haftenden Teile nicht verlangt werden. Ebensowenig kann die Verlegung auf ein nach § 890 Abs. 2 BGB. hinzugeschlagenes Grundstück verlangt werden; denn dieses tritt in die Haftung für Grunddienstbarkeiten nicht ein (vgl. S. 237 Anm. 3 b) und der Berechtigte braucht sich die Verlegung nur innerhalb des ihm haftenden Grundstücks gefallen zu lassen. Die Verlegung kann daher nur erzwungen werden, wenn die Grunddienstbarkeit durch Einigung und Eintragung auf das hinzugeschlagene Grundstück übertragen ist.

2. Die Kosten der in seinem Interesse erfolgenden Verlegung hat der Eigentümer des dienenden Grundstücks zu tragen und vorzuschießen; er haftet für diese Kosten nur persönlich (RG. im Recht 1904 S. 140).

3. Die Verlegung im Falle des § 1023 liegt im öffentlichen (volkswirtschaftlichen) Interesse. Daher kann das Recht auf Verlegung nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden (Mot. III S. 485). Dem Dienstbarkeitsberechtigten wird ein Recht auf Verlegung nicht gewährt.

4. § 1023 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Servituten Anwendung (Art. 184 EG. z. BGB.). Rechtsgeschäfte, durch die vor diesem Zeitpunkte das Recht auf die Verlegung ausgeschlossen oder beschränkt ist, haben mit dem 1. Januar 1900 ihre Wirksamkeit verloren.

§ 1024.

Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen.

1. „Die Vorschrift des § 1024 betrifft einen besonderen Fall der Kollision von dinglichen Rechten, nämlich den Fall, daß mehrere Nutzungs- oder Gebrauchsrechte (also auch solche Rechte, die nicht zu den Dienstbarkeiten gezählt werden, insbesondere Erbbaurechte) von gleichem Range, die nebeneinander überhaupt nicht oder nicht vollständig an der Sache sich ausüben lassen, zusammentreffen. Allgemeine Grundsätze über die Kollision von Rechten hat das BGB. nicht aufgestellt. Zwischen der Rechtsgemeinschaft und der Rechtskollision besteht eine gewisse Ähnlichkeit, die in manchen Fällen eine Lösung der Kollision durch Heranziehung der Grundsätze über Gemeinschaft gestattet." (Mot. III S. 486.) Die Kollision

wird nach Analogie des § 745 Abs. 2 gelöst. Jeder Berechtigte kann eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen. Der rechtliche Bestand der Dienstbarkeit wird dadurch nicht berührt. Ein konstitutives Eingreifen des Richters ist aus denselben Gründen nicht zugelassen, aus denen von der konstitutiven Wirkung des Teilungsurteils abgesehen ist. Der Anspruch ist im gewöhnlichen Zivilprozeßverfahren zu verfolgen. Ein Antrag, im BGB. zum Ausdrucke zu bringen, daß die Grunddienstbarkeit nicht unter allen Umständen dem Nutzungsrechte des Eigentümers vorgehe, sondern daß da, wo beide Rechte gleichen Rang haben, eine entsprechende Beschränkung einzutreten habe, wurde von der 2. Komm. abgelehnt, weil grundsätzlich die Grunddienstbarkeit dem Rechte des Eigentümers vorgehen müsse, Ausnahmefälle (z. B. bei der Mithut) aber auch ohne Sonderbestimmung unter § 1024 gebracht werden würden (Prot. III S. 321).

2. Der Anspruch ist seiner Natur nach unverjährbar (Prot. III S. 321) und erneuert sich gegen jeden Rechtsnachfolger des Gegners. Die Regelung der Ausübung ist nicht eintragungsfähig (Fuchs Nr. 2; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1024). Dies ergibt sich daraus, daß eine dem § 1010 Abs. 1 analoge Bestimmung nicht gegeben ist. Es liegt auch gar kein Anlaß zur Eintragung vor, da jeder jeweilig Berechtigte zu jeder Zeit von dem Rechte aus § 1024 Gebrauch machen kann (Gierke SR. S. 652 Anm. 55).

3. Der § 1024 wird durch § 1060 dergestalt vervollständigt, daß beide §§ zusammen genommen alle Fälle der Kollision von Gebrauchs- oder Nutzungsrechten umfassen. Dagegen wird der Fall der Kollision solcher Rechte mit Hypotheken oder Reallasten durch jene Bestimmungen nicht getroffen. (Mot. III S. 486.) Die Lösung dieses Kollisionsfalls ist dem ZVG. vorbehalten.

4. § 1024 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184).

§ 1025.

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile.

1. Für den Fall der Zerstückelung des herrschenden Grundstücks nahm das PrOTrib. (E. 79 S. 173, wo auch die ganze frühere Rechtsprechung mitgeteilt ist) an, daß, wenn die Grunddienstbarkeit nur einem bestimmten Teile des Grundstücks von Nutzen gewesen ist, sie bei der Zerstückelung nur diesem Teile verbleibe, sonst aber auf alle grundbuchmäßig abzuschreibenden und auf neue Blätter zu übertragenden Trennstücke derart übergehe, daß die Ausübung bei einer durch ein gewisses Maß bestimmten Dienstbarkeit von den einzelnen Teileigentümern verhältnismäßig, bei unbestimmten Dienstbarkeiten aber, insoweit dies ohne Erschwerung für den Belasteten möglich ist, von allen Teileigentümern gemeinschaftlich zu erfolgen habe (vgl. RG. Gruch. 26 S. 999, Bd 32 S. 943). Das BGB. ist dem im wesentlichen gefolgt. An sich besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort; tritt aber infolge der Teilung eine Steigerung des Gesamtbedürfnisses ein, so kommt es darauf an, ob die Grunddienstbarkeit nur zur Befriedigung des beschränkten, zur Zeit der Bestellung nach den damaligen Umständen sich ergebenden Bedürfnisses dienen, oder ob das jeweilige Bedürfnis nach der Absicht der Kontrahenten maßgebend sein sollte. Erstes ist nach der Auslegungsregel in § 1025 Satz 1 Halbs. 2 im Zweifel anzunehmen. Die Teileigentümer dürfen die Grunddienstbarkeit nur in der Weise ausüben, daß die Ausübung für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird (vgl. Prot. III S. 318). Die Regelung der Art der Ausübung der gemeinschaftlichen Dienstbarkeit haben

die Berechtigten untereinander zu treffen. Der Anspruch des Eigentümers wegen Erschwerung der Dienstbarkeit ist mit der Eigentumsfreiheitsklage geltend zu machen (§ 1027).

2. „In einer gewissen Richtung belastet die Grunddienstbarkeit stets das ganze dienende Grundstück, nämlich in der Richtung, daß, wenn im Falle der Zwangsversteigerung das Grundstück servitutfrei auf Antrag eines bevorzugten Berechtigten veräußert wird, unter Umständen die Servitut sich in ein Recht auf den überschießenden Erlös verwandelt (ZVG. § 92). Abgesehen von einer solchen Umwandlung des Servitutsrechts ist es möglich, daß die Servitut ihrem konkreten Inhalte nach nur ein beschränktes innerhalb der Eigentumsgrenzen liegendes Gebiet trifft und den Rest des belasteten Grundstücks überall nicht berührt. Ebenso kann die Servitut zum Vorteile nur einer beschränkten Parzelle des herrschenden Grundstücks dienen. Steht eine solche räumliche Beschränkung der Grunddienstbarkeit nach der einen oder der anderen Seite nach dem Begründungsvertrage fest, so geschieht dem Rechte keines Beteiligten Abbruch, wenn bei Abtrennungen von Parzellen, die aktiv oder passiv durch die Servitut nicht berührt werden, diese Parzellen so behandelt werden, als wenn sie nicht belastet wären, bezw. die Servitut mit dem Eigentum an ihnen nicht verbunden wäre." (Mot. III S. 487.) Demgemäß schreibt § 1025 Satz 2 vor, daß die Dienstbarkeit, wenn sie nur einem Teile zum Vorteile gereicht, für die übrigen Teile erlischt, und § 1026 ordnet für den Fall der Teilung des belasteten Grundstücks an, daß, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil dieses Grundstücks beschränkt ist, die Teile, die außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei werden. „Es ist dabei nicht übersehen worden, daß der Berechtigte unter Umständen infolge der Verkleinerung des dienenden Grundstücks bei Umwandlung seines Servitutanspruchs in einen Anspruch auf einen Teil des Erlöses aus dem Grundstück im Falle der Zwangsversteigerung Abbruch erleiden kann. Da indessen solche Fälle der Umwandlung äußerst selten sind und eine hypothekarische Sicherung nicht im ursprünglichen Zwecke der Servitut liegt, hat man geglaubt, sich über dieses Bedenken hinwegsetzen zu sollen." (Mot. III S. 488, Prot. III S. 317.)

3. Für den Fall des Erlöschens der Grunddienstbarkeit für einzelne Teile steht dem Verpflichteten gegen die Eigentümer dieser Teile der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zu (§ 894). Das gleiche Recht steht den Erwerbern von Teilen des belasteten Grundstücks gegenüber dem Berechtigten im Falle des § 1026 zu. Freilich bedarf es zum Erlöschen oder zum Freiwerden nicht der Löschung im Grundbuche, wohl aber wegen des Grundsatzes des § 892 Abs. 1 Satz 1. Einer Einwilligung des Berechtigten in die Berichtigung des Grundbuchs bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird (GBO. § 22 Abs. 1; RG. JW. 24 S. A 118). Im übrigen tritt der Grundbuchrichter in beiden Fällen (§§ 1025, 1026) nur dann in Tätigkeit, wenn die Zustimmung des von der Berichtigung Betroffenen erteilt oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist. Steht fest, daß ein abveräußerter Teil des belasteten Grundstücks von der Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht betroffen wird, so ist er ohne diese Last abzuschreiben (RG. JW. 24 S. A 118). Werden die auf neue Blätter zu übertragenden Teile frei, so sind sie ohne Mitübertragung der Dienstbarkeit abzuschreiben (GBO. § 47); wird dagegen das Restgrundstück frei, so wird die Löschung auf seinem Blatte bewirkt, während die Grunddienstbarkeit auf die verhaftet bleibenden Teilstücke übertragen wird, im Falle des § 1026 ist es ebenso.

4. Hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Anlage zu unterhalten (§§ 1021, 1022), so kann jeder Eigentümer von Teilen, denen die Grunddienstbarkeit zum Vorteile gereicht, das entsprechende Recht geltend machen (Planck u. Biermann).

5. Die §§ 1025, 1026 finden auch auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184).

Digitized by Google

§ 1026.

Wird das belastete Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei.

1. Vgl. die Anm. 2—4 zu § 1025.

2. § 1026 behandelt nur den Fall, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit infolge ihrer Natur oder eines Rechtsgeschäfts auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist. Der andere Fall bedarf keiner besonderen gesetzlichen Regelung; die Teilung berührt die Grunddienstbarkeit und deren Ausübung nicht, sondern der Berechtigte kann an jedem Teile sein Recht ausüben (OTrib. Arch. 80 S. 285). Im Entw. I. § 975 war dies ausgesprochen, die 2. Komm. hat eine solche Bestimmung aber für entbehrlich erachtet (Prot. III S. 317). — Der Grundsatz des § 1026 wurde von der Praxis und Rechtslehre schon im bisherigen preuß. Rechte gefunden. Wegegerechtigkeiten, Traufrechte ꝛc. wurden auf die von ihnen nicht berührten Parzellen nicht übertragen (Dernburg-Hinrichs 1 S. 436 Anm. 49: Neumann in RG. JW. 10 S. 360; RG. JW. 4 S. 167).

3. Hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Anlage zu unterhalten (§§ 1021, 1022), so steht ihm das entsprechende Recht nur gegen den Eigentümer des Teiles zu, der belastet bleibt (Biermann u. Planck).

§ 1027.

Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten die im § 1004 bestimmten Rechte zu.

1. Vgl. Nr. III d S. 540.

2. Voraussetzung der Klage ist eine Beeinträchtigung der Ausübung der Dienstbarkeit. Die Klage ist gegen den Störer zu richten; sie geht auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auch auf Unterlassung (§ 1004 Abs. 1 Satz 2). Das einfache Bestreiten des Anspruchs im Prozesse genügt nicht, die Klage auf Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen zu rechtfertigen (München im Recht 1902 S. 372). Klageberechtigt ist der Eigentümer, der Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs. 1), der Nießbraucher (§ 1065) des herrschenden Grundstücks. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks hat weder das Recht, noch die Pflicht, störende Einwirkungen Dritter auf die Dienstbarkeit zu verbieten (München im Recht 1903 S. 340). Steht das herrschende Grundstück im Miteigentume, so hat jeder Miteigentümer nach dem Grundsatze der §§ 1011, 747 Satz 1 die Klage aus §§ 1027, 1004 (wie bisher OTrib. E. 58 S. 183, Bd 71 S. 153; RG. Gruch. 28 S. 947, Bd 30 S. 440). Wird das herrschende Grundstück geteilt und die Grunddienstbarkeit bleibt für die einzelnen Teile fortbestehen (§ 1025), so ist jeder Eigentümer eines solchen Teiles zur Klage berechtigt (OTrib. Arch. 25 S. 280). Ob die Beeinträchtigung auf einem Verschulden beruht, ist gleichgültig, dagegen ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte zur Duldung verpflichtet ist. Die Klage ist gegen jeden Störer gegeben, nicht etwa nur gegen einen Grundstückseigentümer (München a. a. O.). Behauptet der Beklagte, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben, so kann er, wenn er dem Dritten vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in dem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern. Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen. Wird die Behauptung des Beklagten vom Benannten als richtig anerkannt und dieser übernimmt mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu

entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar. (ZPO. §§ 77, 76.) „Es liegt im Interesse aller Beteiligten, wenn über die Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung nur einmal, und zwar zwischen dem Gestörten und dem angeblich Berechtigten verhandelt und entschieden wird" (Begr. z. E. e. Ges., betr. Änder. der ZPO., S. 122). Die Schadenersatzklage gegen den Störer kann nur auf Verschulden gegründet werden.

3. Neben der Klage aus §§ 1027, 1004 BGB. steht dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks auch die Klage auf Anerkennung seines Rechtes gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Dem Besitzer steht nicht die Eigentumsfreiheitsklage, sondern nach § 1029 nur die Besitzklage zu.

4. § 1027 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184).

§ 1028.

Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden, so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht.

Die Vorschriften des § 892 finden keine Anwendung.

1. § 1028, der erst vom Reichstag eingefügt ist (KommBer. S. 130), enthält mehrere Abweichungen von allgemeinen Vorschriften des BGB.

a. Während nach § 902 Satz 1 die Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Verjährung nicht unterliegen, wird im § 1028 Abs. 1 der Anspruch aus einer eingetragenen Grunddienstbarkeit auf Beseitigung der Beeinträchtigung durch eine Anlage der Verjährung unterworfen.

b. Im Gegensatze zu dem Eintragungsprinzipe (§ 875) läßt § 1028 Abs. 1 Satz 2 die Dienstbarkeit mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Beeinträchtigung ohne Löschung erlöschen, soweit der Bestand der Anlage mit ihr im Widerspruche steht. Insoweit kann der Eigentümer Berichtigung des Grundbuchs verlangen.

c. Die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und über den gutgläubigen Erwerb (§ 892) finden nach § 1028 Abs. 2 keine Anwendung. Die Ansicht, daß die vollendete Verjährung dem gutgläubigen Erwerber des herrschenden Grundstücks dann nicht entgegengehalten werden könne, wenn die Anlage vor dem Erwerbe beseitigt war (Gierke SR. S. 655 Anm. 72), dürfte mit dem Gesetze nicht im Einklange stehen.

Zutreffend bemerkt Strecker (allg. Vorschr. S. 69), daß hierdurch eine Art usucapio libertatis geschaffen ist, zu der jedoch, abweichend vom gemeinen Rechte, guter Glaube ebensowenig erforderlich ist, wie daß die Anlage nec vi, nec clam, nec precario hergestellt sei. Unter den Voraussetzungen des § 1028 erlischt die Servitut trotz unterbliebener Löschung definitiv, auch dem gutgläubigen Erwerber des herrschenden Grundstücks gegenüber. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Einwilligung des Berechtigten in die Löschung verlangen (§ 894).

2. Voraussetzung ist, daß die Anlage auf dem dienenden Grundstücke (gleichviel von wem) errichtet und dauernd ist. Bloßer Verfall der zur Ausübung der Grunddienstbarkeit erforderlichen Anlage genügt nicht; es bedarf einer die Ausübung der Servitut beeinträchtigenden Gegenanlage (Biermann Nr. 2 zu § 1028). Erst wenn sie 30 Jahre lang (§ 195) bestanden hat, ist die Grunddienstbarkeit erloschen, soweit der Bestand der Anlage mit ihr im Widerspruche steht (tantum praescriptum, quantum possessum). Auf die Verjährung finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 194 ff. Anwendung. Die Auf-

nahme einer dem PALR. I 22 § 43 entsprechenden Bestimmung (Erlöschen durch stillschweigende Einwilligung) ist von der 2. Komm. abgelehnt (Prot. III S. 325). Die Anlage kann in Gebäuden, Pflanzungen, in Erderhöhungen (Dämmen), in Gräben ꝛc. bestehen. Ob durch die Anlage die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach der Lage des Einzelfalls entscheiden.

3. § 1028 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (EG. z. BGB. Art. 184), nur können diese selbst nach der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach Art. 189 Abs. 3 das. in Verb. mit PALR. I 22 §§ 43 ff. auch ohne Verjährung durch wissentliche Duldung der Errichtung der beeinträchtigenden Anlage erlöschen (vgl. S. 532 f.), solange die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen ist (EG. z. BGB. Art. 187). Das gleiche gilt für den Fall des Art. 128 EG. z. BGB. (vgl. Dernburg SR. § 172), der jedoch für Preußen keine Bedeutung hat.

§ 1029.

Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist.

I. 1. Trotz der Ablehnung des Instituts des Rechtsbesitzes (vgl. Prot. III S. 319) gewährt das BGB. den Grunddienstbarkeiten *Besitzschutz*, indem es davon ausgeht, daß eine Analogie zwischen dem Sachbesitz und dem Zustande der Ausübung der Grunddienstbarkeit bestehe. Voraussetzungen des quasipossessorischen Schutzes sind:

a. Die possessorisch zu schützende Servitut muß für den Eigentümer im Grundbuch *eingetragen* sein (und zwar auch die sog. apparente Servitut; vgl. Prot. III S. 320). Ist die Servitut zur Ungebühr gelöscht, so ist der quasipossessorische Schutz ausgeschlossen, mag auch die fortdauernde Ausübung noch so deutlich, insbesondere in der Forthaltung von Anlagen hervortreten.

b. Wer quasipossessorischen Schutz verlangt, muß *Besitzer* des herrschenden Grundstücks sein.

c. Die Servitut (auch die sog. unständige; vgl. Prot. III S. 320) muß als solche vom gegenwärtigen oder von einem früheren Besitzer *innerhalb eines Jahres* vor der verletzenden Handlung, gegen die Schutz gesucht wird, wenn auch *nur einmal* ausgeübt worden sein. Da das Grundbuch die Existenz der Dienstbarkeit ergibt, so ist es entbehrlich, eine Mehrheit von Ausübungshandlungen zu fordern. Möglich bleibt, daß in gewissen Fällen der quasipossessorische Schutz um deswillen versagt, weil nach dem besonderen Inhalte der Servitut ihre Ausübung in längeren Zwischenräumen als einem Jahre erfolgt. Die Berücksichtigung derartiger seltenen Fälle hat das BGB. abgelehnt. Da der quasipossessorische Schutz an die Voraussetzung des Ausübungszustandes geknüpft wird, richtet sich sein Maß nach dem Maße der Ausübung, nur daß das Maß des Schutzes wegen des konkurrierenden Erfordernisses der Eintragung mit dem Inhalte des Buches nicht in Widerspruch treten darf, also innerhalb des sich aus der Eintragung ergebenden Maßes bleiben muß. Besteht die Dienstbarkeit in dem Rechte, ein passives Verhalten des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu verlangen, so befindet sich der Berechtigte bis zum Eintritt einer Störung in der fortwährenden Ausübung. Es ist nicht etwa erforderlich, daß der Berechtigte die Handlung verboten und der Verpflichtete sich gefügt hat (Planck u. Biermann; a. M. Kober zu § 1029).

d. Der Besitzer des herrschenden Grundstücks muß in der Ausübung der Servitut *gehindert oder gestört* sein. (Nach den Mot. III S. 490.)

Zum Schutze berechtigt ist außer dem Eigentümer jeder unmittelbare oder mittelbare Besitzer (§ 869) des herrschenden Grundstücks, z. B. der Nießbraucher, Pächter, Mieter. Der Schutz wird gegen jeden Störer gewährt. Besitzen jedoch mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet nach § 866 in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Die Rechte der Mitbesitzer regeln sich insoweit nach den §§ 743 ff.

2. Die entsprechend anzuwendenden Vorschriften über den Besitzschutz finden sich in den §§ 858 ff. „Für die Einräumung des Rechtes der Gewaltanwendung (§ 859) an den quasi-possessor ist entscheidend, daß er ohne ein solches Recht niemals ohne Weiterungen zur Ausübung seiner Servitut gelangen könnte, da er alsdann einem jeden Verbot, auch des zur Duldung verurteilten und vielleicht mit Strafe bedrohten Besitzers des dienenden Grundstücks zu weichen hätte und auf die praktisch in den meisten Fällen unausführbare Zuziehung eines Gerichtsvollziehers (ZPO. § 892) beschränkt bleiben würde . . . Das Gewaltanwendungsrecht des quasi-possessor geht dem gleichen Rechte des Sachbesitzers vor und beseitigt es im Verhältnisse zwischen diesen Personen." (Mot. III S. 492.) Neben der Selbsthilfe steht dem quasi-possessor die Besitzklage zu (§§ 861 ff. BGB.), die innerhalb eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht angestellt werden muß, widrigenfalls der Anspruch erlischt (§ 864 Abs. 1).

II. Eine Übergangsvorschrift enthält Art. 191 EG. z. BGB.:

Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit finden auch nach dem Inkrafttreten des BGB. Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist.

Von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt angesehen ist, finden zum Schutze der Ausübung einer Grunddienstbarkeit, mit welcher das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften des BGB. entsprechende Anwendung, solange Dienstbarkeiten dieser Art nach Art. 128 oder Art. 187 zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Das gleiche gilt für Grunddienstbarkeiten anderer Art mit der Maßgabe, daß der Besitzschutz nur gewährt wird, wenn die Dienstbarkeit in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist.

1. Die Bestimmung im Art. 191 Abs. 1, die eine Modifikation des Art. 180 enthält, macht, soweit sie von Grunddienstbarkeiten handelt, eine Darstellung des bisherigen Rechtes für Preußen nicht notwendig, weil hier besondere Bestimmungen getroffen sind (vgl. Anm. 4).

2. Von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art. 186 Abs. 1), genießen nichteingetragene Servituten, gleichviel ob sie vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. entstanden sind, nur in den Fällen der Art. 128, 187 und nur unter den Voraussetzungen des Art. 191 Abs. 2 lediglich den vom BGB. den eingetragenen Grunddienstbarkeiten gewährten Besitzschutz. Wird nach Art. 187 Abs. 2 durch Landesgesetz bestimmt (was in Preußen nicht geschehen ist), daß die bestehenden Servituten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs eingetragen werden müssen, so entfällt eine der Voraussetzungen des Art. 191 Abs. 2 und die nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten genießen überhaupt keinen Besitzschutz. Im Falle des (für Preußen nicht in Betracht kommenden; vgl. Nr. III a S. 537 f.) Art. 128 müssen die Grunddienstbarkeiten sich mit dem geringen Besitzschutze des Art. 191 begnügen, während in den übrigen Fällen der Berechtigte dadurch, daß er die Grunddienstbarkeit eintragen läßt (Art. 187 Abs. 1 Satz 2), des vollen Schutzes des § 1029 BGB. teilhaft werden kann. Damit ist ein Antrieb zu der Herbeiführung der in allen Fällen wünschenswerten Eintragung gegeben (Prot. III S. 320). In Bayern bedarf es der Eintragung der bestehenden Grunddienstbarkeiten nicht, um den Besitzschutz des BGB. herbeizuführen (RG. JW. 1904 S. 138 Nr. 1).

3. Die Vorschrift des Art. 191 Abs. 2 Satz 2 ist nicht anwendbar auf Grund-

dienstbarkeiten, die in längeren Zwischenräumen als einem Jahre ausgeübt werden. Diese entbehren des Besitzschutzes (Prot. III S. 320).

4. Das PAG. z. BGB. bringt die Vorschriften des BGB. § 1029 und des EG. Art. 191 hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten auch für die Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB. und dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Geltung, indem es im Art. 28 bestimmt:

Für den Schutz der Ausübung einer Grunddienstbarkeit gelten, auch bevor das Grundbuch für das Grundstück als angelegt anzusehen ist, wenn die Grunddienstbarkeit in einem über das Grundstück geführten gerichtlichen Buche eingetragen ist, die Vorschriften des § 1029 BGB., andernfalls die Vorschriften des Art. 191 Abs. 2 EG. z. BGB.

a. Grunddienstbarkeiten, die vor dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in einem über das Grundstück geführten gerichtlichen Buche (gleichviel ob vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB.) eingetragen sind, genießen den vollen Besitzschutz des § 1029 auch schon vor jenem Zeitpunkte vom Inkrafttreten des BGB. an. Diese Bestimmung hat insbesondere für Landesteile, wo (wie in Nassau) die Grunddienstbarkeiten schon bisher der Eintragung bedurften, Bedeutung. Sie gilt aber auch für eingetragene Servituten in den Landesgebieten, wo Eintragung zur dinglichen Wirkung gegen Dritte bisher nicht erforderlich war.

b. In den Landesteilen, wo die Grunddienstbarkeiten bisher der Eintragung nicht bedurften, bleiben sie gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch ohne Eintragung wirksam, wenn sie vor der Zeit, in der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (EG. z. BGB. Art. 186), gleichviel ob vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB., zur Entstehung gelangt sind (Art. 187, 189 Abs. 1 das.). In den meisten preußischen Landesteilen fällt der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, mit dem Inkrafttreten des BGB. zusammen (vgl. Bd. II Anm. 2 zu § 82 GBO.). Die Übergangsvorschrift des Art. 28 AG. z. BGB. hat demnach nur für die den Gebieten des gemeinen und des rheinischen Rechtes angehörenden Bezirke Bedeutung, für die die Anlegung der Grundbücher erst nach dem Inkrafttreten des BGB. zum Abschlusse gelangt. In diesen genießen die (nicht eingetragenen) Grunddienstbarkeiten auch bis zur Anlegung des Grundbuchs nur den beschränkten Besitzschutz des Art. 191 Abs. 2 EG. z. BGB., der aber immerhin weiter geht als der Besitzschutz des früheren Rechtes.

5. Im übrigen vgl. Nr. III S. 61.

Anhang.

Das Recht der Straßenanlieger.

Literatur: Loebel Gruch. 41 S. 1, Bering das. 44 S. 394, Küster das. Bd 48 S. 745, Dernburg SR. § 70, Gierke SR. S. 28 f.

I. Für die Gebiete des PALR. und des französischen Rechtes hat das RG. vor dem Inkrafttreten des BGB. in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß den Anliegern an städtischen Straßen ein dingliches Recht darauf zustehe, daß die Straße im wesentlichen unverändert bleibe und daß ihnen der Zugang zur Straße und deren Benutzung nicht verkümmert werde. Die Verletzung dieses Rechtes begründe einen Schadenersatzanspruch. Für das gemeine Recht ist von dem RG. ein Anspruch der Straßenanlieger nicht anerkannt worden. Im übrigen wurde der Anspruch darauf gegründet, daß durch einen vom Straßeneigentümer mit den anliegenden Grundstückseigentümern stillschweigend geschlossenen Vertrag eine Grunddienstbarkeit begründet werde. Diese Konstruktion bereitete keine besondere Schwierigkeit, da in den Gebieten des PALR. und des code civ. Grunddienstbarkeiten ohne Eintragung wirksam bestellt werden konnten. Zweifellos bleiben, wenn eine Grunddienstbarkeit vorliegt, die vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Rechte unberührt, auch wenn sie nach dem 1. Januar 1900 nicht eingetragen worden sind (EG. z. BGB.

Art. 187). Aber seit dem Inkrafttreten des BGB. genügt zur Begründung einer Grunddienstbarkeit nicht ein Vertrag, sondern es ist auch die Eintragung erforderlich (BGB. § 873). Mit Rücksicht auf die Buchungsfreiheit der öffentlichen Straßen (GBO. § 90; V. v. 13. November 1899 Art. 1) ist versucht worden, für eine wirksame Grunddienstbarkeit für die sich an einer Straße Neuanbauenden oder für die Anlieger einer neu angelegten Straße den Art. 128 EG. z. BGB. anzurufen, nach dem die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung einer Dienstbarkeit an einem buchungsfreien Grundstücke unberührt bleiben; aber dieses Auskunftsmittel versagt, weil die Bestimmungen des ALR. und des code civ. über vertragsmäßige Begründung von Dienstbarkeiten aufgehoben sind (vgl. S. 537). Wäre also kein anderes Fundament für die Rechte der Straßenanlieger aufzufinden, so würde unter der Herrschaft des BGB. eine Grunddienstbarkeit ohne Eintragung nicht mehr entstehen können, sondern es könnte nur ein obligatorischer Anspruch des Anliegers und seiner Gesamtrechtsnachfolger gegen den Straßeneigentümer in Frage kommen. Daß das den Verkehrsbedürfnissen, die auch für das gemeine Recht anerkannt werden müssen und hoffentlich auch vom Reichsgericht in Zukunft werden anerkannt werden, nicht entspricht, liegt auf der Hand. Man wird daher das Fundament des Vertrags aufgeben müssen. Auch mit der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Servitut wird nichts zu machen sein, da die früheren Gesetze eine Legalservitut dieses Inhalts nicht anerkennen. Vielleicht wird man für Preußen zur Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsprechung auf Grund der Art. 111, 113 EG. z. BGB. und des FluchtlinienG. v. 2. Juli 1875 gelangen. Nach Art. 113 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Regulierung der Wege vom BGB. unberührt. Nach Prot. VI S. 743 bezieht sich diese Bestimmung auch auf die Regulierung der Bauflucht in Städten. Das G. v. 2. Juli 1875 ist also aufrecht erhalten. Dieses Gesetz ist öffentlich-rechtlichen Charakters. Es enthält wesentliche Beschränkungen des Eigentums der Straßenanlieger in den §§ 11, 12 und 15. Eigentumsbeschränkungen sind begrifflich dinglicher Natur. Für die Beschränkung der Baufreiheit wird den Anliegern keine Entschädigung gewährt (§ 13 Abs. 1). Nach § 15 können die Anlieger durch Ortsstatut gezwungen werden (und das geschieht überall), die Freilegung, erste Einrichtung, Entwässerung und Beleuchtungsvorrichtung der Straße zu beschaffen und (für 5 Jahre) zu den Unterhaltungskosten beizutragen. Diese Verpflichtungen sind ebenfalls dinglicher Natur; sie sind gemeine Lasten, die der Eintragung nicht bedürfen (vgl. S. 528). Pflichten der Gemeinde gegenüber den Straßenanliegern sind im Gesetze nicht ausdrücklich aufgeführt; aber das war wohl auch nicht nötig, da es in der Natur der Dinge liegt, daß die Anlieger für die Aufopferung von Eigentumsbefugnissen und für ihre Beiträge zur Anlegung und Unterhaltung der Straße Rechte auf deren Benutzung haben müssen, und diese Rechte sind notwendig ebenso dinglich, wie die korrelaten Verpflichtungen. Durch die Rechte wird die Gemeinde in ihrem Eigentum an der Straße beschränkt, und diese Beschränkungen liegen im öffentlichen Interesse, sind also durch Art. 111 EG. z. BGB. aufrecht erhalten. Es ist zu hoffen, daß die Praxis auf dem einen oder anderen Wege zu diesem Ergebnisse gelangt.

II. Die jedenfalls für die vor dem 1. Januar 1900 begründeten Anliegerrechte wichtige Rechtsprechung des RG. hat für das preußische und rheinische Recht folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Das servitutarische Recht der Anlieger beruht auf einem stillschweigenden Vertrage (RG. E. 7 S. 213, Bd 10 S. 271, Bd 25 S. 242, Bd 30 S. 246, Bd 44 S. 282, Gruch. 40 S. 620, 1009, Bd 42 S. 720, JW. 1899 S. 381 Nr. 45, 1902 S. 192 Nr. 45, Rhein. A. 73 III S. 62, Bd 85 II S. 30; anders nach gemein. Rechte RG. E. 21 S. 191, Bd 51 S. 251, Seuff. A. 44 S. 306, JW. 1902 S. 319 Nr. 41).

2. Dieses Recht besteht nur für bebaute Grundstücke oder für den bebauten Teil eines Grundstücks und nur an öffentlichen städtischen und Dorfstraßen, soweit sie zum Anbauen bestimmt sind (RG. E. 7 S. 213, Bd 24 S. 248, Bd 25 S. 245, Bd 36 S. 274, Bd 37 S. 252, Gruch. 25 S. 1049, Bd 26 S. 714, Bd 32 S. 699, Bd 36 S. 384, Bd 40 S. 1084, JW.

1895 S. 155, 1897 S. 97 Nr. 54). An öffentlichen Landstraßen besteht ein solches Recht überhaupt nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn sie durch eine Stadt oder ein Dorf führen, sofern nicht bestehende Stadt- oder Dorfstraßen einer neu angelegten Landstraße einverleibt sind (RG. Gruch. 32 S. 699, JW. 1900 S. 536 Nr. 38). Anlieger an Chausseen, die erst später zu Dorfstraßen geworden sind, haben kein servitutarisches Recht (RG. JW. 1897 S. 427 Nr. 40). An städtischen Privatstraßen besteht das Recht nicht (RG. Gruch. 43 S. 1101, Bd 46 S. 1131). Auch an öffentlichen Stadt- oder Dorfstraßen besteht es nicht, bevor sie reguliert sind (RG. JW. 1900 S. 791 Nr. 20, 1902 S. 192 Nr. 45). Wer an einer noch nicht regulierten Straße ein Haus baut oder erwirbt, kann nicht auf Fortdauer des bestehenden Zustandes rechnen, sondern muß auf Veränderungen, insbesondere im Niveau, gefaßt sein, die auf die Benutzung des Grundstücks nachteilig einwirken (RG. Gruch. 46 S. 627). Die Anliegerservitut besteht nicht, wenn die Straße im Eigentum des Anliegers steht (RG. JW. 1901 S. 340 Nr. 33).

3. Inhalt des Rechtes. Das Recht des Straßenanliegers ist begrenzt und bedingt durch die Zweckbestimmung der Straße dergestalt, daß er sich alle Veränderungen gefallen lassen muß, die dazu dienen, die Straße in dem Zustande zu erhalten oder in den Zustand zu versetzen, in dem sie ihrer Bestimmung am vollkommensten genügen kann, sofern sie nur als Kommunikationsmittel erhalten bleibt (RG. E. 37 S. 252, Bd 44 S. 282, Gruch. 40 S. 889, Bd 43 S. 945, JW. 1899 S. 379 Nr. 41, 42, S. 713 Nr. 40, 1900 S. 85 Nr. 33, 34, 1901 S. 144 Nr. 16). Insbesondere kann er aus der Benachteiligung durch Straßenumbauten keine Ansprüche herleiten, wenn er nicht ein Verschulden der Gemeinde nachweist (RG. Seuff. A. 42 S. 430, JW. 1895 S. 531 Nr. 49, V 145. 95). Auch sonstige vorübergehende Beeinträchtigungen, z. B. durch Errichtung von Tribünen, muß er sich gefallen lassen (RG. E. 24 S. 245). Er muß sich auch dauernde Erschwerungen der Benutzung der Straße gefallen lassen, die in Änderungen ihren Grund haben, die der Aufschwung des öffentlichen Verkehrs notwendig gemacht hat, so z. B. den Straßenbahnverkehr auf Gleisen (RG. Gruch. 36 S. 682), die Überbrückung zu Eisenbahnzwecken (RG. Gruch. 45 S. 612). Auch bezieht sich das Recht des Anliegers nicht auf die Straße in ihrer ganzen Längenausdehnung, sondern es genügt, wenn ihm von seinem Hause aus der Zugang zur Straße, die Erreichung des Straßennetzes (RG. E. 25 S. 242, JW. 1895 S. 155 Nr. 35) und die Kommunikation mit den gegenüber liegenden Häusern verbleibt (RG. JW. 1896 S. 141 Nr. 59). Er hat keinen Anspruch darauf, daß die Straße nach beiden Seiten offen bleibt, sondern muß sich gefallen lassen, daß die Straße an einer sein Grundstück nicht berührenden Stelle geschlossen, also zur Sackgasse gemacht wird (RG. E. 19 S. 355, Gruch. 36 S. 929, Bd 38 S. 1108, Bd 41 S. 39, E. 56 S. 101), sofern die Straße im übrigen wesentlich unverändert bleibt. Dagegen hat er einen Anspruch darauf, daß die Straße nicht derart erhöht wird, daß ihm dadurch der Zugang zur Straße und die Verbindung mit den gegenüberliegenden Häusern unmöglich gemacht oder so erschwert wird, daß sein Grundstück dadurch an Wert verliert (RG. JW. 1895 S. 155 Nr. 35, E. 44 S. 282). Dieser Anspruch folgt freilich nicht aus den Bestimmungen des BGB. über das Nachbarrecht (RG. E. 51 S. 255), wohl aber aus der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Straßeneigentums. Auch darauf hat der Anlieger einen Anspruch, daß ihm nicht Licht und Luft entzogen wird (RG. Gruch. 44 S. 970). Er hat kein Recht, Änderungen, z. B. die Pflasterung der Straße zu verlangen (RG. JW. 1900 S. 25 Nr. 48). Dagegen braucht er auch vorübergehende Störungen, die nicht aus den Zwecken der Straße entspringen, sich nicht gefallen zu lassen (RG. JW. 1895 S. 531 Nr. 49, V 145. 95). Da die Veränderungen der Straßen durchweg auf landespolizeilicher Genehmigung beruhen, hat der Anlieger keinen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern nur auf Entschädigung. Es kann in dieser Hinsicht auf das S. 374 Ausgeführte verwiesen werden. Der Anspruch steht nicht bloß den anliegenden Eigentümern, sondern auch ihren Mietern zu (RG. JW. 1895 S. 531 Nr. 49, 1896 S. 141 Nr. 59). Der Straßeneigentümer darf die Straße auch zu privatwirtschaft-

lichen Zwecken benutzen oder verpachten, soweit dadurch die Ausübung des Rechtes der Anlieger nicht wesentlich erschwert wird. Er kann z. B. einen Streifen des Bürgersteigs zum Aufstellen eines Restaurationszeltes verpachten. Der Nachbar des Hauses, vor dem das Zelt errichtet ist, hat keinen Anspruch darauf, daß seine Schaufenster von allen Seiten sichtbar bleiben, kann also nicht Beseitigung des Zeltes deshalb verlangen, weil die Fenster dem von einer Seite herkommenden Publikum nicht sichtbar sind (RG. V 175. 05).

Zweiter Titel.

Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

Übersicht. 1. Der Nießbrauch gehört nach dem BGB. zu den Dienstbarkeiten. Er besteht in dem Rechte einer Person, die Nutzungen zu ziehen. Das Bezugsrecht erschöpft der Regel nach die sämtlichen Nutzungen (§ 1030). Dadurch unterscheidet der Nießbrauch sich von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090; Celle Rsp. 6 S. 121). Von den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unterscheidet er sich dadurch, daß er nicht bloß an Grundstücken bestellt werden kann, und von den Grunddienstbarkeiten noch ferner dadurch, daß das Recht nicht an das jeweilige Eigentum an einem Grundstücke geknüpft werden kann. Von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unterscheidet er sich endlich auch dadurch, daß er nicht nur an Sachen, sondern auch an Rechten und an einem Vermögen zulässig ist. Hier kommt im wesentlichen nur der Nießbrauch an Grundstücken und an einem Rechte an einem Grundstück in Betracht.

2. Das BGB. nennt nur das durch Rechtsgeschäft begründete Nutzungsrecht „Nießbrauch". Das gesetzliche Nutzungsrecht des Ehemanns an dem Vermögen der Frau und des Inhabers der elterlichen Gewalt am Vermögen der Kinder bezeichnet es als Nutznießung (§§ 1363 ff., 1525, 1550, 1649 ff., 1684 ff.). In der rechtlichen Behandlung weichen Nießbrauch und Nutznießung erheblich voneinander ab, unter anderm darin, daß der Nießbrauch eingetragen werden muß, die Nutznießung dagegen der Eintragung gar nicht fähig ist. Die Notwendigkeit der Eintragung des Nießbrauchs an einem Grundstück ergibt sich aus §§ 873 ff.; die Unzulässigkeit der Eintragung der Nutznießung daraus, daß nach den Grundsätzen des Grundbuchrechts Eintragungen nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig sind, eine solche Bestimmung aber für die Nutznießung nicht besteht (Mot. IV S. 239; KG. RJA. 3 S. 161). Die Nutznießung des Ehemanns bedarf auch deshalb der Eintragung nicht, weil sie selbst gegen den gutgläubigen Erwerb entgegenstehender Rechte seitens Dritter durch § 1404 vollständig gesichert ist: „Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395—1403 unterliegt, muß ein Dritter auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist." Damit ist die Anwendung der §§ 892, 893 auf die Nutznießung ausgeschlossen (Mot. IV S. 236). Für die elterliche Nutznießung fehlt eine dem § 1404 entsprechende Bestimmung. Die Anwendung der §§ 892, 893 in Verbindung mit der Nichteintragungsfähigkeit der Nutznießung führt zu dem Ergebnisse, daß die Eltern nur gegen bösgläubigen Erwerb entgegenstehender Rechte geschützt sind, ihnen dagegen jedes Mittel fehlt, sich gegen den gutgläubigen Erwerb Dritter zu sichern. (Über das bisher. Recht Turnau 1 S. 686 Anm. 7 a; RG. E. 19 S. 346, Bd 32 S. 290).

Der Nießbrauch an einem Grundstücke folgt (abgesehen vom Falle des § 1075) überall den Regeln der §§ 873 ff., insbesondere auch denen der §§ 892, 893. Bei der Eintragung des Nießbrauchs an einem Grundstücke kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (BGO. § 50); die Eintragung erfolgt in Preußen in Abt. II (A. Vf. v. 20. November 1899 § 11 Nr. 1). Das Nießbrauchsvermächtnis begründet nur einen obligatorischen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs.

3. Der Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs kann durch Vertrag oder durch letztwillige Verfügung begründet werden. Der obligatorische Vertrag ist an gerichtliche oder notarielle Beurkundung gebunden, wenn die Verpflichtung auf Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen oder an einem Bruchteil eines solchen gerichtet ist (§ 311 BGB.), im übrigen ist er der Regel nach formfrei. Die Bestellung selbst erfolgt in allen Fällen, in denen es sich um einen Nießbrauch an einem Grundstück oder an einem Rechte an einem solchen handelt, nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 873 ff. (vgl. jedoch Anm. 1 zu § 1069). Das Testament hat nur dieselbe Wirkung wie der obligatorische Vertrag (§ 2174).

4. Keine Anwendung finden die Vorschriften des BGB. auf das landesgesetzliche Pfründenrecht (Art. 80 Abs. 2 EG. z. BGB.; Gierke S. 639 Anm. 24). Das Nutzungsrecht des Pfarrers ꝛc. entsteht nicht durch Eintragung, es ist nicht einmal der Eintragung fähig. Wo die Landesgesetze auf die allgemeinen Vorschriften über den Nießbrauch verweisen (z. B. PALR. II 11 §§ 823, 831), kommen statt der bisherigen Vorschriften die des BGB. zur Anwendung (EG. z. BGB. Art. 4; PAG. z. BGB. Art. 87; Fuchs 1 S. 301 Anm. 5).

5. Da schon nach bisherigem Rechte (PEigG. § 12) der Nießbrauch (sowie die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten) der Eintragung bedurfte und die vom Buchungszwange befreiten Grundstücke im Falle der Belastung ein Grundbuchblatt erhalten mußten (PGBO. § 2), ist Art. 128 EG. z. BGB. für den Nießbrauch (und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten) gegenstandslos; ebenso der Art. 189 das.

6. Der Nießbrauch kann auch an einem nicht in dem Anteil eines Miteigentümers bestehenden Bruchteil einer Sache bestehen. Der Miteigentümer kann seinen Anteil, der Alleineigentümer einen Bruchteil seiner Sache mit einem Nießbrauche belasten. Der § 981 Entw. I. sprach dies aus; die 2. Komm. hat die Bestimmung als entbehrlich gestrichen. Der Nießbrauch an einem Bruchteil einer Sache ist als Sachnießbrauch anzusehen (Prot. III S. 384).

7. Im übrigen vgl. die Übers. S. 522 ff.

§ 1030.

Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch).

Die Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden.

I. Die §§ 1030—1067 handeln vom Sachnießbrauche; vom Nießbrauch an einem Grundstück insbesondere die §§ 1031, 1037 Abs. 2, 1038, 1043, 1044, 1047, 1048, 1055 Abs. 2, 1056, 1062. Nur auf bewegliche Sachen beziehen sich die §§ 1032, 1033, 1063, 1064, 1067. Die übrigen Paragraphen beziehen sich auf den Nießbrauch an allen Arten von Sachen.

2. Den Begriff der Nutzungen ergeben die §§ 99, 100, den Erwerb der unter den Fruchtbegriff fallenden Sachen regelt § 954, die Verteilung der Früchte zwischen einem antretenden und einem abtretenden Genußberechtigten regeln die Vorschriften des § 101, jedoch nur im Verhältnisse zwischen diesen Personen und ohne jede dingliche Wirkung. Über den Umfang des Bezugsrechts vgl. zu § 1039.

3. „Bei der Begründung des Nießbrauchs muß der Wille des Bestellers darauf gerichtet sein, das Recht auf die Gesamtheit der Sachnutzungen und nicht etwa einzelne positiv ihrem Inhalte nach bestimmte Gebrauchs- oder Fruchtziehungsrechte zuzuwenden. Mit der ausschließenden Natur des Nießbrauchs ist es indessen wohl vereinbar, daß in dem Begründungsvertrage das Recht des Nießbrauchers in einzelnen Punkten verneint und

beschränkt wird. Die Vorschrift des zweiten Absatzes soll ausdrücken, daß der beschränkte Nießbrauch immer noch Nießbrauch bleibt und von den partiellen, durch den Begründungsvertrag ihrem Inhalte nach positiv bestimmten Benutzungsrechten sich wesentlich unterscheidet." (Mot. III S. 493.) Werden nur einzelne Nutzungen gewährt, so liegt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit vor. Der obligatorische Vertrag ist der Regel nach (Ausnahme z. B. BGB. § 518), der dingliche Vertrag immer formfrei. Zur rechtsgeschäftlichen Bestellung sind dinglicher Vertrag und Eintragung erforderlich (§ 873).

4. Der Nießbrauch an einem Grundstück ergreift dieses in allen seinen Bestandteilen in demselben Umfange, wie das Grundstück für die Hypothek haftet (vgl. Anm. B 1 1, IV 1 Abs. 6 zu § 1120), Rechte, die mit dem Grundstücke verbunden sind (§ 96), jedoch nur, wenn sie einem anderen überlassen werden können (Biermann Anm. zu § 1031). Zugeschriebene Grundstücke (§ 890 Abs. 2) treten in die Haftung für den Nießbrauch nicht ein (vgl. § 1131; Planck Nr. 5 zu § 1030, Fuchs Nr. 2 zu § 1031). Über die Frage, ob der Nießbrauch sich auf ungetrennte Erzeugnisse den im Range vorgehenden Hypothekengläubigern gegenüber erstreckt, vgl. Anm. 1 4 zu § 1120. Auch auf die den Grundstücken gleich behandelten Rechte (vgl. S. 14) finden die Vorschriften vom Sachnießbrauch Anwendung.

5. Der Nießbrauch an einem Grundstücke kann nicht für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks bestellt werden (vgl. S. 33).

6. Ob dem Nießbraucher die Ausübung der mit dem Grundstücke verbundenen Ehrenrechte zusteht, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten. In Preußen gebührt die Ausübung solcher Ehrenrechte (z. B. des Patronats) in der Regel dem Eigentümer (ALR. I 21 § 45; PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b).

§ 1031.

Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehöre nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926.

1. Aus der Anwendung des § 926 ergeben sich folgende Sätze:

1. Sind Besteller und Nießbraucher darüber einig, daß der Nießbrauch an einem Grundstücke sich auch auf dessen Zubehör erstrecken soll, so erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem zur Zeit der (dinglichen) Bestellung des Nießbrauchs am Grundstücke vorhandenen, dem Besteller gehörenden Zubehör. Maßgebend ist also der Zeitpunkt, in dem Einigung und Eintragung zusammentreffen.

2. Regelmäßig entspricht es, wie beim obligatorischen Vertrage (§ 314), so auch bei der dinglichen Bestellung dem Willen der Beteiligten, daß der Nießbrauch an einem Grundstücke sich auch auf das Zubehör erstrecken soll. Daher wird eine Vermutung für eine solche Erstreckung ausgesprochen (§§ 1031, 926 Abs. 1 Satz 2), die auch für die Regelung der Beweislast erheblich ist (vgl. Anm. 3 S. 487 f.).

3. Den Nießbrauch an Zubehörstücken, die Dritten gehören, erwirbt der Berechtigte nur, wenn er auf Grund der Bestellung des Nießbrauchs am Grundstück ihren Besitz in gutem Glauben erlangt (§§ 1032 Abs. 2, 926 Abs. 2, 929 Abs. 2, 930—936). In den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht. Im übrigen vgl. Anm. 4 S. 488.

4. Auf später zugeschriebene oder vereinigte Grundstücke erstreckt sich der Nießbrauch nicht (so auch Biermann, Planck, Fuchs).

II. Der Entw. I enthielt im § 987 die Vorschrift, daß der Nießbrauch an einem Grundstücke sich auch auf die Vermögensrechte erstrecke, die mit dem Eigentum am Grundstücke verbunden sind (BGB. § 96). Die 2. Komm. hat diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (Prot. III S. 388).

§ 1032.

Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung; in den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht.

Vgl. Anm. I 3 zu § 1031. Über Vollstreckung eines Urteils auf Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache vgl. § 897 ZPO.

§ 1033.

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung.

Der Nießbrauch an Grundstücken kann nur nach § 900 Abs. 2 ersessen werden (Prot. III S. 385).

§ 1034.

Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Eigentümer zu.

1. Der Eigentümer hat bei Beendigung des Nießbrauchs zu beweisen, in welchem Zustande der Nießbraucher die Sache empfangen hat. Das BGB. kennt Vermutungen zugunsten des Eigentümers, wie das PALR. (I 21 §§ 48, 119 ff.) solche aufstellte, nicht. Ob diese Vermutungen für den zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Nießbrauch Anwendung finden, ist zweifelhaft, da sie den Inhalt und Rang des Nießbrauchs (Art. 184 EG. z. BGB.) nicht betreffen dürften. (Dernburg SR. § 189 Nr. 3 bejaht die Frage.) Aus dem Fehlen von Vermutungen können für beide Teile Übelstände entstehen. „Der dem Eigentümer obliegende Beweis wird um so schwieriger sein, je länger der Nießbrauch bestanden hat, während der Nießbraucher in Gefahr gerät, sich gegen Beweisführungen verteidigen zu müssen, deren Widerlegung wegen der Länge der Zeit und wegen Verdunkelung der einer fernen Vergangenheit angehörenden Tatsachen ihm nicht zu gelingen droht" (Mot. III S. 507). Daher ist im § 1034 beiden Teilen das Recht gegeben, beim Beginn oder während der Dauer des Nießbrauchs (Biermann zu § 1034), die Feststellung des Zustandes der Sache durch Sachverständige bewirken zu lassen. Nach § 164 RGFG. ist für die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke sich die Sache befindet. Durch eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten kann die Zuständigkeit eines anderen Amtsgerichts begründet werden. Eine Anfechtung der Verfügung, durch die dem Antrage stattgegeben wird, ist ausgeschlossen. Bei dem Verfahren ist der Gegner, soweit tunlich, zu hören. (Vgl. auch §§ 15, 19 daf.)

Die Kosten müssen dem Antragsteller zur Last fallen, da es an einem genügenden Grunde fehlt, sie als gemeinschaftliche Last zu behandeln.

2. Vgl. die Anm. zu § 1058.

§ 1035.

Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigentümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Teilen zu unterzeichnen; jeder Teil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird. Jeder Teil

kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt.

1. Die Vorschriften des § 1035 beruhen auf ähnlichen Erwägungen wie die des § 1034. Das Verzeichnis hat nicht die Bedeutung eines Anerkennungsvertrags, sondern ist lediglich Beweisurkunde (Prot. III S. 395). Daher ist der Nachweis von Irrtümern nicht ausgeschlossen. Die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Aufnahme des Verzeichnisses besteht während der ganzen Dauer des Nießbrauchs. Der Weigernde kann im Prozeßweg und schließlich nach § 888 ZPO. dazu gezwungen werden.

Eine besondere Verpflichtung des Nießbrauchers zur Auskunfterteilung und damit nach § 260 BGB. zur Leistung des Offenbarungseides wird nicht bestimmt, sondern muß sich nach Lage des einzelnen Falles aus anderen Rechtsnormen ergeben. Wie im § 260 ist neben dem Inbegriffe von Vermögensgegenständen der Bruchteil eines solchen nicht erwähnt (Mot. III S. 508); die Inventarisierungspflicht dürfte aber auch in diesem Falle bestehen (Planck Nr. 5 zu § 1035).

2. Vgl. die Anm. zu § 1058. Der Eigentümer des Inbegriffs hat ein Interesse daran, ein Recht auf ein Verzeichnis der dem Nießbrauch unterworfenen Gegenstände zu erlangen, da er, wenn der Erwerber des Nießbrauchs bei der Bestellung in gutem Glauben war, den Nießbrauch dulden muß und zur Wahrnehmung seiner ihm als Eigentümer zustehenden Rechte, insbesondere nach dem Erlöschen des Nießbrauchs, eines Verzeichnisses bedarf. Das vertragsmäßige Recht des Bestellers wird durch das Recht des Eigentümers nicht beseitigt (Prot. IV S. 608). Für das Liegenschaftsrecht ist § 1035 besonders hinsichtlich des dem Nießbrauch an einem Gute mit unterliegenden Wirtschaftsinventars von Bedeutung (§ 1048).

3. Die öffentliche Beglaubigung erfolgt nach § 129 BGB. und § 167, 191 RGFG. Die Kosten hat der zu tragen, der die Beglaubigung verlangt.

4. In Preußen sind zur Aufnahme von Vermögensverzeichnissen die in den Art. 38, 104—127 PGFG. aufgeführten Beamten zuständig; die Aufnahme kann auch einem Notar übertragen werden.

§ 1036.

Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt.

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren.

I. 1. Abs. 1. gibt dem Nießbraucher nicht bloß dem Eigentümer, sondern auch Dritten gegenüber das Recht zum Besitze der Sache und damit die Befugnis, sein Recht auf die Nutzungen selbst zu verwirklichen. „Damit wird der Nießbrauch von allen sonst denkbaren Rechten auf die Nutzungen einer Sache unterschieden, bei denen dem Berechtigten nicht die unmittelbare tatsächliche Verfügung über die Sache behufs Ziehung der Nutzungen zusteht. Der Besitz des Nießbrauchers ist von Wichtigkeit für sein Vindikationsrecht. Im Falle der Sequestration (§ 1052) wird das Recht des Nießbrauchers auf eigenen Besitz aufgehoben." (Mot. III 496 f.) Hat der Nießbraucher den Besitz der Sache erlangt, so ist er umittelbarer, der Eigentümer dagegen mittelbarer Besitzer (§ 868). Das Recht des Nießbrauchers zum Besitze hört mit dem Erlöschen des Nießbrauchs auf; dem Eigentümer steht dann nicht nur der gewöhnliche Eigentumsanspruch zu, sondern auch der besondere obligatorische Anspruch gegen den Nießbraucher auf Rückgabe der Sache. (Prot. IV S. 608.)

2. Aus Abs. 2 ergibt sich, daß der Nießbraucher neben dem Rechte auf Ziehung der Nutzungen auch die Pflicht zur Bewirtschaftung des Grundstücks hat. Über die Substanz der Sache darf er durch Veräußerung, Belastung oder Verpfändung nicht verfügen

(vgl. jedoch § 1048). Bei der Ausübung seines Nutzungsrechts hat er die bisherige (d. h. die zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestehende) wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren. Die Mot. III S. 504 bemerken: „Das BGB. geht davon aus, daß das wirtschaftlich Gebotene sich durch die Anwendung der Regeln einer guten Wirtschaft auf die objektiven Verhältnisse bestimmt. Es wird nicht eine Rücksichtnahme subjektiver Natur auf das bisherige Verfahren des Eigentümers gefordert. Hat dieses Verfahren nicht die Regeln einer guten Wirtschaft für sich, so würde eine Bindung des Nießbrauchers daran zu einer unnötigen und drückenden Fessel werden." Dies ist jedoch nur in einer gewissen Beschränkung richtig. Die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache hängt von dem subjektiven Ermessen des Eigentümers ab, und diese Bestimmung zu verändern ist der Nießbraucher nicht befugt. Er darf ein zum Betriebe der Landwirtschaft oder der Gärtnerei bestimmtes Grundstück nicht in ein Fabrikgrundstück umwandeln oder ein Forst- und Weidegrundstück in eine Kiesgrube (OTrib. Arch. 89 S. 272). Aber auch innerhalb der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks kann er tiefgreifende Änderungen nicht vornehmen. Hat der Eigentümer z. B. eine Fläche seines Landguts zum Park bestimmt und benutzt, so darf der Nießbraucher nicht die Bäume und Sträucher des Parks beseitigen und die Fläche als Acker benutzen. In solchen Fällen wird sich freilich die Änderung meistens auch als eine objektiv unwirtschaftliche Maßregel darstellen. Verletzung der sich aus § 1036 ergebenden Pflichten begründen Schadenersatzansprüche des Eigentümers.

II. Zu Verfügungen über das Grundstück, die das Recht des Nießbrauchers nicht beeinträchtigen, z. B. zur Veräußerung und zur Belastung mit anderen Rechten, bleibt der Eigentümer befugt.

§ 1037.

Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird.

1. § 1037 enthält im wesentlichen nur eine weitere Ausführung des § 1036. Die Sache darf nicht umgestaltet oder wesentlich verändert werden, widrigenfalls der Nießbraucher zweifellos auch während der Dauer des Nießbrauchs zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet ist, gleichviel ob durch die Umgestaltung oder Veränderung ein Schaden entstanden ist.

2. „Abs. 2 handelt von derjenigen Gestalt des Nießbrauchs an Grundstücken, bei der die dem Nießbraucher zufallenden Früchte nicht oder nicht bloß in Erzeugnissen, sondern in der sonstigen Ausbeute des Grund und Bodens (§ 99), also in Bodenbestandteilen bestehen. Das BGB. geht von dem Prinzip aus, daß die Ausübung des Nießbrauchs nicht an die Schranke der Konservierung des Kapitalwerts des ihm unterliegenden Gegenstandes, sondern nur an die im § 1036 Abs. 2 bestimmte Schranke des wirtschaftlichen Verfahrens gebunden ist, wobei immer möglich bleibt, daß der Kapitalwert des Gegenstandes des Nießbrauchs durch die Ausübung aufgezehrt wird. Bei der Begrenztheit der Ausbeutungsfähigkeit der dem Nießbrauch unterliegenden Grundstücke kann deshalb mit der Entnahme von Bodenbestandteilen eine Verschlechterung des Grundstücks und eine Minderung des Wertes verbunden sein, ohne daß dieser Umstand der sonst zulässigen Benutzungsweise entgegensteht. Dieses aus dem gesetzlichen Fruchtbegriffe (§ 99) sich ergebende Resultat wird an dieser Stelle in Ansehung des Nießbrauchs nicht geändert. Durch die Vorschrift des § 99 Abs. 2 wird nur gefordert, daß die objektive Beschaffenheit des dem Nießbrauch unterliegenden Grundstücks dessen Bestimmung ergibt, mittels Entnahme von Boden-

bestandteilen genutzt zu werden. Subjektive Rücksichten auf die Art und das Maß der bisherigen Benutzungsweise des Eigentümers sind nicht zu nehmen. Dagegen ist eine Erweiterung der aus den allgemeinen Bestimmungen sich ergebenden Befugnisse des Nießbrauchers geboten. Voraussetzung für die Ausbeutungsbefugnis des Nießbrauchers ist die objektive Beschaffenheit der Sache, die sie als zur Gewinnung einer Ausbeute an Bodenbestandteilen geeignet erscheinen läßt. Das BGB. gibt dem Nießbraucher die Befugnis, sich diese Voraussetzung durch Veränderungen an dem Grundstücke selbst zu beschaffen, und stellt die von dem Nießbraucher aus den neu eingerichteten Anlagen gewonnene Ausbeute unter den Fruchtbegriff. Die Grenze dieser Befugnis bestimmt das BGB. nach dem Interesse des Eigentümers, die Sache im wesentlichen unverändert zurückzuerhalten." (Mot. III S. 502.) Für die Frage, ob die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks durch neue Anlagen wesentlich verändert wird, kommt hauptsächlich deren räumlicher Umfang in Betracht. Ein bisher landwirtschaftlich genutztes Grundstück darf nicht völlig in einen Steinbruch verwandelt werden, wohl aber zu einem Teile, insofern dadurch der Betrieb der Landwirtschaft nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

3. Die Vorschriften des Abs. 2 sind auch auf die bergmännische Ausbeutung von Mineralien, die der Verfügung des Grundeigentümers durch die Berggesetze nicht entzogen sind, anzuwenden. Bei den selbständigen Bergwerks- und Kohlenabbauberechtigungen kann nur das Recht selbst als Gegenstand des Nießbrauchs in Frage kommen (Mot. III S. 503. Vgl. Anm. 1 zu § 1073).

4. Der Ertrag der sog. Erbkure oder die sog. Tradde ist Frucht (vgl. Anm. II 3 S. 48).

§ 1038.

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden. Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen. Die Kosten hat jeder Teil zur Hälfte zu tragen.

Das gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage Gegenstand des Nießbrauchs ist.

1. Abs. 1 behandelt die Fälle, in denen der Wald ein ganzes Grundstück umfaßt, oder der mit Wald bestandene Teil eines Grundstücks in Nießbrauch gegeben ist. Es kann in ihm nicht eine Ausnahme von der Regel des § 93 BGB. gefunden werden (a. M. Fuchs Nr. 1 zu § 1038). Nicht die wesentlichen Bestandteile (die Bäume) sind Gegenstand des Nießbrauchs, sondern das Waldgrundstück. Der Wirtschaftsplan und seine Änderung sind beim Mangel einer Einigung durch gerichtliches Urteil festzustellen. Zur Klage ist jeder der beiden Beteiligten befugt. Der Eigentümer kann auf Einhaltung des Wirtschaftsplanes klagen. Die getrennten Bäume und Bodenbestandteile erwirbt der Nießbraucher aber auch, wenn er gegen den Plan verstößt (Gierke SR. S. 686 Anm. 35).

2. Bei der allgemeinen Klausel im Abs. 2 ist namentlich an Schiefer-, Sandstein-, Granitbrüche, Abbau von Porzellanerde, Lehm ꝛc. gedacht. Aber auch für Bergwerke ist die Bestimmung nicht überflüssig (vgl. Prot. VI S. 242).

§ 1039.

Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, ver-

pflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden.

1. Nach dem Grundsatze des § 954 erwirbt der Nießbraucher das Eigentum der Früchte mit deren beabsichtigter oder zufälliger Trennung (vgl. Anm. 6 a zu § 94 S. 26). Der Fruchtbegriff ist im BGB. (vgl. Anm. II 1 b S. 47) lediglich objektiv nach der organischen Qualität oder nach dem Merkmale bemessen, daß die Sache die Bestimmung hat, derartige Trennstücke als Ertrag zu liefern. Demgemäß gehören auch solche Trennstücke, deren Trennung nicht den Regeln einer guten Wirtschaft entspricht, zu den Früchten. Auch sie gehen mit der Tatsache der Trennung in das Eigentum des Nießbrauchers über. Seinem dinglichen Rechte stehen jedoch obligatorische Verpflichtungen gegen den Eigentümer gegenüber, durch die sein Bezugsrecht eingeschränkt wird. Er ist nach § 1039 Abs. 1 Satz 1 und 2, *unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden*, verpflichtet, dem Eigentümer den Wert solcher Früchte, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße gezogen hat, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses (z. B. wegen Windbruchs oder Raupenfraßes in einem Walde) notwendig geworden war, bei Beendigung des Nießbrauch zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Für die Art der Sicherheitsleistung sind die §§ 232 ff. maßgebend.

2. Nicht ganz klar ist die Vorschrift des Abs. 1 Satz 3. Gemeint ist offenbar nicht, daß der Nießbraucher auch noch nach Beendigung des Nießbrauchs die Verwendung des von ihm zu ersetzendenden Betrags zur Wiederherstellung der Sache verlangen dürfe, sondern der Nießbraucher wird in Abweichung vom Satz 2 für verpflichtet erklärt, den Ersatz, wenn es der Eigentümer verlangt, schon während der Dauer seines Nießbrauchsrechts zu leisten, jedoch nur zur Wiederherstellung der Sache und nur insoweit, als die Verwendung zu diesem Zwecke einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Den Rest braucht er dem Eigentümer erst nach Beendigung des Nießbrauchs zu zahlen. Zugleich gewährt Satz 3 aber dem Nießbraucher ein Recht. Auch er kann während der Dauer des Nießbrauchs Verwendung des von ihm zu ersetzenden Betrags zur Wiederherstellung insoweit verlangen, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

Der nach Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzende Betrag ist bis dahin nicht zu verzinsen. Im Falle des Satz 3 geht dem Nießbraucher zwar für die Dauer seines Nießbrauchs der Zinsgenuß an dem zur Wiederherstellung der Sache verwendeten Betrage verloren; ein Ausgleich tritt für ihn aber dadurch ein, daß die Sache durch die Verwendung der Regel nach ertragsfähiger wird (Prot. III S. 394).

3. Zu Zweifeln gibt Abs. 2 Veranlassung. In den Mot. III S. 501 wird die entsprechende Vorschrift des § 988 Abs. 2 Satz 2 Entw. I in folgender Weise begründet: „In Abs. 2 Satz 2 wird eine Ausnahme von der vorhergehenden Rechtsnorm bestimmt. Das Vermögen des Nießbrauchers wird zwar im Augenblicke der Trennung um den Wert der im Übermaße getrennten Früchte vermehrt, und wenn unmittelbar nach der Trennung der Nießbrauch beendigt würde, so müßte es bei dem Umfange der bestimmten Erstattungspflicht verbleiben. Derselbe Umstand, der dem Nießbraucher die Trennstücke zufallen ließ, kann jedoch den künftigen Ertrag der Sache mindern, sei es nun, daß die Fruchterzeugung gemindert wird, oder daß Aufwendungen zu machen sind, die sonst nicht hätten gemacht zu werden brauchen. Besteht der Nießbrauch an der Sache nach dem Erwerbe

der im Übermaße getrennten Früchte fort, so kann sich die Berechnung des dem Nießbraucher zugefallenen übermäßigen Betrags ändern; denn bei dieser Berechnung muß auf die gesamte Dauer des Nießbrauchs Rücksicht genommen werden. Es ist billig, daß die doppelten Wirkungen der den übermäßigen Fruchtgenuß herbeiführenden Tatsache zu Vorteil und zu Nachteil des Nießbrauchers gegeneinander ausgeglichen werden und nur die Zahlung des Mehrvorteils dem Nießbraucher auferlegt wird. Vielleicht würde das Mehr an Früchten, z. B. die durch den Windbruch umgelegten, in den nächsten Jahren schlagbar werdenden Bäume, dem Nießbraucher doch zugefallen sein und ist sein Genuß nur verfrüht, welchenfalls es sich nicht rechtfertigt, den Kapitalbetrag des Mehr von dem Nießbraucher erstatten zu lassen. Die Minderung des zu erstattenden Betrags tritt erst im Laufe der Zeit ein; folglich ist die Sicherheit für den ursprünglichen Betrag zu leisten; später kann eventuell die Herabsetzung gefordert werden." Die so begründete Vorschrift des Entw. I lautete: „Von der Zahlungspflicht wird der Nießbraucher insoweit befreit, als durch denselben Umstand, welcher die Verpflichtung begründet hat, die Ziehung der ihm für eine spätere Zeit gebührenden Nutzungen beeinträchtigt wird." Es ist klar, daß diese Vorschrift durch jene Begründung nicht in vollem Maße gerechtfertigt wird. Die Begründung paßt nur auf den in ihr auch nur hervorgehobenen Fall, daß die übermäßige Trennung von Früchten durch ein besonderes Ereignis herbeigeführt oder infolge eines solchen notwendig geworden ist. Für den Fall der unwirtschaftlichen Trennung scheint der Nießbraucher die Rücksichtnahme nicht zu verdienen. Im BGB. § 1039 Abs. 2 ist jene, den Eigentümer völlig ungerechtfertigt beeinträchtigende Vorschrift des Entw. I insofern gemildert, als die Ersatzpflicht des Nießbrauchers nur, wenn der Eigentümer die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so weit wegfällt, als durch den ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden. Auch diese Vorschrift schützt den Raubbau treibenden Nießbraucher wohl mit Unrecht; doch kann der Eigentümer sich wenigstens dadurch helfen, daß er die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache verlangt. Jedenfalls hat man sich mit dieser gesetzlichen Vorschrift, die zu höchst verwickelten Berechnungen Anlaß geben wird, abzufinden.

4. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1040.

Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird.

Der Schatz (§ 984) gehört nicht zu den Früchten oder Nutzungen. Da der Nießbraucher aber nur auf solche Anspruch hat (§ 1030), ist es ebenso selbstverständlich, daß er auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze keinen Anspruch hat. Da jedoch das bisherige Recht (PALR. I 21 § 41; code civ. Art. 598 Abs. 2) den Anspruch des Nießbrauchers auf einen Schatz ausdrücklich verneint, hat man die Aufnahme der Bestimmung des § 1040 für ratsam gehalten. Daß der Nießbraucher auch auf die Früchte und Nutzungen eines Schatzes keinen Anspruch hat (PALR. I 21 § 41), braucht kaum hervorgehoben zu werden.

§ 1041.

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

Dem Nießbraucher fallen — wie dem Pächter (§ 582) — nur die gewöhnlichen Reparaturen zur Last. Darunter sind die im Laufe der Dinge regelmäßig, und zwar in kürzeren Perioden, wiederkehrenden Ausbesserungen und Wiederherstellungen zu verstehen. „Die Herbeiführung des Bedürfnisses durch einen Zufall schließt dabei die Reparaturpflicht des Nießbrauchers nicht aus, sobald solche Zufälle in Frage stehen, deren man sich im

Laufe der Dinge von Zeit zu Zeit wohl zu versehen hat. Es ist deshalb auch möglich, daß bei Beschädigung der Sache durch dritte Personen die stärkere Verpflichtung des § 1041 und nicht die schwächere des § 1042 eintritt. Der Umfang der notwendigen Ausbesserung wird bei der Beurteilung der Gewöhnlichkeit nicht außer Rücksicht zu lassen sein. Man kann aber nicht, wie im preuß. Rechte (ALR. I 21 § 52), einen prinzipiellen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Reparaturpflicht in dem Verhältnisse des Kostenbetrags einer notwendig werdenden Maßregel zu dem oft wechselnden und von Zufälligkeiten abhängenden Ertrage der Sache für eine gewisse Periode finden." (Mot. III S. 510.)

Die deliktmäßige Haftung des Nießbrauchers für Beschädigung der Sache wird durch § 1041 nicht berührt. Nach § 276 hat er Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Zu den ihm obliegenden Reparaturen darf der Nießbraucher nicht Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören.

§ 1042.

Wird die Sache zerstört oder beschädigt oder wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache oder eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Nießbraucher dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt.

§ 1043.

Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören.

§ 1044.

Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigentümer die Vornahme und, wenn ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks zu gestatten.

1. Die Anzeigepflicht in den Fällen, in denen der Nießbraucher zur Ausbesserung, zur Erneuerung oder zu sonstigen Vorkehrungen nach § 1041 nicht verpflichtet ist, wird durch das Interesse des Eigentümers gefordert. Da es fraglich ist, ob diese Pflicht aus der Erhaltungspflicht (§ 1041) abgeleitet werden kann, ist es für ratsam erachtet, sie nach dem Vorbilde der Anzeigepflicht des Mieters (§ 545) ausdrücklich vorzuschreiben. Die Anzeige muß unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1) geschehen. Sie ist eine einseitige an keine Form gebundene empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130). Schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht begründet Schadenersatz. Der Nießbraucher hat zu beweisen, daß er die Anzeige gemacht habe oder daß die Unterlassung ihm nicht als Verschulden anzurechnen sei. Hat der Nießbraucher die Zerstörung ꝛc. selbst verschuldet, so wird er durch die ihm auch in diesem Falle obliegende Anzeige von seiner Entschädigungspflicht nicht befreit.

2. Zu den erforderlichen außergewöhnlichen Ausbesserungen oder Erneuerungen ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer verpflichtet (Mot. III S. 511). Beide haben aber das Recht dazu. Der Nießbraucher des Grundstücks darf zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören (§ 1043), ohne dazu der Genehmigung des Eigentümers zu bedürfen und ohne zur Vergütung verpflichtet zu sein.

Der Eigentümer wird dadurch, wenn er auch nicht verpflichtet ist, außergewöhnliche Reparaturen aus eigenen Mitteln zu beschaffen, nicht beschwert. „Eine solche Benutzung der Bestandteile des Grundstücks liegt wirtschaftlich am nächsten, vereinfacht die Auseinandersetzung zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer und kann unter den Begriff einer nicht verbotenen Veränderung gestellt werden. Überläßt der Nießbraucher dem Eigentümer die Reparatur, so muß dieser die gleiche Veränderungsbefugnis haben (§ 1044). Selbstverständlich ist es, daß der Nießbraucher die der Substanz des Grundstücks entnommenen Materialien in keinem Falle bei Liquidation von Verwendungen in Rechnung setzen darf." (Mot. III S. 511.) Unterläßt der Nießbraucher die Ausbesserung und verweigert auch dem Eigentümer deren Vornahme, so kann dieser auf Gestattung klagen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die Gestattung (ZPO. § 894). Diese eventuelle Ausbesserungsbefugnis des Eigentümers besteht auch im Falle des § 1041 BGB. Macht der Nießbraucher in den Fällen des § 1042 Verwendungen auf die Sache, so kommt § 1049 zur Anwendung.

3. Nach § 1042 Satz 2 ist der Nießbraucher auch zur Anzeige an den Eigentümer verpflichtet, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt. Daß der Dritte das Recht schon ausübt, ist nicht erforderlich (Planck Nr. 1 d zu § 1042). Das BGB. enthält keine Bestimmungen darüber, wie sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gestaltet, wenn ein Dritter ein Recht an der Sache in Anspruch nimmt. „Demnach bleiben die Rechtspositionen des Eigentümers und des Nießbrauchers dritten Personen gegenüber vollständig voneinander getrennt. Bei Verletzung des absoluten Rechtes des einen und des anderen Teiles durch dieselbe Handlung eines Dritten steht jedem Teile ein nach dem Inhalte seines Rechtes sich bestimmender besonderer Anspruch zu; die Wirkung des rechtskräftigen Urteils beschränkt sich auf die Parteien; eine Stellvertretung des Eigentümers durch den Nießbraucher findet nicht statt; die Prozeßführung ist nicht eine gemeinschaftliche Angelegenheit und die Prozeßkosten können nicht unter den Gesichtspunkt von Lasten der Sache oder unter den Gesichtspunkt von Aufwendungen im gemeinschaftlichen Interesse gestellt werden." (Mot. III S. 509.) Die Bestimmungen des PrALR. I 21 §§ 82 ff. und des code civ. Art. 613 sind auch auf einen zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Nießbrauch nicht anwendbar, weil sie sich weder auf den Inhalt noch auf den Rang beziehen (Art. 184 EG. z. BGB.).

4. Im § 1044 handelt es sich um gewöhnliche und außergewöhnliche Ausbesserungen und Erneuerungen, also um die Fälle sowohl des § 1041, als auch der §§ 1042, 1043. In erster Reihe ist immer der Nießbraucher zur Vornahme der Ausbesserungen ꝛc. befugt; der Eigentümer hat das Recht nur, wenn (was er zu beweisen hat) der Nießbraucher untätig bleibt oder sich weigert (Planck u. Biermann zu § 1044). Die Verwendung von Bestandteilen ist auch hier nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft statthaft.

5. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1045.

Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht.

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde.

Literatur: Gierke, Der Versicherungsvertrag beim Nießbrauch. Jherings J. 40 S. 341.

1. Die Versicherungspflicht des Nießbrauchers war dem bisherigen Rechte fremd. Das BGB. hat sie bestimmt, geleitet teils durch das öffentliche Interesse an der Beförderung

der Versicherungen, teils durch eine billige Rücksicht auf den Eigentümer. Da dieser einstweilen keinen Vorteil von der Sache hat, so ist er tunlichst von der Sorge darum zu befreien. (Mot. III S. 513.) Die Versicherungspflicht hat jedoch zur Voraussetzung, daß die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Die Voraussetzung ist der Regel nach gegeben hinsichtlich der Versicherung gegen Feuersgefahr; doch kann auch hier in Ausnahmefällen die Versicherung (z. B. an Nebengebäuden) auch bei ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht geboten erscheinen (Prot. III S. 398). Die Voraussetzung ist gegeben bei Versicherung gegen Viehsterben und gegen Zertrümmerung von Glasscheiben. Die Versicherung gegen Hagelschlag berührt das Interesse des Eigentümers nur insoweit, als Früchte in Frage stehen, die bei Beendigung des Nießbrauchs ihm gebühren. Da die Gefahr des Hagelschlags in den verschiedenen Gegenden sehr verschieden ist, wird für die Frage der Ordnungsmäßigkeit die Üblichkeit in Betracht zu ziehen sein. Soweit jene Voraussetzung vorliegt, hat der Nießbraucher den vollen Wert der Sache (ohne Abzug des Nießbrauchs oder des Wertes sonstiger dinglichen Rechte) zu versichern und versichert zu halten, und zwar auf seine Kosten (Prämien, Vertrags- und Stempelkosten). Ist die Sache bereits versichert oder hat der Nießbraucher seine Pflicht nicht erfüllt und der Eigentümer infolge davon selbst die Versicherung genommen, so ist der Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die auf die Dauer seines Nießbrauchs entfallenden Versicherungsbeiträge zu zahlen, die gezahlten zu erstatten. Die vom Nießbraucher über diesen Zeitraum hinaus gezahlten Beiträge hat der Eigentümer ihm zu erstatten (§ 103). Dem Versicherer gegenüber haftet der Nießbraucher wegen der Prämienzahlungen für die ganze Dauer des von ihm geschlossenen Versicherungsvertrags. Unterläßt der Nießbraucher die Versicherung und versichert deshalb der Eigentümer, so hat dieser gegen jenen wohl auch den Anspruch auf Übernahme der Versicherungsschuld (Gierke S. 441, Biermann Nr. 3 zu § 1045).

2. Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht (Vertrag zugunsten eines Dritten: §§ 328 ff.). Nach § 1127 haftet diese Forderung den Hypothekengläubigern. — Verletzung der Versicherungspflicht begründet die Verpflichtung zum Schadenersatze.

3. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1046.

An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten.

Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Der Eigentümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen.

I. 1. Bereits bei D 1 S. 52 ist auf die Surrogatnatur der Forderung gegen den Versicherer hingewiesen. Eine Folge dieser Natur ist, daß Rechte, die an der untergegangenen Sache bestanden haben, auf die Forderung übergehen. So auch der Nießbrauch, gleichviel ob der Eigentümer oder der Nießbraucher die Sache vor oder nach Begründung des Nießbrauchs unter Versicherung gebracht hat. Nach § 1002 Entw. I sollte der Nießbrauch auf die Forderung nur dann übergehen, wenn sowohl das Interesse des Eigentümers (deducto usufructu) als auch das Interesse des Nießbrauchers Gegenstand der Versicherung, d. h. wenn die Sache zu ihrem vollen Werte versichert war. Das BGB. hat diese Bestimmung nicht übernommen. Aber es ist nicht anzunehmen, daß damit eine Änderung beabsichtigt ist (Prot. III S. 398). „Die gesetzliche Surrogierung wirkt dinglich, beschränkt also das Gläubigerrecht des Eigentümers in Ansehung des Anspruchs aus der Versicherung; nur

kommen zugunsten des Versicherers nach § 1070 Abs. 1 die zugunsten eines gutgläubigen debitor cessus lautenden Vorschriften zur Anwendung. Soweit der Versicherer die Sachlage, daß die versicherte Sache mit einem Nießbrauche belastet war, beim Abschlusse des Versicherungsvertrags kannte oder später erfuhr, ist die Vorschrift des § 1046 Abs. 1 jedenfalls auch ihm gegenüber von Wirksamkeit." (Mot. III S. 514.) Eine Verpflichtung des Versicherers, das Grundbuch einzusehen und dem daraus ersichtlichen Nießbraucher eine Anzeige zu machen (wie im Falle des § 1128), ist im BGB. nicht bestimmt, brauchte auch nicht bestimmt zu werden, weil der Nießbraucher als Versicherungspflichtiger von der Person des Versicherers und als Besitzer der Sache von deren Verlust oder Beschädigung Kenntnis hat, während dem Hypothekengläubiger (§ 1128) diese Kenntnis der Regel nach nicht beiwohnen wird. Demnach ist es Sache des Nießbrauchers, sein sich aus § 1046 Abs. 1 ergebendes Recht dem Versicherer gegenüber durch den Nachweis seines Nießbrauchsrechts zu wahren (a. M. Gierke Jherings J. 40 S. 407).

2. „Die Erhebung und die Verwendung der Versicherungsgelder sind, weil sie zur Ausgleichung eines am Kapital erlittenen Abbruchs dienen sollen, der Erhebung und Wiedererlangung eines Kapitals aus einer auf Zinsen ausstehenden Forderung zu vergleichen. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt es, den Nießbrauch am Anspruch auf die Versicherungsgelder den Vorschriften über den Nießbrauch an Forderungen, die auf Zinsen ausstehen, zu unterstellen und auf diesem Wege zur Sicherung des Eigentümers und des Nießbrauchers eine Art von Vergemeinsamung der Verfügungsgewalt herbeizuführen." (Mot. III S. 515.) Es finden also die §§ 1076—1079 Anwendung.

3. Bei Kollision mit Hypotheken, die dem Nießbrauch im Range vorgehen, muß der Nießbraucher den Hypothengläubigern, die ihr Pfandrecht nach §§ 1127 ff. geltend machen, weichen. Die nachstehenden Hypothekengläubiger müssen sich den Nießbrauch an der Versicherungsforderung gefallen lassen (vgl. Anh. zu §§ 1127—1130).

II. „Der in Abs. 1 bestimmte Forderungsnießbrauch ist, soweit eine Wiederherstellung praktisch zweckmäßig ist (d. h. einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht), nur als ein Mittel und ein Übergangsstadium behufs Wiederherbeiführung des Sachnießbrauchs in seinem früheren Umfange zu behandeln; denn der Sachnießbrauch und der Forderungsnießbrauch liefern verschiedene Erträge, indem der erstere unter Umständen dem Nießbraucher die Konsumtion im Wege der Abnutzung gestattet, unter Umständen aber auch geringere Erträge liefert als ein zinsbar angelegtes Kapital. Dem Zwecke, der bei Begründung des Sachnießbrauchs obgewaltet hat, entspricht die tunliche Wiederherstellung des früheren Zustandes (Abs. 2). Eine gemeinschaftliche Ausführung der Wiederherstellung ist nicht bestimmt, da sie zu vielen Streitigkeiten Anlaß geben könnte; sondern es *ist dem Eigentümer der Vorzug* gegeben, ihm aber auch zugleich die Überlassung der Ausführung des Geschäfts an den Nießbraucher zur Wahl gestellt. Sollte eine Wiederherstellung nicht ausführbar sein, so bleibt es bei dem Forderungsnießbrauche. Eine solche Umwandlung ist alsdann für den Nießbraucher ein Zufall, dessen Folgen er über sich ergehen lassen muß, auch wenn im gegebenen Falle seine Einnahmen dadurch vermindert werden sollten." (Mot. III S. 515.) Die Frage, ob die Wiederherstellung ꝛc. einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, kann verschieden ausfallen, je nachdem das Interesse des Eigentümers oder des Nießbrauchers in Betracht gezogen wird. Regelmäßig wird der Standpunkt des Eigentümers einzunehmen sein, wenigstens dann, wenn dieser die Wiederherstellung verlangt. Verweigert er die Wiederherstellung (z. B. eines dem Nießbraucher zur Ausübung seines Rechtes unentbehrlichen Wohnhauses), so wird unter Umständen die Anlegung eines abstrakten Maßstabes geboten sein (Planck Nr. 4 zu § 1046). Entspricht die Verwendung zur Wiederherstellung ꝛc. einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, so kann jeder der Beteiligten vom anderen Einwilligung in die Verwendung verlangen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die Einwilligung (ZPO. § 894). Überläßt der Eigentümer dem Nießbraucher die Verwendung, so ist dieser zur Verwendung verpflichtet. Bleibt nach der dem § 1046 Abs. 2

Satz 1 entsprechenden Verwendung ein Teil der Versicherungssumme übrig, so ist dieser Überschuß dem Nießbrauch unterworfen und nach §§ 1046 Abs. 1, 1079 anzulegen. Der Verwendung der Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes können auch die dem Nießbraucher im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nicht widersprechen (§ 1127 Abs. 2). Hat der Eigentümer die Sache wiederhergestellt oder Ersatz für sie beschafft, so wird die Forderung gegen den Versicherer für ihn sowohl dem Nießbraucher als auch den Hypothekengläubigern gegenüber frei.

III. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1047.

Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen.

1. 1. Der Nießbraucher hat dem Eigentümer (nicht auch dritten Personen) gegenüber für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache angelegt anzusehen sind, zu tragen, falls zwischen ihm und dem Eigentümer nicht ein anderes vereinbart ist. Nach PALR. I 21 § 87 muß der Nießbraucher alle gewöhnlichen und ungewöhnlichen Lasten und Abgaben von der Sache tragen. Nach Art. 608 code civ. hat er alle dem Grundstück auferlegten jährlichen Lasten, die man als auf den Nutzungen ruhend zu betrachten pflegt, zu entrichten. Nach Art. 609 daf. werden Lasten, die dem Grundstück erst während der Dauer des Nießbrauchs auferlegt worden sind, in gewisser Weise zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher verteilt. Im Anschluß an das PALR. verpflichtet das BGB. den Nießbraucher zur Tragung der öffentlichen Lasten auch dann, wenn sie erst während der Dauer des Nießbrauchs auferlegt sind. „Eine Ausnahme bestimmt das BGB. in Ansehung der Lasten, die als auf dem Stammwerte der Sache angelegt zu betrachten sind" und schließt sich insoweit der Bestimmung des Art. 608 code civ. an. „Es werden hierunter diejenigen Lasten verstanden, die nach der Intention der auferlegenden Anordnung nicht aus den Erträgen der Sache, sondern aus ihrem Stammwerte bestritten werden sollen, was sich unter Umständen aus der Höhe der Last ergeben kann." (Mot. III S. 526.) In ähnlicher Weise wird auch nach preuß. Rechte (Reskr. v. 4. Juni 1808, Rabe 9 S. 213) unterschieden, je nachdem eine (Kriegs-) Steuer als Vermögens- oder als Einkommensteuer ausgeschrieben ist. Die dem Eigentümer als Patronatsherrn obliegende Kirchen- und Schuldaulast hat der Nießbraucher mangels einer anderweiten Übereinkunft in Preußen nicht zu tragen (EG. z. BGB. Art. 132; ALR. I 21 §§ 45, 46; PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1b). Über den Begriff der öffentlichen Lasten vgl. Anm. IV S. 595.

Wie schon hervorgehoben, beziehen sich die §§ 1030 ff. auf die Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs nicht. Inwieweit der Pfarrer die Lasten von den seinem gesetzlichen Nießbrauch unterliegenden Ländereien und Gebäuden zu tragen hat, ist auch ferner nach Landesrecht (§§ 778 ff. PALR. II 11) zu beurteilen (EG. z. BGB. Art. 80 Abs. 2). Die Praxis hat angenommen, daß der Pfarrer Beiträge zu den Deichlasten und zu den Lasten einer öffentlichen Entwässerungsgenossenschaft, die von den in das Meliorationsgebiet gezogenen Pfarrgrundstücken entrichtet werden müssen, nicht zu leisten hat (RG. E. 2 S. 329, Gruch. 36 S. 1060).

2. Ebenso ist der Nießbraucher, wenn keine anderweiten Vereinbarungen getroffen sind, dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die privatrechtlichen Lasten zu tragen,

die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs (BGB. § 873) auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen. Anderen Personen, z. B. dem Hypothekengläubiger, gegenüber besteht diese Verpflichtung nicht (vgl. OTrib. E. 14 S. 17).

a. „Privatrechtliche Lasten werden, von der Hypothek, Grund- und Rentenschuld abgesehen, stets Reallasten sein oder doch einen reallastartigen Charakter (§§ 913, 914, 917, 1021, 1022) haben. Es kommen deshalb nur Grundstücke als Gegenstand des Nießbrauchs und der Belastung in Betracht. Da die Reallast nicht zur Sicherung einer Forderung gegen die Person dient, sondern darauf berechnet ist, dem Berechtigten Leistungen aus dem Ertrage des Grundstücks zu verschaffen, so muß man davon ausgehen, daß, wenn an einem mit einer Reallast belasteten Grundstücke durch Rechtsgeschäft der Nießbrauch begründet wird, Nutzungsgegenstand das belastete Grundstück, d. h. das Grundstück mit den den Ertrag mindernden Lasten sein soll. Kommt es zu einer Ablösung der Last, so sind weder Nießbraucher noch Eigentümer im Verhältnisse zueinander zur Kapitalbeschaffung verpflichtet. Wird das Ablösungskapital von der einen oder anderen Seite beschafft, so wird ein Recht auf Ausgleichung für den Eigentümer aus den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.), „für den Nießbraucher aus den Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen abzuleiten sein." (Mot. III S. 516.) Dergleichen privatrechtliche Lasten sind z. B. die Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912, 917 ff.), die Unterhaltungslasten der §§ 1020—1022.

b. „Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sind den Reallasten in der hier in Rede stehenden Beziehung nicht von vornherein völlig gleich zu setzen. Die Entscheidung der Frage, ob bei der Begründung des Nießbrauchs an einer mit einem Pfandrechte belasteten Sache dem Nießbraucher die Verzinsungslast nach der Absicht der Beteiligten auferlegt werden sollte, ist nicht aus der juristischen Natur des Pfandrechts zu entnehmen. Es kommt vielmehr darauf an, ob nach der wirtschaftlichen Üblichkeit der Eigentümer der verpfändeten Sache darauf rechnet, die Mittel zur Verzinsung der Pfandlast den Nutzungen seiner Sache zu entnehmen und bei Rückforderung des Kapitals auch dieses durch Aufsuchung eines neuen Pfandgläubigers zu beschaffen, so daß also die Pfandlast als den Wert der Sache mindernd angesehen wird und demnach bei Begründung des Nießbrauchs auch nur der Reinertrag, der sich nach Abzug der Zinsen ergibt, zugewendet werden soll." (Mot. III S. 516). Eine solche wirtschaftliche Üblichkeit ist angenommen und im Einklange mit §§ 70 ff. PALR. I 21 dem Nießbraucher die Verzinsungslast auferlegt. Nicht zu tragen hat der Nießbraucher die Zinsen einer durch Vormerkung gesicherten Forderung, da die Vormerkung keine dingliche Belastung ist (Planck Nr. 3c., Fuchs Nr. 2b., Biermann Anm. zu § 1047, Sekler S. 158; a. M. Othmer S. 111).

3. Die Verpflichtung der Nießbrauchers erstreckt sich bei privatrechtlichen Lasten (anders wie bei öffentlichen Lasten) nur auf die Lasten, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten. Wird eine zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs unverzinsliche Hypothek nach § 1119 BGB. in eine verzinsliche umgewandelt oder wird der Zinsfuß erhöht, so ist der Nießbraucher zur Zahlung der neu eingeführten oder der erhöhten Zinsen nicht verpflichtet (wie hier Planck Nr. 2bβ, Biermann Anm. b, Fuchs Nr. 2 b zu § 1047, Gierke SR. S. 682 Anm. 13; a. M. Dernburg SR. § 188 Nr. 5b), weil insoweit diese Last zu der erheblichen Zeit auf dem Grundstücke nicht ruhte. Der Umstand, daß § 1119 etwa unterstellt, eine solche Zinserhöhung sei wirtschaftlich geboten, reicht nicht hin, den Nießbraucher in weiterem Umfange zu belasten, als es § 1047 vorschreibt. Ist der Nießbrauch testamentarisch vermacht und belastet der Erbe das Grundstück, bevor er den Nießbrauch daran bestellt, mit einer Hypothek, so hat der Nießbraucher dem Besteller gegenüber die Hypothekenzinsen nicht zu zahlen. Um aber einem gutgläubigen Erwerber des Grundstücks gegenüber gesichert zu sein (§ 892), muß er für Aufnahme der Verzinsungspflicht des Eigentümers in die Eintragungsbewilligung,

auf die der Eintragungsvermerk Bezug zu nehmen hat, sorgen (a. M. Biermann a. a. O.). Haftet auf dem Grundstück eine Kautionshypothek, von der als solcher keine Zinsen zu entrichten sind, so hat der Nießbraucher bei ihrer nach Bestellung des Nießbrauchs erfolgten Umschreibung in eine definitive und verzinsliche Hypothek die Zinsen nicht zu zahlen, wenn keine besondere Vereinbarung getroffen ist (vgl. Prot. III S. 399; a. M. Dernburg und Biermann a. a. O.). Anders steht es mit den Zinsen einer Eigentümer-Hypothek oder Grundschuld. Diese hat der Nießbraucher zu entrichten; denn es ist — wie die Mot. III S. 517 bemerken — ein zufälliger Umstand, daß der Eigentümer eine Hypothek, vielleicht um sie alsbald weiter zu begeben, eingelöst hat (vgl. Prot. III S. 399). Auf Amortisationszuschläge erstreckt sich die Verpflichtung des Nießbrauchers nicht (Dernburg SR. § 187 Anm. 11; a. M. Biermann a. a. O.).

Haften für die Hypothek oder Grundschuld noch andere Grundstücke, so ist der Nießbraucher nach § 1047 nicht ohne weiteres verpflichtet, die Zinsen der ganzen Schuld zu entrichten; sondern für diesen Fall müssen besondere Vereinbarungen getroffen werden. Ist dies nicht geschehen, so hat (vgl. Prot. III S. 389, wo auf § 420 BGB. Bezug genommen wird) der Nießbraucher nur den Zinsenanteil zu entrichten, den der den Nießbrauch bestellende Eigentümer den Eigentümern der anderen für die Hypothek oder Grundschuld mit haftenden Grundstücke gegenüber zu zahlen verpflichtet ist. Planck (Nr. 2 § zu § 1047) will das Wertverhältnis der Grundstücke entscheiden lassen. Biermann (a. a. O.) hält den Nießbraucher gar für verpflichtet, die ganzen Zinsen zu zahlen.

Für Zinsen, welche auf einem Verzuge des Eigentümers beruhen, haftet der Nießbraucher nicht, und zwar auch dann nicht, wenn der Verzug *vor* Begründung des Nießbrauchs eingetreten war (Biermann a. a. O.; a. M. Planck Nr. 2 b β zu § 1047).

4. Wird das Nießbrauchsgrundstück mit Zustimmung des Nießbrauchers unter Zwangsverwaltung gestellt, so hat der Verwalter nach § 152 ff. ZVG. den Nießbraucher dazu anzuhalten, daß er die Einkünfte nach § 1047 BGB. verwendet (RG. E. 56 S. 388).

II. Die Vorschrift über die Verteilung der Lasten zwischen Nießbraucher und Eigentümer entspricht der allgemeinen Bestimmung im § 103. Der nach dem Leibgedingsvertrage zur Benutzung eines Teiles des überlassenen Grundstücks berechtigte Altsitzer hat nach preuß. Rechte zu den Grundstückslasten nicht beizutragen (vgl. Anh. zu § 1112).

III. Wird das zu verzinsende Kapital fällig, so bleibt es Sache des Eigentümers einen neuen Kreditgeber zu suchen. Die zu weit gehende Bestimmung des PALR. I 21 § 75, die den zur Zinszahlung verbundenen Nießbraucher für die Berichtigung gekündigter Kapitalposten zu sorgen verpflichtet, ist ins BGB. nicht übernommen. (Mot. III S. 518.)

IV. Was im einzelnen zu den *öffentlichen* Lasten zu rechnen ist, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten (Mot. II S. 215; Denkschr. z. EVG. S. 58). Darüber, was zu den öffentlichen gemeinen Lasten gehört, vgl. Anm. 5 S. 276 ff. und Anm. C S. 527 ff. Das BGB. § 1047 unterscheidet zwischen ordentlichen und außerordentlichen öffentlichen Lasten. Zu den ordentlichen öffentlichen Lasten werden in *Preußen* solche gerechnet, die durch die regelmäßigen Verhältnisse bedingt und in regelmäßiger Ordnung, in regelmäßig wiederkehrenden Beträgen erhoben werden (OTrib. Arch. 97 S. 25; RG. Blum. Urt. u. A. 3 S. 298, Gruch. 36 S. 978), zu den außerordentlichen solche, die entweder durch außerordentliche Ereignisse (z. B. Krieg; vgl. § 180 ALR. I 11) bedingt sind oder in einer nur einmaligen Leistung bestehen. Gemeine und nicht gemeine Lasten einerseits und ordentliche und außerordentliche Lasten anderseits bilden keinen Gegensatz zueinander. Insbesondere kann eine Last gemein und zugleich außerordentlich sein. Dies trifft z. B. zu auf die in einer einmaligen Leistung sich erschöpfende Straßenpflasterungslast in Berlin (OTrib. Arch. 97 S. 25; RG. Blum. Urt. u. A. 3 S. 298), ferner auf die ebenfalls sich in einer einmaligen Leistung erschöpfenden Straßenanliegerbeiträge aus § 15 PFluchtlinienG. v. 2. Juli 1875 (RG. JW. 1896 S. 683 Nr. 34, V 139. 98, nur teilweise abgedr. in JW. 1898 S. 690 Nr. 96), ferner auf die durch

das PG. v. 14. Juli 1893 begründete Verpflichtung zur Erstattung des Grundsteuerentschädigungkapitals (vgl. RG. V 290. 96). Die eben erwähnten Lasten, insbesondere die letzte, werden als auf den Stammwert des Grundstücks gelegt anzusehen sein.

V. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1048.

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört.

Übernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung.

1. „Im Interesse des Eigentümers und der Hypothekengläubiger (§ 1120) liegt es, daß das jeweilige Inventar (§ 98) nicht dem Nießbraucher gehört, sondern das Rechtsverhältnis des Grundstücks teilt. Dieses Resultat hat das BGB. dadurch erreicht, daß es im Anschluß an die Vorschriften der §§ 586—589 über das Verhältnis des Pächters zum Pachtinventar dem Nießbraucher, obwohl das Eigentum daran dem Grundstückseigentümer zusteht, die Befugnis gibt, tatsächlich und rechtlich über einzelne Stücke des Inventars zu verfügen, insoweit seine Verfügungen innerhalb der Grenzen der wirtschaftlichen Benutzung des Grundstücks sich halten, daß ferner dem Nießbraucher die Ergänzungspflicht auferlegt und daß endlich an die Tatsache, daß eine von dem Nießbraucher angeschaffte Sache dem Inventar einverleibt wird, der Übergang des Eigentums an den Eigentümer des Grundstücks geknüpft ist." (Mot. III S. 512.) Für andere Fälle des Nießbrauchs an einem Inbegriffe beweglicher Sachen enthält das BGB. keine dem § 1048 entsprechenden Vorschriften, deren analoge Anwendung jedoch nicht ausgeschlossen ist. Die vom Nießbraucher angeschafften Ersatzstücke werden mit der Einverleibung in das Inventar ohne weiteres Eigentum dessen, dem das Inventar gehört. (Über das bisher. Recht vgl. RG. PJMBl. 1883 S. 23, E. 33 S. 276.) Einverleibt ist das Ersatzstück, wenn es gleich dem vorhandenen Inventar als Zubehör in den Dienst des Grundstücks gestellt, also insbesondere in ein dieser Bestimmung entsprechendes räumliches Verhältnis zum Grundstücke gebracht ist (§ 97). Der Nießbraucher kann nach Abs. 1 Satz 1 verfügen, also auch veräußern, aber er ist nicht Eigentümer der Inventarstücke und daher können seine Gläubiger diese nicht pfänden (Fuchs Nr. 1 zu § 1048). Geht der Nießbraucher bei der Veräußerung über die Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hinaus, so ist er schadenersatzpflichtig, Eigentum geht aber über (Biermann Nr. 1, Fuchs Nr. 1 b; a. M. Planck Nr. 2 a, Gierke SR. S. 688 Anm. 44). Falls die Veräußerung sich ohne weiteres und für jedermann erkennbar als unwirtschaftlich darstellt, haftet der Erwerber dem Eigentümer auf Schadenersatz (RG. E. 42 S. 170).

2. Der Nießbraucher ist nur zur Ergänzung des gewöhnlichen Abgangs verpflichtet; die Gefahr ungewöhnlicher Unglücksfälle hat er nicht zu tragen. „Soweit gegen Gefahren der letzten Art Versicherung genommen zu werden pflegt, wird die im § 1045 bestimmte Versicherungspflicht des Nießbrauchers praktisch, während eine solche Pflicht in Ansehung des gewöhnlichen Abgangs nicht besteht, da der Nießbraucher die Gefahr eines solchen Abgangs trägt" (Mot. III S. 513).

3. Die Beteiligten können das Verhältnis aber auch anders regeln. Der Nießbraucher kann das Inventar zu einem Schätzungswerte mit der Verpflichtung übernehmen, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren. Dann finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung. Auch in diesem

Falle bleibt der Grundstückseigentümer Eigentümer des Inventars (§ 588 Abs. 2 Satz 2), der Nießbraucher trägt aber die Gefahr auch für ungewöhnliche Unglücksfälle (§ 588 Abs. 1 Satz 1). Er hat das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft in dem Zustande zu erhalten, in dem es ihm übergeben wird (§ 588 Abs. 2 Satz 1). Auch in diesem Falle werden neu angeschaffte Inventarienstücke mit der Einverleibung in das Inventar kraft Gesetzes Eigentum des Grundstückseigentümers. Bei Beendigung des Nießbrauchs hat der Nießbraucher das vorhandene Inventar dem Eigentümer zurückzugewähren (§ 589 Abs. 1). Der Eigentümer kann die Übernahme solcher vom Nießbraucher angeschafften Inventarstücke ablehnen, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind. Mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken (kraft Gesetzes) auf den Nießbraucher über (§ 589 Abs. 2). Ist der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der der zurückzugewährenden Stücke, so hat im ersten Falle der Nießbraucher dem Eigentümer, im letzten Falle der Eigentümer dem Nießbraucher den Mehrbetrag in Geld zu ersetzen. Darauf, ob in der Zeit zwischen den beiden Schätzungen die Preise sich geändert haben, kommt es nicht an (Mot. III S. 437).

§ 1049.

Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Nießbraucher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

1. Nach PrLR. I 21 §§ 124 ff. konnte der Nießbraucher Ersatz von Verwendungen nur verlangen, wenn diese mit ausdrücklicher (schriftlicher) Genehmigung des Eigentümers gemacht waren; andernfalls konnte er Verbesserungen nur zurücknehmen. Nach dem BGB. § 1049 Abs. 1 bestimmt sich die Ersatzpflicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677–686). Danach kann der Nießbraucher Ersatz solcher Verwendungen beanspruchen, die dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprechen, und selbst ein entgegenstehender Wille des Eigentümers kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Verwendung eine Pflicht des Eigentümers, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht des Eigentümers nicht rechtzeitig erfüllt sein würde (§§ 683, 679). Vorausgesetzt ist aber, daß der Nießbraucher zu den Verwendungen nicht verpflichtet war (wie z. B. im Falle des § 1041). Die notwendigen, nach §§ 1042, 1044 nicht dem Nießbraucher obliegenden außergewöhnlichen Reparaturen ist auch der Eigentümer vorzunehmen nicht verpflichtet. Daher ist es gerechtfertigt, den Eigentümer (in dessen Besitzzeit die Verwendungen fallen; vgl. Planck Nr. 2; a. M. Biermann Nr. 1 zu § 1049) nur dann zum Ersatze zu verpflichten, wenn die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen; andernfalls haftet er nur nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 684). Zinsen von dem verwendeten Betrage kann der Nießbraucher für die Zeit des Bestehens des Nießbrauchs nicht beanspruchen (§ 256 Satz 2). Macht der Nießbraucher von der Befugnis, die Sache wegen der Verwendungen zurückzubehalten (§ 273 Abs. 2), Gebrauch, so hat er das Absonderungsrecht nach KO. § 49 Nr. 3 (Prot. III S. 406).

Über die Verjährung des Ersatzanspruchs vgl. § 1057.

2. Besteht eine dem Nießbraucher nicht obliegende Verwendung in einer Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, so kann er diese wegnehmen (§ 1049 Abs. 2), falls die Einrichtung nicht durch solche Verwendungen geschaffen ist, zu denen der Nießbraucher verpflichtet war (Prot. VI S. 94 VIII). So kann er Gebäude, die er in Ausübung seines Nießbrauchsrechts mit dem Grundstücke verbunden hat (§ 95 Abs. 1 Satz 2), abbrechen und

die Abbruchsmaterialien wegnehmen. Das Recht steht dem Nießbraucher nicht nur dem Besteller des Nießbrauchs, sondern jedem nachfolgenden Eigentümer gegenüber zu. Die Hypothekengläubiger können dem nicht widersprechen, weil ihnen solche Gebäude nicht haften (vgl. Anm. 2, 3 S. 31 f., Anm. I 1 g zu § 1120). Die Wegnahme regelt sich nach § 258.

3. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1050.

Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten.

„Da im BGB. keine Verpflichtung des Nießbrauchers bestimmt ist, für die Erhaltung des Kapitalwerts der Sache zu sorgen und also den Folgen der Abnutzung durch Ansammlung eines Reservefonds vorzubeugen, so ergibt sich die Haftfreiheit des Nießbrauchers für den im § 1050 bezeichneten Abbruch an der Sache" (Mot. III S. 520). Die Vorschrift entspricht dem PALR. I 21 §§ 13, 14, 132 und dem code civ. Art. 589. — Die 2. Komm. hat es abgelehnt, für Bergwerke besondere Bestimmungen zu treffen (Prot. III S. 401).

§ 1051.

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen.

1. Das BGB. lehnt mit dem PALR. I 21 § 19 die allgemeine Kautionspflicht des Nießbrauchers ab und verpflichtet ihn, abgesehen von den Fällen der § 1039 Abs. 1 Satz 2 und § 1067 Abs. 2, nur dann zur Sicherheitsleistung, wenn durch sein *vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten* die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers (vgl. §§ 1035 ff., 1041 ff.) begründet ist. „Dieser Fall liegt nicht erst dann vor, wenn die ordnungsmäßige Rückgewähr bereits gefährdet erscheint, sondern schon dann, wenn überhaupt das Verhalten des Nießbrauchers eine Besorgnis der (erheblichen) Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet. Ob die Pflichtverletzung des Nießbrauchers die Erhaltung oder die Rückgabe der Sache gefährdet, ist gleichgültig."(Mot. III S. 519.) Die Vorschrift weicht von der ähnlichen des § 1133 erheblich dadurch ab, daß hier die Gefährdung auf einem *Verhalten* des Nießbrauchers, im Falle des § 1133 dagegen objektiv auf einer Verschlechterung des Grundstücks beruht. Durch die Fassung des § 1051 wird klargestellt, daß ein Verschulden des Nießbrauchers Voraussetzung seiner Kautionspflicht ist (a. M. Dernburg SR. § 188 Nr. 7, Planck Nr. 1 b, Biermann Anm. zu § 1051). Von mehreren Miteigentümern kann jeder Sicherheitsleistung fordern. Die Sicherheit ist dann für alle Miteigentümer zu bestellen (Biermann a. a. O.; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1051).

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1051 hat der Eigentümer zu beweisen.

Für die Art der Sicherheitsleistung sind §§ 232 ff. BGB. u. Art. 73 ff. PAG. z. BGB. maßgebend.

2. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1052.

Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt, so kann der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Nießbraucher auf Antrag des Eigentümers von dem Gericht eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt worden und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn die Sicherheit vor dem Ablaufe der Frist geleistet wird.

Digitized by Google

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigentümer sein.

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird.

1. Die auf Antrag des Eigentümers oder der Miteigentümer oder eines Miteigentümers angeordnete Verwaltung wird für Rechnung, aber nicht auch auf Gefahr des Nießbrauchers geführt. Abweichend vom bisherigen Recht (PALR. I 21 § 141; code civ. Art. 602) ist die Sequestration erst zulässig, wenn der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt und eine ihm auf Antrag des Eigentümers vom Gerichte bestimmte Frist zur Sicherheitsleistung verstrichen ist. Das Gericht, das die Frist zu bestimmen und die Verwaltung anzuordnen hat, ist das Vollstreckungsgericht; auch die Bestellung des Verwalters und die weiter erforderlichen Maßregeln liegen dem Vollstreckungsgericht ob (Planck Nr. 2 zu § 1052). Die Kosten der Verwaltung hat der Nießbraucher zu tragen. Auch die Aufhebung der Verwaltung liegt dem Vollstreckungsgericht ob (Planck Nr. 5, Biermann Nr. 1 zu § 1052). Wird die Sicherheit innerhalb der bestimmten Frist geleistet, so darf die Verwaltung nicht eingeleitet werden, wird sie erst nachträglich geleistet, so ist die eingeleitete Verwaltung aufzuheben (Prot. III S. 400). Für die Stellung des Verwalters sind die Vorschriften des ZVG. §§ 150 ff. maßgebend. Die Anordnung dieser Verwaltung und das darauf bezügliche Verfahren bestimmen sich nach den Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung. Im Grundbuche wird die Anordnung der Verwaltung nicht vermerkt.

Die Frist zur Sicherheitsleistung ist auf Verlangen des Eigentümers in dem Urteile zu bestimmen, durch das der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung verurteilt wird (§ 255 Abs. 2 ZPO.).

2. Eine Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, wonach die Sache durch einen beiden verantwortlichen Dritten verwaltet wird, ist zulässig (Dernburg RS. § 187 Nr. 1).

3. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1053.

Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

1. Der Eigentümer hat ein präsentes Recht darauf, daß der Nießbraucher von der Sache keinen unbefugten Gebrauch macht. Er kann daher während der Dauer des Nießbrauchs auf Unterlassung klagen, muß jedoch vorher den Nießbraucher abmahnen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO.

2. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1054.

Verletzt der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer die Anordnung einer Verwaltung nach § 1052 verlangen.

1. „Da die Sicherheitsleistung die ordnungsmäßige Naturalrestitution nicht verbürgt, so läßt das BGB. im Anschluß an das PALR. I 21 §§ 141, 142 das strengere Mittel auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Nießbraucher die ihm obliegenden Verpflichtungen in erheblichem Maße verletzt" (Mot. III S. 519). Auch hier ist jedoch die Maßregel durch vorherige, fruchtlose Abmahnung des Nießbrauchers seitens des Eigentümers bedingt. Bloße Besorgnis der Verletzung genügt nicht. Die Verwaltung kann in diesem Falle nur durch einstweilige Verfügung oder durch Urteil des Prozeßgerichts angeordnet werden;

die Bestellung des Verwalters liegt dem Vollstreckungsgericht ob (Biermann zu § 1054). § 1052 Abs. 3 kommt im Falle des § 1054 nicht zur Anwendung.

2. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1055.

Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurückzugeben.

Bei dem Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§ 591, 592, bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften der §§ 591 bis 593 entsprechende Anwendung.

1. Abs. 1 beschränkt sich auf die Aufstellung der auf Rückgabe gegen den derzeitigen Eigentümer gerichteten Legalobligation. Daneben besteht der gewöhnliche Eigentumsanspruch. Der Nießbraucher hat die Sache in dem Zustande zurückzugeben, in dem sie sich bei Begründung des Nießbrauchs befand, soweit nicht eine Veränderung oder Verschlechterung infolge der ordnungsmäßigen Ausübung seines Rechtes oder durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden ist (Mot. III S. 520). Für die Fruchtverteilung bei Beendigung des Nießbrauchs sind die §§ 101, 102 maßgebend. Im Abs. 2 wird durch die Bezugnahme auf die §§ 591, 593 bestimmt, in welchem Zustande landwirtschaftliche Grundstücke und Landgüter zurückzugewähren sind. Über den Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks und des Landguts vgl. Anm. 3 S. 45. Beide Arten von Grundstücken sind, gleichviel in welchem Zustande sie sich beim Beginne des Nießbrauchs befanden, nach Beendigung des Nießbrauchs (§§ 1061—1064) vom Nießbraucher oder im Falle des § 1061 von seinen Erben in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Nießbrauchszeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Dies gilt insbesondere auch für die Bestellung des Grundstücks (§ 591). Unberührt bleiben die dem Nießbraucher zustehenden Ansprüche aus Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet war (§ 1049). Endigt der Nießbrauch an einem solchen Grundstücke, z. B. infolge des Todes des Nießbrauchers (§ 1061), vor der bestimmten Zeit innerhalb eines Nießbrauchsjahrs, so hat der Eigentümer die Kosten, die der Nießbraucher auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Nießbrauchsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen (§ 592). Die Nießbrauchsjahre bestimmen sich nach dem Zeitpunkt, in dem der Nießbrauch bestellt ist. Der Nießbraucher eines Landguts hat von den bei der Beendigung des Nießbrauchs vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er beim Beginne des Nießbrauchs solche Erzeugnisse überkommen hat, so viel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu der gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden (§ 593 Abs. 1); ebenso den vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Dünger (§ 593 Abs. 3). Die Erzeugnisse in dieser Beschränkung und der Dünger sind Zubehör des Landguts (§ 98 Nr. 2). Ersatz des Wertes des Düngers kann der Nießbraucher nicht verlangen (§ 593 Abs. 3); bezüglich der landwirtschaftlichen Erzeugnisse, die der Nießbraucher nach § 593 Abs. 1 zurücklassen muß, hat er dagegen einen Anspruch auf Wertersatz, wenn die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Erzeugnisse an Menge oder Beschaffenheit diejenigen übertreffen, die er bei Beginn des Nießbrauchs überkommen hat (§ 593 Abs. 2). Er hat dann Anspruch auf Ersatz der Wertdifferenz. Auf Waldgrundstücke findet § 1055 keine Anwendung (Prot. III. S. 401).

2. Neben der Pflicht zur Rückgewähr hat der Nießbraucher auch dazu mitzuwirken, daß das Grundbuch durch Löschung des Nießbrauchsrechts berichtigt wird (§ 894). Das Recht selbst erlischt freilich mit der Beendigung des Nießbrauchs, aber die auf das Recht bezügliche Eintragung nur durch Löschung. Stirbt der Nießbraucher, so genügt der Regel nach, da Rückstände von Leistungen nicht gut denkbar sind, zur Löschung die Bei-

bringung des Totenscheins und der Antrag des Eigentümers (§ 1061 BGB.; § 23 Abs. 1 GBO.). Sind in besonders gearteten Fällen Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen, so bedarf es der Bewilligung des Rechtsnachfolgers, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Nießbrauchers oder nach der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils erfolgen soll, oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamte widersprochen hat. Der Bewilligung des Rechtsnachfolgers bedarf es nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, daß der Nachweis des Todes genügen soll. Ist der Nießbraucher für tot erklärt, so genügt Beibringung einer Ausfertigung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils und Antrag des Eigentümers (§ 23 Abs. 1 GBO.). Stand der Nießbrauch einer juristischen Person zu und ist diese erloschen (BGB. § 1061), so wird urkundlicher Nachweis des Erlöschens und Antrag des Eigentümers genügen müssen, da Löschungsbewilligung seitens der nicht mehr existierenden juristischen Person nicht beschafft werden kann.

3. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1056.

Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574 bis 576, 579 entsprechende Anwendung.

Der Eigentümer ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch, so ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde.

Der Mieter oder der Pächter ist berechtigt, den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen.

1. Der in den §§ 571 ff. zur Anerkennung gebrachte deutschrechtliche Grundsatz „Heuer geht vor Kauf" ist nebst den sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen (mit einigen Modifikationen) im § 1056 Abs. 1 auf den Fall übertragen, daß der Nießbraucher ein Grundstück oder einen Teil davon über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet hat. Den Eigentümer solchenfalls, wie den freiwilligen Erwerber im Falle des § 571, an den Mietvertrag für dessen volle Dauer zu binden, geht offensichtlich nicht an; ebensowenig ist es angänglich, ihm die sofortige Austreibung des Mieters oder Pächters zu gestatten. Aus diesen Erwägungen ergab sich die eine der im Anschluß an die Vorschriften des PALR. I 21 §§ 388—390 im BGB. getroffenen Maßgaben. Der Eigentümer ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (BGB. §§ 565, 595) zu kündigen. Bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist muß er den Vertrag halten (§ 1056 Abs. 2). Insoweit ist der Eigentümer hier ebenso gestellt wie der Ersteher eines vermieteten oder verpachteten und dem Mieter oder Pächter *überlassenen* Grundstücks im Falle der Zwangsversteigerung (ZVG. § 57). In keinem der beiden Fälle hat der Mieter oder Pächter ein Kündigungsrecht. Abweichend vom § 57 ZVG. gibt aber § 1056 Abs. 3 dem Mieter oder Pächter das *Recht*, den Eigentümer unter Bestimmung einer *angemessenen Frist* zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Hat der Mieter oder Pächter diese Frist gesetzt, so kann die Kündigung nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen. Kündigt der Eigentümer innerhalb dieser Frist nicht, so ist er an den Vertrag für dessen ganze vertragsmäßige Dauer gebunden. Stellt der Mieter oder Pächter keine Frist, so ist der Eigentümer zur Kündigung mit gesetzlicher Frist jederzeit und nicht bloß (wie nach § 57 Satz 3 ZVG.) für den ersten zulässigen Kündigungstermin berechtigt. (Prot. III S. 403.) Das Kündigungsrecht des Eigentümers ist jedoch im

Einklange mit dem gemeinen Rechte (RG. E. 16 S. 110) eingeschränkt für den Fall, daß der Nießbraucher auf den Nießbrauch verzichtet. Dann ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, wo der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde. Dem Eigentümer bleibt aber das Recht, von einer im Miet- oder Pachtvertrage eingeräumten Kündigungsbefugnis Gebrauch zu machen. (Prot. III S. 405.)

2. Für die Zeit, während der der Eigentümer nach Anm. 1 das Fortbestehen des Pacht- oder Mietverhältnisses dulden muß, tritt er wie der Erwerber im Falle der freiwilligen Veräußerung des Grundstücks in alle aus dem durch Überlassung des Grundstücks vollzogenen Miet- oder Pachtverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein. Es gelten dann die §§ 571 ff. mit folgenden Maßgaben:

a. Verfügungen des Nießbrauchers über den Miet- und Pachtzins sowie Zwangsvollstreckungen seiner Gläubiger in diesen Zins (RG. E. 58 S. 181) für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs laufende und das folgende Kalendervierteljahr braucht der Eigentümer auch dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs nicht kennt (Abweichung von dem im § 1056 nicht bezogenen § 573 Satz 2). Die gleiche Maßgabe findet sich im § 57 ZVG.

b. Die §§ 577, 578 BGB. passen offensichtlich nicht auf den Nießbrauch und sind daher im § 1056 nicht bezogen. Insbesondere ist der Eigentümer dem Mieter oder Pächter gegenüber an den Mietvertrag, der durch Überlassung des Grundstücks noch nicht vollzogen ist, auch dann nicht gebunden, wenn er dem Nießbraucher gegenüber die Erfüllung der aus dem Miet- oder Pachtverhältnisse sich ergebenden Pflichten übernommen hat.

c. Für den aus der Nichterfüllung der dem Eigentümer obliegenden Verpflichtungen entstehenden Schaden haftet der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§§ 771, 773). Erlangt aber der Mieter oder Pächter von der Beendigung des Nießbrauchs durch Mitteilung des Nießbrauchers Kenntnis, so wird der Nießbraucher von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter oder Pächter das Miet- oder Pachtverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist (§ 571 Abs. 2). Da der Mieter oder Pächter aus der bloßen Tatsache der Beendigung des Nießbrauchs einen Kündigungsgrund nicht herleiten kann, kommt nur die im Miet- oder Pachtvertrag und die im § 564 Abs. 2 bestimmte Kündigungsbefugnis in Frage. Hat der Mieter oder Pächter dem Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Eigentümer in die dadurch begründeten Rechte ein. Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Nießbraucher gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt (§ 572). Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter oder Pächter und dem Nießbraucher in Ansehung der Miet- oder Pachtzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses, ist dem Eigentümer gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in dem der Mieter oder Pächter von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht. Ein Rechtsgeschäft, das nach Beendigung des Nießbrauchs vorgenommen wird, ist jedoch unwirksam, wenn der Mieter oder Pächter bei der Vornahme von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis hat (§ 574). Soweit die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses an den Nießbraucher nach §§ 1056, 574 dem Eigentümer gegenüber wirksam ist, kann der Mieter oder Pächter gegen die Miet- oder Pachtzinsforderung des Eigentümers eine ihm gegen den Nießbraucher zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter oder Pächter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von der Beendigung des Nießbrauchs Kenntnis erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später, als der Miet- und Pachtzins, fällig geworden ist (§§ 575, 406). Zeigt der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter an, daß der Nießbrauch beendigt sei, so muß er in Ansehung der Miet- oder Pachtzinsforderung die angezeigte Beendigung dem Mieter oder

Pächter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht eingetreten oder nicht wirksam ist. Die Anzeige kann nur mit Zustimmung des Eigentümers zurückgenommen werden (§ 576).

Der Miet- oder Pachtzins wird nach § 101 Nr. 2 zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer verteilt.

3. Veräußert der Eigentümer das vom Nießbraucher vermietete oder verpachtete Grundstück nach Beendigung des Nießbrauchs, so finden die §§ 571 Abs. 1, 572, 573 (auch Satz 2) bis 578 entsprechende Anwendung. Erfüllt der Erwerber die sich aus dem Miet- oder Pachtverhältnis ergebenden Verpflichtungen nicht, so haftet der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter nach § 571 Abs. 2 (§ 579). Ist der Nießbraucher nach § 571 Abs. 2 Satz 2 von der Haftung befreit, so haftet der Veräußerer nach § 571 Abs. 2. Wird das vermietete oder verpachtete Grundstück nach Beendigung des Nießbrauchs im Wege der Zwangsvollstreckung versteigert, so kommen die Vorschriften der §§ 571, 572, 573 Satz 1, 574, 575 BGB. und § 57 ZVG. zur Anwendung. Der § 576 paßt auf diesen Fall nicht. Wird das Grundstück vor Beendigung des Nießbrauchs versteigert, so ist zu unterscheiden, ob der Nießbrauch durch den Zuschlag erlischt oder nicht. Im ersten Falle (§§ 52 Abs. 1, 91 ZVG.) kommt § 57 ZVG. zur Anwendung, im zweiten ist die Zwangsversteigerung wie auf den Nießbrauch, so auch auf die vom Nießbraucher eingegangenen Miet- oder Pachtverhältnisse ohne Einfluß.

4. Macht der Eigentümer von seinem Kündigungsrechte (§ 1056 Abs. 2) Gebrauch, so hat der Nießbraucher den Mieter oder Pächter wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs des Grundstücks nach §§ 541, 537, 538, 539 Satz 1, 540 zu entschädigen.

5. Entsprechende Anwendung des § 1056 ist in den §§ 1423 (Nutznießung des Ehemanns), 1663 (elterliche Nutznießung) und 2135 (Nacherbe) vorgeschrieben.

6. Vgl. Anm. zu § 1058.

§ 1057.

Die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

Die sechsmonatige Verjährungsfrist beginnt bezüglich der Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache mit dem Zeitpunkt, in dem er die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs zurückerhält, bezüglich der Ansprüche des Nießbrauchers aus § 1049 Abs. 1 und 2 mit der Beendigung des Nießbrauchs. Mit der Verjährung des Anspruchs des Eigentümers auf Rückgabe der Sache verjähren auch seine Ersatzansprüche (§§ 1057 Satz 2, 558 Abs. 2, 3; vgl. auch § 224). Neben der Verjährung aus § 1057 gilt nicht die ordentliche dreißigjährige Verjährung. Da es sich hier um obligatorische Rechte handelt, tritt die Verjährung auch dann ein, wenn der Nießbrauch im Grundbuch eingetragen ist (Planck Nr. 4 zu § 1057).

§ 1058.

Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gilt zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist.

1. Als die Träger der aus der Belastung des Nießbrauchs hervorgehenden obligatorischen Rechte und Pflichten sind im BGB. (§§ 1034, 1035, 1038, 1039, 1042, 1044—1047, 1049, 1051—1057, 1082) der Eigentümer und der Nießbraucher bezeichnet. In den Beratungen der 2. Komm. wurde der Antrag gestellt, nicht den Eigentümer, sondern den Besteller neben dem Nießbraucher als den Träger der Obligation hinzustellen. Dieser Antrag wurde

auf Grund folgender Erwägungen abgelehnt: Das Interesse des Eigentümers verlange, ihn nicht auf den generellen Schutz, der ihm kraft seines Eigentums zuteil werde, und auf etwaige Deliktansprüche und auf Ansprüche aus einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verweisen, sondern besondere Verpflichtungen aufzustellen, die dem Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber kraft des Gesetzes, also unabhängig davon obliegen, ob der Nießbraucher diese Verpflichtungen dem Eigentümer gegenüber übernommen habe, oder ob die Bestellung durch einen Nichteigentümer erfolgt sei und besondere Verpflichtungen entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht dem Eigentümer gegenüber übernommen seien. Der wesentliche Inhalt dieses Legalschuldverhältnisses erschöpfe sich in den Vorschriften der §§ 1034, 1035, 1038, 1042, 1044—1047, 1049, 1051, 1052, 1057, 1064. Anderseits liege kein Bedürfnis vor, gesetzliche Vorschriften darüber zu geben, ob und welche obligatorischen Ansprüche der dingliche auf Bestellung des Nießbrauchs gerichtete Vertrag für den Besteller begründe. Dieser habe an den eben angezogenen Bestimmungen regelmäßig kein Interesse. Dagegen seien diese für den Eigentümer von der größten Bedeutung. Lege man die in Frage stehenden Verpflichtungen dem Nießbraucher nicht dem Eigentümer, sondern dem Besteller gegenüber auf, so fehle es zunächst an jeder Vorschrift für den Fall, daß der Nießbrauch durch (Tabular-) Ersitzung entstanden sei, weil hier ein Besteller nicht vorhanden sei. Werde der Nießbrauch durch Rechtsgeschäft begründet, so würden regelmäßig Eigentümer und Besteller dieselbe Person sein. Ein Auseinanderfallen beider sei aber in zwei Fällen möglich, nämlich einmal dann, wenn der Eigentümer, der den Nießbrauch bestellt habe, das Eigentum an einen dritten übertrage, und sodann in dem Falle, wenn der Nießbrauch von einem Nichteigentümer bestellt und auf Grund des guten Glaubens erworben sei. In beiden Fällen könne, wenn man das Rechtsverhältnis nicht als ein zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer als solchem bestehendes, sondern als ein auf dem Bestellungsvertrage beruhendes Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller ansehe, das widersinnige Resultat eintreten, daß die den Schutz des Eigentümers bezweckenden, in den angeführten Paragraphen bestimmten Rechte nicht dem Eigentümer, sondern dem Besteller zuständen. Im ersten Falle würde zwar bei beweglichen Sachen, da hier das Eigentum nur durch Abtretung des dem Eigentümer gegen den Nießbraucher zustehenden Anspruchs übertragen werden könne, der Übergang jener Rechte zugleich mit dem Übergange des Eigentums eintreten. Bei Grundstücken aber, die durch Auflassung übertragen würden, werde es immer einer besonderen Abtretung jener Rechte bedürfen und im einzelnen Falle werde es zweifelhaft sein, ob diese erzwungen werden könne. Jedenfalls sei es unpraktisch, einen solchen Umweg notwendig zu machen. Im zweiten Falle stehe dem Eigentümer als solchem ein Anspruch auf Abtretung der fraglichen Rechte gegen den Besteller nicht zu, weil das BGB. den Eigentumsanspruch gegen den mittelbaren Besitzer versage. Den Nießbraucher könne er zwar zwingen, ihn als mittelbaren Besitzer anzuerkennen, aber dadurch erlange er jene Rechte nicht, weil diese nicht auf dem mittelbaren Besitze, sondern auf dem Bestellungsvertrage beruhten. Es bleibe ihm also nur etwa eine Kondiktion auf Herausgabe der Bereicherung gegen den Besteller. Dadurch werde man aber offenbar der natürlichen Auffassung und dem praktischen Bedürfnisse nicht gerecht. Demnach erscheine es richtiger, den Eigentümer als den Träger des Legalschuldverhältnisses hinzustellen (Prot. IV S. 593—596), und zwar auch beim Nießbrauch an einem Inbegriffe von Gegenständen (das. S. 607). Anderseits wurde für zweckmäßig erachtet, den Beweis des Eigentums des Bestellers dem Nießbraucher gegenüber durch Aufstellung einer entsprechenden Vermutung zu erleichtern. Infolge der Aufstellung einer derartigen Vermutung müsse aber auch der Nießbraucher berechtigt sein, den Besteller als den Eigentümer anzusehen, außer wenn er wisse, daß der Besteller nicht Eigentümer sei. Bei der schließlichen Redaktion ist jedoch die Vermutung lediglich zugunsten des Nießbrauchers, nicht auch des Bestellers aufgestellt. Soweit es sich um den Nießbrauch an Grundstücken handelt, bedurfte es der Aufstellung der Vermutung zugunsten des Bestellers nicht; denn ein solcher Nießbrauch

kann nur vom eingetragenen Eigentümer bestellt werden und diesem steht ohnehin die Vermutung des § 891 Abs. 1 zur Seite.

2. Die Vermutung gilt nur zugunsten des gutgläubigen Nießbrauchers. Der gute Glaube wird nur durch Kenntnis, nicht durch verschuldete Unkenntnis ausgeschlossen. Der gutgläubige Nießbraucher wird dadurch, daß er die ihm auf Grund des Nießbrauchverhältnisses obliegenden Verpflichtungen dem Besteller gegenüber erfüllt, auch dem Eigentümer gegenüber befreit (z. B. von den sich aus den §§ 1039 Abs. 1, 1042, 1045, 1047, 1051, 1055 ergebenden Verpflichtungen). Der gutgläubige Nießbraucher kann aber mit dem Besteller auch Verträge über die ihm obliegenden Verpflichtungen (z. B. Vergleiche, Erlaßverträge) mit Wirkung gegen den Eigentümer schließen. Voraussetzung ist jedoch, daß er sich zur Zeit der Erfüllung oder Vertragschließung noch in gutem Glauben befindet. Ersatz für Verwendungen (§ 1049) kann der Nießbraucher nur vom Eigentümer beanspruchen, da die Vermutung des § 1058 nicht für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller gilt (Planck Nr. 1 c; a. M. Fuchs Nr. 1 zu § 1058). Bei Prozessen zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher ist für den guten Glauben des Nießbrauchers der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (§ 407 Abs. 2) maßgebend (Planck Nr. 1 d). Das zuungunsten des Bestellers ergangene Urteil wirkt auch gegen den Eigentümer (Planck u. Biermann a. a. O.).

3. Die Vermutung steht dem gutgläubigen Nießbraucher auch dann zur Seite, wenn der Besteller nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Da der Nießbrauch an einem Grundstücke nur von dem eingetragenen Eigentümer bestellt werden kann, kommt nur der Fall des inzwischen eingetretenen Eigentumswechsels und daher nicht § 892, sondern nur § 893 in Betracht. Weiß der Nießbraucher von dem Eigentumswechsel nichts, dann kann er wirksam an den Besteller leisten, andernfalls hat er an den Eigentümer zu leisten.

4. Die Vermutung hat hier, wie im Falle des § 1248, unter der Voraussetzung der Gutgläubigkeit des Nießbrauchers die Bedeutung einer Fiktion. Der Beweis dafür, daß der Nießbraucher gewußt habe, daß der Besteller nicht Eigentümer ist, liegt dem Eigentümer ob.

§ 1059.

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden.

1. Abweichend von der für Vermögensrechte geltenden Regel der Übertragbarkeit schließt das BGB. im Einklange mit dem PrALR. I 22 § 110 eine Übertragung des Nießbrauchs aus und gestattet nur die Überlassung der Ausübung an einen anderen. Es kommt hier nur der rechtsgeschäftlich begründete Nießbrauch in Betracht, da die Fälle der ehmännlichen und elterlichen Nutznießung selbständig geregelt sind. Unter den Fällen des durch Rechtsgeschäft begründeten Nießbrauchs sind die häufigsten und praktisch wichtigsten der testamentarisch angeordnete Nießbrauch, insbesondere des überlebenden Ehegatten, und die in Gutsübergabeverträgen bedungene Leibzucht. Für diese Hauptfälle paßt die Übertragbarkeit nicht. Das Verhältnis eines solchen Nießbrauchers zum Eigentümer hat ein familiäres Gepräge, ist ein persönliches Vertrauensverhältnis. Seinem Wesen entspräche es nicht, wenn der Nießbraucher in der Lage wäre, durch Veräußerung seines Rechtes einen anderen oder beim Nießbrauch an einem Vermögen vielleicht sogar eine große Anzahl anderer Personen an seine Stelle zu setzen. Noch bedenklicher wäre die aus der Übertragbarkeit sich ergebende Folge, daß der Nießbrauch auch im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden könnte. Dem praktischen Bedürfnisse geschieht dadurch Genüge, daß die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einen anderen im Wege eines obligatorischen Vertrags, z. B. eines Pachtvertrags, gestattet und der Nießbrauch in Ansehung der Ausübung auch der Zwangsvollstreckung unterworfen wird. (Prot. III S. 408; Denkschr. z. BGB. S. 208.) Die Übertragbarkeit erscheint auch deshalb als ausgeschlossen, weil der

Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers erlischt (§ 1061 BGB.). Im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft ist der Nießbrauch vom Gesamtgut ausgeschlossen (BGB. § 1439).

2. Wegen der Nichtübertragbarkeit des Nießbrauchs ist auch seine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung unstatthaft (ZPO. § 857 Abs. 3). Dagegen kann das Gericht, da die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann, eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Übergabe der dem Nießbrauch unterliegenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist (ZPO. § 857 Abs. 4). Dann werden die pfändenden Gläubiger aus den Nießbrauchseinkünften befriedigt. Besteht der Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs, der Nießbrauch ist aber noch nicht bestellt, so können die Gläubiger des Nießbrauchers sich diesen Anspruch überweisen lassen, um die Ausübung zu erlangen. Im Falle des Konkurses des Berechtigten gehört nur die Ausübung zur Konkursmasse. Das Recht darauf kann der Verwalter (event. nach Erzwingung der Bestellung des Nießbrauchs) durch Überlassung an Dritte verwerten (Rsp. 1 S. 18, Jaeger Nr. 39 zu § 1 KO.; a. M. Planck Nr. 2 zu § 1059).

3. Aus der Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs ergibt sich mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2 BGB., daß an ihm die beiden einzigen dinglichen Belastungen, denen er der Natur nach zugänglich sein würde, nämlich Unternießbrauch und Pfandrecht, nicht bestellt werden können. Demgemäß kommt der Nießbrauch für das Grundbuch nur insofern in Betracht, als er nach seiner Bestellung einzutragen und nach seiner Beendigung zu löschen ist. Die Eintragung von Übertragungen, Verpfändungen und der Bestellung eines Unternießbrauchs ist vom Grundbuchamt unter allen Umständen abzulehnen, eine dennoch erfolgte Eintragung von Amts wegen zu löschen (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2). Daß der Nießbraucher das belastete Grundstück vermieten und verpachten kann, ergibt sich aus § 1056.

4. Die Ausübung des Nießbrauchs kann, ohne daß es einer Genehmigung des Eigentümers bedarf, durch ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft (inter vivos) einem andern ganz oder teilweise überlassen werden. Die Überlassung erzeugt nur obligatorische Wirkungen zwischen den Kontrahenten. Wegen ihrer rein obligatorischen Natur ist die Überlassung der Ausübung der Eintragung nicht fähig. Wird dem Ausübungsberechtigten auch der Besitz der Nießbrauchsache überlassen, so stehen ihm die Besitzklagen, die Klage aus dem besseren Rechte zum Besitz (§§ 858 ff., 1007 BGB.) und ein unentziehbares Recht auf Beziehung der Früchte (§ 956 Abs. 1) zu. Gegen die Wirkung eines Verzichts des Nießbrauchers auf den Nießbrauch ist er in den Hauptfällen der Miete und Pacht durch § 1056 geschützt, in allen anderen Fällen geht sein Ausübungsrecht mit dem Verzicht unter. Die Pfändung der dem Nießbrauch unterliegenden beweglichen Sachen ist nach § 809 ZPO. nur zulässig, wenn er zur Herausgabe bereit ist. Die Zwangsverwaltung des Nießbrauchrechts (§ 857 Abs. 4 ZPO.) läßt das Ausübungsrecht unberührt, wenn es auf Miete oder Pacht beruht (ZVG. § 152 Abs. 2). Das Recht aus der Überlassung der Ausübung ist vererblich. Es ist jedoch von dem Bestande des Nießbrauchs dergestalt abhängig, daß es (abgesehen vom Falle des § 1056 BGB.) ohne weiteres mit ihm erlischt.

5. Zwischen dem Ausübungsberechtigten und dem Eigentümer bestehen keine obligatorischen Rechtsbeziehungen. Verletzt oder gefährdet der Ausübende die Rechte des Eigentümers, so kann dieser nach den §§ 1051, 1053, 1054 gegen den Nießbraucher vorgehen, da dieser die Pflicht hat, den Ausübenden an einer das Recht des Eigentümers verletzenden Behandlung der Sache zu verhindern (Prot. III S. 410). Überdies hat der Eigentümer die negatorische Klage (§ 1004) gegen den Ausübungsberechtigten und bei dessen Verschulden auch auf Schadenersatz (§§ 823 ff.).

§ 1060.

Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des § 1024 Anwendung.

Vgl. Anm. 1—4 zu § 1024 S. 570 ff.

§ 1061.

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser.

1. Der Nießbrauch endigt (abgesehen von den allgemeinen Gründen, aus denen Rechte erlöschen), wie nach PrLR. I 21 § 178 und code civ. Art. 617, mit dem Tode des Nießbrauchers auch dann, wenn der Nießbrauch auf eine bestimmte Zeit bestellt war und der Nießbraucher vor Ablauf dieser Zeit stirbt. Eine Vereinbarung, die den Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers erstreckt, ist rechtsunwirksam (vgl. die Vorbemerkung 1 4 zum 8. Abschnitt). Dem Tode einer natürlichen Person ist in dieser Beziehung das Erlöschen einer juristischen Person gleichgestellt (ebenso nach PrLR. I 21 § 179, während nach code civ. Art. 619 der Nießbrauch juristischer Personen nach 30 Jahren erlischt). Streitig ist, ob, wenn nach dem Erlöschen eine Liquidation erfolgen muß, der Nießbrauch bis zu deren Beendigung fortdauert. Die Frage wird mit Dernburg SR. § 185 Nr. 2 und Biermann gegen Planck Nr. 3 zu § 1061 zu bejahen sein. Die Aufhebung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft steht unter der allgemeinen Regel des § 875 BGB. (Prot. III S. 412). Der Nießbrauch an einem Grundstück erlischt auch nach § 901, dagegen nicht durch Nichtausübung und nicht dadurch, daß das Eigentum am Grundstücke nach § 928 aufgegeben wird (Biermann zu § 1062).

2. Über die Löschung des Nießbrauchs in diesen Fällen vgl. Anm. 2 zu § 1055 S. 600.

3. Dadurch, daß eine offene Handelsgesellschaft in Konkurs gerät oder sonst aufgelöst wird, erlischt der ihr an einem Grundstücke bestellte Nießbrauch an sich nicht (RG. Entsch. 16 S. 1). Es ist in jedem Einzelfalle zu untersuchen, ob nach dem Bestellungswillen der Nießbrauch nur der Gesellschaft als solcher oder ohne Rücksicht auf ihr Fortbestehen den Gesellschaftern zustehen soll (Fuchs Anm. 2 zu § 1060, Gierke SR. S. 685 Anm. 50).

4. Das Erlöschen des beim Inkrafttreten des BGB. bestehenden Nießbrauchs richtet sich nach dem alten Rechte (EG. z. BGB. Art. 184 Abs. 1).

§ 1062.

Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehöre.

Diese Vorschrift ist eine Folgerung aus § 1031. Die Wirkung des auf das Grundstück bezüglichen dinglichen Rechtsgeschäfts, durch das der Nießbrauch aufgehoben wird, muß sich ebenso wie die Begründung des Nießbrauchs im Zweifel auf den Nießbrauch am Zubehör erstrecken.

§ 1063.

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft.

Der Nießbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat.

Digitized by Google

1. Der stets der Eintragung bedürfende Nießbrauch an einem Grundstück erlischt nach § 889 nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks den Nießbrauch oder der Nießbraucher das Eigentum am Grundstück erwirbt. Der Eigentümernießbrauch geht dem jüngeren Pfandrecht an der Sache vor.

2. Für das Erlöschen des Nießbrauchs an einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ist § 1063 maßgebend (§ 1068 Abs. 2). Vgl. Anm. 4 S. 611.

§ 1064.

Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe.

Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung eines Nießbrauchs an einem Grundstück ist nach § 875 die Erklärung des Nießbrauchers, daß er den Nießbrauch aufgebe, und die Löschung des Nießbrauchs im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber abzugeben. Bezüglich des Nießbrauchs am Zubehöre bedarf es nicht noch einer besonderen Erklärung (§ 1062). Der § 1064 gilt auch für den Nießbrauch an Rechten an Grundstücken (§ 1072). Über die Übergangsvorschrift des EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 3 vgl. S. 532.

§ 1065.

Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

„Beim Nießbrauche kommen die Vorschriften über den Eigentumsschutz im Vergleiche mit den sonstigen dinglichen Rechten im weitesten Umfange zur entsprechenden Anwendung, weil sowohl Grundstücke als bewegliche Sachen Gegenstand des Nießbrauchs sein können und sowohl eine totale Verletzung des Rechtes durch Entziehung des Besitzes als eine partielle Verletzung des Rechtes möglich ist“ (Mot. III S. 532). Vgl. Nr. III d S. 540. Die Legitimation des Nießbrauchers eines Grundstücks zur Erhebung der der Vindikation und Negatorienklage (§§ 985, 986, 1004) entsprechenden Klage, sowie zur Klage auf Ersatz von Schäden und entzogenen Nutzungen (§ 987 ff.) und von Verwendungen (§ 994 ff.) ergibt sich aus seiner Eintragung. Es stehen ihm auch die Ansprüche aus den §§ 867, 1005, 1007, 1011 und die Besitzklage aus § 858 ff. zu. Wegen seiner Ansprüche gegen den Eigentümer steht dem Nießbraucher, wenn der Eigentümer zugleich der Besteller des Nießbrauchs ist, auch die Vertragsklage zu.

§ 1066.

Besteht ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von dem Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten.

1. Eine Nutzungsgemeinschaft kann dadurch entstehen, daß der Eigentümer oder die mehreren Miteigentümer eines Grundstücks mehreren Personen am ganzen Grundstück einen Nießbrauch bestellen. Dann stehen die mehreren Nießbraucher in einer Gemeinschaft, auf die die §§ 741 ff. anzuwenden sind. Ist der Nießbrauch den mehreren Personen nicht an der ganzen Sache, sondern von den Miteigentümern einzeln, von jedem an seinem Anteile, bestellt, so ist das Verhältnis der mehreren Nießbraucher auch nach den Vorschriften über die Gemeinschaft zu beurteilen, daneben aber auch § 1066 anzuwenden. Eine

nach den §§ 741 ff. zu beurteilende Gemeinschaft liegt auch vor, wenn ein Alleineigentümer einem anderen den Nießbrauch an einer Quote seines Alleineigentums bestellt hat. Bezüglich der Verwaltung und Benutzung ist dieses Verhältnis so aufzufassen, als wenn dem Eigentümer der Nießbrauch an der unbelasteten Quote zusteht. (Mot. III S. 497; Prot. IV S. 597.) Im § 1066 wird nur der Fall geregelt, in dem ein Miteigentümer an seinem Anteil einen Nießbrauch bestellt. Hier liegt keine Nießbrauchsgemeinschaft vor, sondern der Quotennießbraucher erhält eine Stellung in der Eigentumsgemeinschaft. Ihm ist jedoch nur die Ausübung der Rechte seines Auktors, die sich auf die Verwaltung der Sache und auf die Art ihrer Benutzung beziehen, als eigenes Recht zugewiesen. Der Miteigentümer, dessen Quote mit dem Nießbrauche belastet ist, bleibt im Schuldverhältnisse der Gemeinschaft Gläubiger und Schuldner. Ihm gegenüber kann der Nießbraucher je nach dem Inhalte des zwischen ihnen beiden bestehenden Vertrags verpflichtet sein, an seiner Stelle die sich aus der Eigentumsgemeinschaft ergebenden Verbindlichkeiten zu erfüllen.

Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist weder dem Nießbraucher verliehen, noch auch dem Eigentümer der belasteten Quote belassen, sondern kann, ähnlich wie das Kündigungsrecht bei auf Zinsen ausstehenden, einem Nießbrauch unterworfenen Forderungen (§ 1077 Abs. 2 Satz 1), nur von beiden gemeinschaftlich ausgeübt werden. An diese Schranke ist auch der Konkursverwalter gebunden (Jaeger KO. Nr. 14 zu § 16). Daraus ergibt sich, daß auch nur beide gemeinschaftlich von den anderen Miteigentümern auf Teilung belangt werden können (Fuchs Nr. 3 zu § 1066). Die bei der 2. Lesung ausgesprochene Ansicht, daß der Nießbraucher nicht mitverklagt zu werden brauche (Prot. III S. 387), erscheint nicht richtig. Die Gegenstände (Sachen oder Forderungen), die bei Aufhebung der Gemeinschaft der einzelne Miteigentümer an Stelle seines Anteils erhält, haben Surrogatnatur; daher geht der Nießbrauch auf sie zwar nicht kraft Gesetzes und ohne weiteren Übertragungsakt über (Fuchs Nr. 4 zu § 1066), aber der Nießbraucher hat das Recht auf Bestellung des Nießbrauchs an den Surrogaten (so auch Biermann, Dernburg, Planck). (Mot. III S. 498; Prot. III S. 387.)

2. Der Nießbrauch kann auch an einem reellen Teile eines Grundstücks bestellt werden (vgl. Anm. 4 S. 20).

§ 1067.

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen; nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist.

Die Bestimmung interessiert für das Liegenschaftsrecht nicht.

II. Nießbrauch an Rechten.

Übersicht. Die bisherigen Gesetze (vgl. PALR. I 21 §§ 42, 71, 101—110; code civ. Art. 588, 612) enthalten nur spärliche Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten. Das PALR. behandelt nur den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen und an Kapitalien und der code civ. den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen und an Leibrenten. Trotzdem ist der Nießbrauch auch an anderen Rechten zugelassen worden und dies war dadurch möglich, daß nach preuß. und französ. Rechte die Begriffe Eigentum und Sache auch auf Rechte angewendet werden konnten und damit die Ausdehnung der Bestimmungen über den Sachnießbrauch auf den Nießbrauch an Rechten zulässig erschien. Das BGB. faßt die Begriffe Sache (§ 90) und Eigentum (§ 908 ff.) enger und läßt ihre Ausdehnung auf Rechte

nicht zu. Infolge dessen war es notwendig, die Zulässigkeit des Nießbrauchs an Rechten ausdrücklich auszusprechen und diese Art des Nießbrauchs besonders auszugestalten. Das BGB. behandelt den Nießbrauch an einem Vermögen unter III als eine besondere Art des Nießbrauchs. Unter II handelt es vom Nießbrauch an Rechten. An sich können alle persönlichen und dinglichen Rechte an beweglichen oder unbeweglichen Sachen Gegenstände des Nießbrauchs sein; eine Ausnahmebestimmung trifft jedoch § 1069 Abs. 2 für die nicht übertragbaren Rechte und am Eigentum ist ein Nießbrauch nicht möglich, da der gegen den Eigentümer gerichtete Nießbrauch die Sache trifft. An Rechten, die gar keine Nutzungen gewähren können (z. B. an einem Vorkaufsrecht), ist ein Nießbrauch begrifflich unmöglich. Im einzelnen handelt das BGB. von dem Nießbrauch an einer Leibrente, einem Auszug oder einem ähnlichen Rechte (§ 1073), an unverzinslichen Forderungen (§§ 1074, 1075), an Forderungen, die auf Zinsen ausstehen (§§ 1076—1079), an einer Grund- oder Rentenschuld (§ 1080) und an Inhaber- oder Orderpapieren (§§ 1081—1084). Für das Liegenschaftsrecht kommt insbesondere der Nießbrauch an den eingetragenen Rechten an Grundstücken in Betracht. Von diesen können Grunddienstbarkeiten ohne das herrschende Grundstück nicht Gegenstand des Nießbrauchs sein. Die Bestimmungen über den Nießbrauch an Forderungen interessieren wegen der Hypotheken und nach § 1080 auch wegen der Grund- und Rentenschuld. Eine Kommentierung der §§ 1068—1080 liegt mithin im Rahmen dieses Werkes; eine solche der §§ 1081—1084 wegen §§ 1187, 1195 ebenfalls. Auf den Nießbrauch an den Rechten, die den Grundstücken gleich behandelt werden (vgl. S. 14 f.), finden lediglich die Bestimmungen über den Sachnießbrauch Anwendung.

§ 1068.

Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein.
Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1069 bis 1084 ein anderes ergibt.

1. „Dem BGB. liegt das Prinzip zugrunde, daß der Erwerber des Nießbrauchs unmittelbar Mitberechtigter in Ansehung des dem Nießbrauch unterworfenen Rechtes wird, nicht etwa bloß obligatorische Rechte gegenüber dem Berechtigten erhält, sondern allen dritten Personen gegenüber, soweit der Inhalt seines Rechtes solches erfordert, ebenso wie beim Sachnießbrauch unmittelbar berechtigt ist. Es tritt ein Verhältnis ein, das mit der Rechtsgemeinschaft einige Ähnlichkeit hat. Selbständige Verfügungsbefugnis eines jeden der beiden Teile tritt ein, soweit für Verfügungen Raum ist, die die Interessen des anderen Teiles nicht berühren und nicht gefährden. Bei Berührung der Interessen wird die dem Berechtigten an sich verbleibende Verfügungsbefugnis gesperrt und die Einwilligung des Nießbrauchers erfordert (§ 1071). Ist der Nießbrauch eingetragen, so ergibt sich die Notwendigkeit der Zustimmung des Nießbrauchers zur Aufhebung oder zu Änderungen des Inhalts des belasteten Rechtes überdies aus den §§ 876, 877. Bei Forderungen, die auf Zinsen ausstehen, steht die Verfügung über das Kapital dem Gläubiger und dem Nießbraucher nur gemeinschaftlich zu." (Mot. III S. 539.)

2. § 1068 Abs. 2 unterstellt den Rechtsnießbrauch der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Sachnießbrauch. Von diesen Vorschriften sind jedoch nur wenige zur analogen Verwertung für den Rechtsnießbrauch geeignet. Die Motive (III S. 539) erklären recht rätselhaft, die Analogie treffe nicht zu in Ansehung der Vorschriften, die die Eigenschaft des Nießbrauchs als eines begrenzten Rechtes an einer Sache zur Voraussetzung haben. Von dieser Voraussetzung dürften die sämtlichen auf den Sachnießbrauch bezüglichen Bestimmungen ausgehen. Es muß daher nach einem anderen Kriterium der analogen Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit gesucht werden. Es wird darauf ankommen, inwieweit das Recht seiner Natur nach der analogen Behandlung mit der Sache fähig ist.

Für Bestellung und Beendigung des Nießbrauchs an Rechten sind in den §§ 1069, 1071, 1072 besondere Vorschriften gegeben. Offenbar nicht geeignet zur entsprechenden Anwendung sind z. B. die §§ 1031, 1032, 1033, 1037 Abs. 2, 1038, 1043, 1048, 1055 Abs. 2, 1066, 1067. Forderungsrechte widerstreben der analogen Behandlung mit Sachen am meisten. Daher sind für den Nießbrauch an Forderungen eine Reihe von Sonderbestimmungen (§§ 1074—1079) erforderlich geworden. Anwendbar sind die §§ 1059, 1061. Die Frage, ob § 1058 anwendbar ist, wird mit Gierke (SR. S. 691) gegen Hellwig (Rechtskraft S. 421) zu bejahen sein.

3. Art. 184 EG. z. BGB. findet auch auf einen zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Nießbrauch an Rechten Anwendung; es bleiben also z. B. die Bestimmungen des PALR. I 21 §§ 101—110 und des code civ. Art. 588, 612 in Geltung.

4. Zur Löschung des Nießbrauchs an einer Hypothek, Grund- und Rentenschuld ist die Zustimmung desjenigen erforderlich, dem das belastete Recht zusteht (GBO. § 27 Abs. 2). Diese Vorschrift ist zu seinem Schutze mit Rücksicht darauf erforderlich, daß nach dem BGB. (§§ 1063, 1068, 1072) das belastende Recht, wenn es mit dem belasteten in derselben Person zusammentrifft, als nicht erloschen gilt, soweit der, dem das belastete Recht zusteht, ein rechtliches Interesse an der Fortdauer des Nießbrauchs hat (vgl. Denkschr. z. GBO. S. 44).

§ 1069.

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften.

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden.

1. „Der Vorschrift des Abs. 1 liegt der Gedanke zugrunde, daß der Nießbrauch an einem Rechte eine teilweise und eigentümliche, den Besteller für gewöhnlich nicht ganz verdrängende Sukzession in das belastete Recht bildet. Die Angleichung der Bestellung des Nießbrauchs an die Übertragung des belasteten Rechtes führt zur Anwendung der Vorschriften nicht nur über die rechtsgeschäftliche Form, sondern auch aller sonstigen vom totalen auf den partiellen Rechtsübergang zu erstreckenden Vorschriften." (Mot. III S. 540.) Die Vorschrift des § 1069 Abs. 1 kommt bezüglich des Bergwerkseigentums, Erbbaurechts und anderer selbständigen Gerechtigkeiten, die den Grundstücken gleich behandelt werden (§ 1017 BGB., Art. 63, 68 EG. z. BGB.; PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. I und XIII, Art. 38 § 5, Art. 40; PAG. z. GBO. Art. 22) und für die besondere Grundbuchblätter angelegt werden können (GBO. §§ 6, 84), nicht zur Anwendung, weil für diese Gerechtigkeiten die für Grundstücke bestehenden Vorschriften gelten, demnach ihre Belastung in derselben Art erfolgt, wie die Belastung von Grundstücken, d. h. es ist § 873 BGB. und nicht etwa § 925 maßgebend, während für die Übertragung solcher Gerechtigkeiten allerdings § 925 entsprechend anzuwenden ist, also die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt oder den nach Art. 143 Abs. 1 EG. z. BGB. landesgesetzlich bestimmten anderen Behörden oder Beamten erklärt werden muß. Es ist demnach zur Bestellung des Nießbrauchs an solchen Gerechtigkeiten nicht erforderlich, daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, noch daß sie vor gewissen Behörden oder Beamten erklärt wird (wie hier Fuchs Nr. 2a, Biermann Nr. 1; a. M. Planck Nr. 1 zu § 1069). Außer der Einigung ist noch Eintragung erforderlich (§ 873). Die Bestellung des Nießbrauchs an allen übrigen in Betracht kommenden Rechten an Grundstücken erfolgt nach den für die Übertragung dieser Rechte geltenden Vorschriften. Für die Bestellung des Nießbrauchs an Reallasten ist § 873 maßgebend und ebenso für die Bestellung des Nießbrauchs an einer Buchhypothek (§ 1154 Abs. 3), d. h. es ist Einigung und Eintragung erforderlich. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer Briefhypothek ist schriftliche Einigung und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich; die schriftliche Form der

Einigung kann jedoch dadurch ersetzt werden, daß der Nießbrauch in das Grundbuch eingetragen wird (§ 1154 Abs. 1, 2). Auf die Bestellung des Nießbrauchs an einer Grund- oder Rentenschuld finden die Vorschriften des § 1156 entsprechende Anwendung (§ 1192). Ein Nießbrauch an Sicherungshypotheken wird nur selten vorkommen; für seine Bestellung würden die §§ 1185 (in Verb. mit 1154), 1187, 1190 entsprechend anzuwenden sein.

2. Nach Abs. 2 kann ein Nießbrauch *nur an übertragbaren Rechten* (durch Rechtsgeschäft) bestellt werden. Die nicht übertragbaren Rechte an Grundstücken sind zusammengestellt in Nr. III b S. 538 f. Zu ihnen gehört der Nießbrauch selbst (§ 1059 (Satz 1). Dernburg (SR. § 192 Nr. 2) hält dennoch die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Nießbrauche für zulässig. Dem klaren Wortlaute des § 1059 gegenüber, nach dem nur die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen übertragen werden kann, wird man dieser Ansicht nicht beitreten dürfen (wie hier Gierke SR. 689). Die Berufung auf § 1073 verschlägt nichts. Sollte § 1073 wirklich mit dem Prinzipe der §§ 1059, 1069 Abs. 2 im Widerspruche stehen, so würde er als Sondervorschrift nicht zur Aufhebung der Regel verwendet werden dürfen. Daß das nach dem Systeme des BGB. vom Nießbrauche gänzlich verschiedene Nutznießungsrecht des Ehemannes oder der Eltern den Nießbrauch der Ehefrau oder des Kindes ergreift, wird zuzugeben sein, doch wird auch hier die Meinung den Vorzug verdienen, daß dem Ehemann oder den Eltern nur die Ausübung des Nießbrauchs zusteht. Jedenfalls handelt es sich dabei nicht um einen durch Rechtsgeschäft bestellten Nießbrauch und daher nicht um eine Ausnahme von der Regel des § 1059 Satz 1 (vgl. auch Anm. 4 zu § 1274). Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs hat nur obligatorische Wirkungen (Prot. III S. 414). Die durch Vormerkung gesicherten Rechte sind übertragbar (Biermann WB. S. 143 Nr. IV). Die Bestellung des Nießbrauchs erfolgt durch Vertrag; Eintragung ist zulässig.

Persönliche Forderungen sind z. B. nicht übertragbar in den Fällen der §§ 399, 400, 717, 719.

Gesetzliche oder behördliche Veräußerungsverbote im Sinne der §§ 135, 136 stehen der Bestellung des Nießbrauchs an sich nicht entgegen; aber der Nießbrauch ist gegenüber den Personen, deren Schutz durch jene Verbote bezweckt wird, unwirksam (Planck Nr. 2 zu § 1069). Ein nach § 137 unzulässiges rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot steht der Bestellung des Nießbrauchs überhaupt nicht entgegen (Biermann Nr. 2 zu § 1069).

3. Zur Eintragung der Belastung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld genügt es, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligung die Urkunde, durch die der Nießbrauch bestellt ist, vorgelegt wird (GBO. § 26 Abs. 2). — Über einen Fall, in dem ein Nießbrauch an einem Rechte an einem Grundstück ohne Eintragung entstehen kann, vgl. Anm. 1 zu § 1075; einen weiteren Fall bietet die in Anm. 1 besprochene Bestellung eines Nießbrauchs an einer Briefhypothek.

§ 1070.

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten.

Wird die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1052 einem Verwalter übertragen, so ist die Übertragung dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung.

1. „Wenn die Vorschriften über den Rechtsübergang für anwendbar erklärt werden,

so läßt sich, da die Zukzession eine Rechtsänderung dinglichen Charakters ist, nicht ohne Grund aufstellen, daß auch alle Vorschriften anwendbar werden, die das Verhältnis des Erwerbers zu dritten Personen regeln. Es ist indessen von großer praktischer Wichtigkeit, dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß die Vorschrift nur auf das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber des Nießbrauchs sich beziehe. Vorschriften, die das Verhältnis des Erwerbers zu dritten Leistungsverpflichteten regeln, gibt es nicht nur bei Forderungsrechten, sondern auch bei anderen Rechten, insbesondere bei der Grundschuld. Auch kommen nicht bloß die Vorschriften in Betracht, die sich in dem Abschnitte des BGB. über die Zession befinden (§§ 406—409), sondern auch an anderen Stellen der Gesetzgebung sich findende Vorschriften, z. B. die Vorschriften über die Übertragung der Rechte aus indossablen oder Inhaberpapieren. Der § 1070 Abs. 1 zitiert deshalb nicht, sondern spricht den Satz aus, daß bei der partiellen Übertragung, die in der Nießbrauchsbegründung liegt, dritte Leistungsverpflichtete dieselbe Stellung haben, wie bei der totalen Übertragung." (Mot. III S. 541.)

Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, sind die Hypothekenforderung, die Grund- und Rentenschuld und die Reallasten, dagegen nicht das Vorkaufsrecht (a. M. Fuchs Nr. 2 a zu § 1070) und der Herausgabeanspruch des § 985 (a. M. Biermann Nr. 1 zu § 1070).

Die Anwendung der Vorschriften über die Übertragung kann nur eine entsprechende sein, d. h. sie ist nur so weit möglich und statthaft, als Übertragung und Nießbrauch überhaupt Vergleichungspunkte bieten, als sie einander nicht widerstreben. Beiden gemeinsam ist die dingliche Natur und deren Wirkung: die Legitimation zur Ausübung und Verfolgung des belasteten Rechtes; aber der Umfang der Ausübungs- und Verfolgungsbefugnis ist bei beiden naturgemäß verschieden, weil bei der Übertragung das Recht aus dem Vermögen des Übertragenden völlig ausscheidet, während das zum Nießbrauche bestellte Recht im Vermögen des Bestellers verbleibt. Infolge davon hat der Nießbraucher nicht, wie der Zessionar, die volle Verfügung über das Recht, sondern er kann Forderungen nur kündigen und einziehen (§ 1074), und auch diese Befugnis kann er bei verzinslichen Forderungen nur in Gemeinschaft mit dem Besteller ausüben (§§ 1077, 1078). Volle Verfügungsbefugnis hat der Nießbraucher nur bezüglich der einzelnen Leistungen, die auf Grund des belasteten Rechtes gefordert werden können (§ 1073), und bezüglich der Zinsen einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, weil er nur auf die Nutzungen Anspruch hat (§ 1030). Über das belastete Recht selbst steht die Verfügung dem Besteller zu, aber nur so weit, als dadurch die Rechte des Nießbrauchers nicht beeinträchtigt werden. Demnach kann der Besteller das Recht z. B. auf einen anderen übertragen, dagegen nicht auf das Recht verzichten (§ 1071), die Forderung nicht einziehen. Daraus ergibt sich, daß der Schuldner oder der dinglich Verpflichtete nur die Früchte des Rechtes mit einer dem Gläubiger gegenüber befreienden Wirkung an den Nießbraucher allein leisten darf. Wird an einer Hypothekenforderung ein Nießbrauch bestellt, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher die §§ 406—408 in Ansehung der Hypothek keine Anwendung (§ 1156).

2. Wird die Ausübung des Nießbrauchs an einem Rechte nach § 1052 einem Verwalter übertragen, so sind an sich Leistungen an den Nießbraucher von dem Augenblicke jener Übertragung an dem Besteller des Nießbrauchs gegenüber unwirksam; den allgemeinen Grundsätzen über den guten Glauben (vgl. § 407) entsprechend wird aber im § 1070 Abs. 2 bestimmt, daß Leistungen, die an den Nießbraucher bewirkt werden, bevor der Verpflichtete von der getroffenen Anordnung (der Verwaltung) Kenntnis erlangt oder bevor ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt ist, wirksam sind. Verschuldete Nichtkenntnis schadet dem Verpflichteten nicht. Das gleiche gilt von Leistungen, die nach Aufhebung der Verwaltung an den Verwalter bewirkt sind, d. h. der Verpflichtete wird durch sie dem Nießbraucher gegenüber befreit, wenn er zur Zeit der Leistung keine Kenntnis von der

Aufhebung der Verwaltung hatte. In diesem Falle hat der Nießbraucher gegen den Verwalter Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten (§ 816 Abs. 2). Eintragungsfähig ist die Anordnung der Verwaltung nicht. — Im übrigen vgl. die Anm. zu § 1052.

§ 1071.

Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt.

1. „Es ist selbstverständlich, daß das Recht des Nießbrauchers durch Verfügungen über das belastete Recht nicht beeinträchtigt werden kann. Man könnte aber annehmen, daß in dem Falle, wenn das belastete Recht durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung gemindert, insbesondere durch einen Verzicht aufgehoben wird, die aufhebende Wirkung zwar gegenüber dem Berechtigten eintrete, aber zugunsten des Nießbrauchers ein relativer Fortbestand des Rechtes stattfinde. Gegen eine solche relative Fortdauer eines Rechtes zugunsten eines am Rechte Berechtigten hat sich das BGB. bei den belasteten Rechten an einem Grundstück entschieden, indem es die Zustimmung des an dem Rechte Berechtigten zur Voraussetzung der Aufhebung oder Änderung macht (§§ 876, 877). Diese Vorschriften sind hier auf den Nießbrauch übertragen." (Mot. III S. 541.) Die Übertragung war im Grunde genommen nur nötig für den Nießbrauch an Rechten, die nicht an einem Grundstücke bestehen. Für den Nießbrauch an Rechten an einem Grundstücke genügen die allgemeinen Regeln der §§ 876, 877. Es ist jedoch einheitliche Regelung für alle Arten des Nießbrauchs an Rechten vorgezogen und dadurch die Bestimmung des § 1071 Abs. 1 Satz 3 erforderlich geworden, nach der die Zustimmung des Nießbrauchers eines Rechtes an einem Grundstück auch dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden kann. Die Zustimmung ist unwiderruflich.

2. Im Falle der Änderung des belasteten Rechtes ist die Zustimmung des Nießbrauchers nur erforderlich, sofern die Änderung den Nießbrauch beeinträchtigt. In dieser Beschränkung weicht § 1071 Abs. 2 vom § 877 ab. Dies muß hervorgehoben werden, da § 1071 Abs. 2 auch auf Änderungen des Nießbrauchs an einem Rechte an einem Grundstück Anwendung findet.

3. Hat der Besteller des Nießbrauchs auf das belastete Recht verzichtet oder es zu Ungunsten des Nießbrauchers geändert, so konvaleszieren diese Verfügungen nach dem Grundsatze des § 185, sobald der Nießbrauch aufhört.

4. Soll die Aufhebung oder Änderung eines mit einem Nießbrauche belasteten Rechtes an einem Grundstück eingetragen werden, so soll nach dem Grundsatze des § 29 GBO. die Zustimmung des Nießbrauchers, wenn sie nicht dem Grundbuchamte gegenüber zu Protokoll erklärt ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Der Zustimmung bedarf es nicht zu Änderungen, die den Nießbrauch nicht beeinträchtigen, also z. B. nicht zu Zinserhöhungen, zur Abtretung des Kapitals ꝛc.

5. Für die Ansprüche auf Leistungen ist § 1071 nur maßgebend, wenn der Verpflichtete die Nießbrauchsbestellung gekannt hat (§ 407 Abs. 1; Biermann Nr. 1, Planck Nr. 3 zu § 1071; a. M. Fuchs u. Kober).

§ 1072.

Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§ 1063, 1064 auch dann ein, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

1. „Wird über die Aufhebung des Nießbrauchs an einem Rechte durch Rechtsgeschäft nichts bestimmt, so ist sie nach § 1068 Abs. 2 nach Analogie der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen zu beurteilen. Ist das dem Nießbrauch unterliegende Recht ein Recht an einem Grundstück oder wenigstens nicht ein Recht an einer beweglichen Sache, so könnte in Zweifel gezogen werden, ob die Vorschriften der §§ 889, 875 oder die Vorschriften der §§ 1063, 1064 zur Anwendung gelangen. Dieser Zweifel wird durch die Vorschrift des § 1072 beseitigt, wonach die Bestimmungen der §§ 1063, 1064 in allen Fällen des Rechtsnießbrauchs zur Anwendung gelangen. Das Erfordernis der Löschung würde bei der Aufhebung des Nießbrauchs an einem eingetragenen Rechte eine unnötige Erschwerung sein; auch in Ansehung des Pfandrechts an einem eingetragenen Rechte ist im BGB. die Löschung nicht vorgeschrieben (vgl. §§ 1273, 1255). Die mit der Aufhebung des Nießbrauchs ohne Löschung eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs wird für dritte Personen durch die Vorschriften des §§ 892, 893 unschädlich gemacht." (Mot. III S. 451; Prot. III S. 416.)

2. Nach §§ 1072, 1063 erlischt der Nießbrauch an Rechten aller Art, wenn er mit dem belasteten Rechte in derselben Person zusammentrifft; er gilt jedoch als nicht erloschen, soweit der Besteller ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs, z. B. ein dem Nießbrauche vorgehendes Pfandrecht an demselben Rechte hat. Der Nießbrauch darf daher, wenn es sich um ein eingetragenes Recht handelt, nur mit Zustimmung des Bestellers gelöscht werden (GBO. § 27 Abs. 2). Beantragt dieser selbst die Löschung, so ist der Nießbrauch definitiv erloschen. — Das BGB. entscheidet nur den einen der drei denkbaren Konfusionsfälle, nämlich das Zusammenfallen von Nießbraucher und Gläubiger. Fallen Nießbraucher und Schuldner in einer Person zusammen, so bleibt der Nießbrauch mit der Wirkung bestehen, daß der Schuldner vor Beendigung des Nießbrauchs an den Gläubiger nichts zu leisten braucht. Beim Zusammentreffen endlich der Gläubiger- und Schuldnerschaft in einer Person bleibt der Nießbrauch unberührt. Dies war im § 1032 des Entw. I ausdrücklich bestimmt, und diese Bestimmung ist nur deshalb in das BGB. nicht übernommen, weil sie entbehrlich sei (Prot. III S. 422).

3. Nach §§ 1072, 1064 genügt zur Aufhebung des Nießbrauchs an Rechten aller Art die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem aus dem belasteten Rechte Berechtigten oder gegenüber dem von diesem etwa verschiedenen Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe.

4. Wird der Nießbrauch an einem Rechte an einem Grundstück aufgehoben, so kann der Besteller oder der Berechtigte vom Nießbraucher Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 ff. verlangen. Der Zustimmung des Bestellers bedarf es nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist (GBO. § 27 letzter Satz). Da der Nießbrauch nicht übertragbar ist (§ 1059), kann die Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 wohl nicht in Frage kommen (a. M. Fuchs u. Koder Nr. 2 zu § 1072).

§ 1073.

Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können.

I. „Dem Umstande, daß das nutzbare Recht in seiner Dauer begrenzt ist, ist in den §§ 99, 100 kein Einfluß auf die Frage beigelegt, ob die durch das Recht gebotenen Vorteile als Nutzungen des Rechtes anzusehen sind. Bei dem Sachnießbrauche kommt eine zeitliche Begrenzung in doppelter Weise vor, nämlich als Begrenzung des Eigentums des Bestellers durch Bedingung oder Zeitbestimmung, und als Folge des Umstandes, daß die Ziehung der Nutzungen die Sache allmählich aufzehrt. In analoger Weise kann auch ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht begrenzt sein. Daß der Fruchtbegriff durch eine derartige Begrenztheit des nutzbaren Rechtes nicht berührt wird", ist ohne weiteres klar. „Der

Hauptfall einer solchen zeitlichen Begrenzung des dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes, die die Folge einer Erschöpfung der Nutzbarkeit der mit dem Rechte belasteten Sache ist, liegt bei dem Bergwerkseigentum, den Kuxen und bei den im sächs. Rechte vorkommenden selbständigen Abbaugerechtigkeiten vor. Die Aufnahme einer Bestimmung an dieser Stelle, daß die Ausbeute dem Nießbraucher zufällt, wird durch die allgemeine Bestimmung des § 99 Abs. 2 entbehrlich gemacht. Auf die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers an einer bergrechtlichen Gerechtsame werden die Vorschriften des partikularen Bergrechts, für deren Aufrechterhaltung im Art. 67 des EG. z. BGB. Sorge getragen ist, von Einfluß bleiben." (Mot. III S. 542.)

2. „Bei denjenigen obligatorischen Rechten, die dem Gläubiger auf seine Lebensdauer gewisse wiederkehrende Leistungen sichern sollen (Leibrentenrecht, Leibgeding, Altenteil, Auszug), kann, wenn ein solches Recht einem Nießbrauch unterliegt, der Zweifel entstehen, ob man ein einheitliches zeitlich begrenztes Recht als Gegenstand des Nießbrauchs anzusehen habe. Wird diese Frage bejaht, so ist kein Zweifel, daß die einzelnen wiederkehrenden Leistungen als Nutzungen des Rechtes dem Nießbraucher gebühren. Aber mag man nun das Renten- ꝛc. Recht als einheitliches Recht oder als Mehrheit von bedingten Forderungsrechten ansehen, so entspricht es bei dem durch Rechtsgeschäft begründeten Nießbrauche dem zu vermutenden Willen der Beteiligten und der wirtschaftlichen Auffassung, daß die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen als Nutzungen und nicht als mit einem Nießbrauche belastete Forderungsrechte zu behandeln sind." Demgemäß ist im § 1073 bestimmt, daß dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes die einzelnen Leistungen gebühren, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können. Zu den „ähnlichen" Rechten werden zu rechnen sein Rechte dinglichen Charakters, z. B. das Recht auf Realleistungen, da hier das Besondere nur darin besteht, daß für die einzelnen zukünftigen Leistungen nicht persönlich, sondern nur mit dem Grundstücke gehaftet wird. Schließt der Zinsenbetrag eine Amortisationsquote ein, so ist die Kapitalforderung in ein zeitlich begrenztes Rentenrecht umgesetzt; doch wird man nicht mit gleicher Sicherheit, wie bei den Leibrentenleistungen, die Eigenschaft der Ansprüche auf die einzelnen periodischen Leistungen als Nutzungen bezeichnen können, sondern es werden die Besonderheiten des einzelnen Falles zu berücksichtigen bleiben. (Mot. III S. 543.) Wegen der Amortisationsquoten vgl. Anm. 3 zu § 1076.

3. Der klare Wortlaut des § 1073 und die in Anm. 2 mitgeteilten Motive lassen die Auslegung nicht zu, daß hier der Nießbrauch an übertragbaren Nutzungen unübertragbarer Rechte für statthaft erklärt sei (a. M. Dernburg SR. § 192 Nr. 2). Die Leibrente ist übertragbar (§§ 759—761). Ob der Auszug, das Leibgedinge, die Leibzucht, der Altenteil übertragbar sind, richtet sich nach den Landesgesetzen (EG. z. BGB. Art. 96; vgl. PAG. z. BGB. Art. 15). Soweit in diesen die Unübertragbarkeit ausgesprochen ist, ist die Bestellung eines Nießbrauchs unzulässig (BGB. §§ 1059, 1069). Bezüglich der Reallasten versagt § 1111 Abs. 2 die Belastung des Rechtes, wenn der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist. Es muß also sowohl das Recht, als auch die einzelne daraus entfließende Leistung übertragbar sein. Es kommt dabei auch die allgemeine Bestimmung des § 399 in Betracht, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts geschehen kann. So wird z. B. das einem Verwandten eingeräumte Recht auf Mitbeköstigung am Tische des Verpflichteten nicht für übertragbar erachtet werden können. Der Sinn des § 1073 ist lediglich der, daß, wenn Rechte der bezeichneten Art in den zulässigen Fällen mit einem Nießbrauche belastet sind, dem Nießbraucher die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können, gebühren, gleichviel ob man sich für die juristische Konstruktion entscheidet, daß ein Hauptrecht vorhanden sei, dem die einzelnen Leistungen entfließen, oder für die, daß das Recht sich aus der Summe der einzelnen Leistungen zusammensetze.

§ 1074.

Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt. Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt.

1. In den §§ 1074, 1075 wird eine Forderung vorausgesetzt, die keine Nutzungen bringt, sondern nur ein Mittel ist, um einen nutzbaren Vermögensgegenstand zu erhalten. Das Recht des Nießbrauchers an einer solchen Forderung dient nur dazu, dem Nießbraucher durch Realisierung der Forderung den Nießbrauch am Gegenstande der Forderung zu verschaffen. Aus dem dinglichen Charakter des Nießbrauchs an einem Rechte folgt, daß der Nießbraucher sein Recht allen anderen Personen, also auch dem Schuldner gegenüber, muß geltend machen können. Hierbei erhebt sich die Schwierigkeit, daß das Recht des Nießbrauchers und das Recht des Gläubigers bei Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner nicht leicht voneinander getrennt werden können. Es war nicht angängig, den Nießbraucher an die Zustimmung des Gläubigers zur Einziehung der Forderung zu binden, weil er dann in eine Abhängigkeit vom Gläubiger geraten und sein Recht wesentlich geschwächt werden würde. Der § 1074 gewährt ihm ein selbständiges und ausschließliches Einziehungsrecht, also auch die Befugnis, den Schuldner durch Mahnung in Verzug zu setzen, Nebenrechte (Pfandrechte, Bürgschaften) geltend zu machen (Biermann Nr. 1 d zu § 1074) und die Löschung rechtswirksam zu bewilligen, versagt ihm aber die Befugnis zu anderen Verfügungen über das Recht, z. B. zu Zessionen, Aufrechnung, Erlaß. Dagegen kann der Schuldner mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Forderung aufrechnen (Dernburg SR. § 193 Nr. II A 1, Biermann Nr. 1 e zu § 1074; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1074). Ist die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängig, so ist der Nießbraucher auch zur Kündigung berechtigt, und zwar bei eingetragenen Rechten, bei denen auch der Nießbrauch nur durch Eintragung entsteht, mit Ausschluß des Gläubigers. Die Kündigung des Schuldners muß an den Nießbraucher gerichtet werden. Ebenso ist er legitimiert, die Kündigung entgegenzunehmen (vgl. Mot. III S. 544). Ob dem Nießbraucher auch die Ausübung eines dem Gläubiger eingeräumten Wahlrechts zusteht, ist in jedem Einzelfall unter Erforschung des Willens der Beteiligten zu entscheiden. Der Regel nach steht ihm diese Befugnis zu.

2. Der Nießbraucher hat aber nach § 1074 Satz 2 auch die Pflicht, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Seine Pflicht bezieht sich sowohl auf die Prüfung, ob Schritte gegen den Schuldner erforderlich sind, als auf die Art und Weise des Vorgehens gegen den Schuldner. Verfällt der Schuldner in Konkurs, so hat der Nießbraucher die Forderung anzumelden. Ist die Forderung fällig, so darf er mit der Einziehung nicht säumen. Verfehlungen gegen diese Pflicht begründen Schadenersatzverbindlichkeit. Übrigens kann auch der Gläubiger auf Leistung an den Nießbraucher klagen (Prot. III S. 422). An den Gläubiger darf der Schuldner nicht leisten. Der Gläubiger kann nur Leistung an den Nießbraucher verlangen.

§ 1075.

Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande.

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum; die Vorschriften des § 1067 finden entsprechende Anwendung.

1. Vgl. Anm. 4 S. 275. Dort ist ausgeführt, daß, wenn die Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist, der Nießbrauch am Grundstücke mit der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs ohne Eintragung des Nießbrauchs entsteht, ebenso wie im Falle des § 1287 Abs. 2 eine Sicherungshypothek

Digitized by Google

ohne Eintragung entsteht. (A. M. sind nur Dernburg SR. § 193 Nr. II A 2b und Endemann SR. § 105 Anm. 11 und § 144 Anm. 23. Ihnen steht aber der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen.) Für den analogen Fall des § 1287 wurde bei den Beratungen der 2. Komm. ausdrücklich hervorgehoben, daß der Erwerb der Sicherungshypothek sich ohne Eintragung kraft Gesetzes vollziehe (Prot. III S. 532), und diese Annahme findet ihre Bestätigung in der Fassung des § 848 Abs. 2 der ZPO., der im Anschluß an die §§ 1282, 1287 BGB. bestimmt:

Ist der Anspruch auf Übertragung des Eigentums gerichtet, so hat die Auflassung an den Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Mit dem Übergange des Eigentums auf den Schuldner erlangt der Gläubiger eine Sicherungshypothek für seine Forderung. Der Sequester hat die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewilligen.

In der Begründung zu § 848 ZPO. (§ 747 der Vorlage) wird überdies betont, daß sowohl im Falle des § 1287 BGB., als auch im Falle des § 848 Abs. 2 ZPO. der Gläubiger mit dem Übergange des Eigentums kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek erwerbe (Begr. S. 241). Dernburg erkennt dies (SR. § 280 Nr. 4) übrigens für den Fall des § 1287 an. Er dürfte dabei übersehen haben, daß die §§ 1075, 1287 in den hier wesentlichen Worten: „Mit der Leistung erwirbt" völlig gleichlautend sind. Endemann beruft sich auf den nicht passenden § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO., statt auf den die Frage behandelnden § 848 Abs. 2 ZPO. Richtig ist zwar die Bemerkung Endemanns, daß hier das Prinzip des § 892 BGB. in keinem Falle außer Anwendung gesetzt werden könne, dagegen kann nicht zugegeben werden, daß damit die hier vertretene Ansicht der praktischen Bedeutung beraubt werde. Entstehen der Nießbrauch und die Sicherungshypothek in den hier besprochenen Fällen kraft Gesetzes, so wird mit dem Augenblicke der Entstehung das Grundbuch unrichtig und diese Unrichtigkeit müssen die wider sich gelten lassen, denen sie bekannt ist (§ 892 Satz 1). Nach der anderen Ansicht dagegen würde nur ein persönlicher Anspruch auf Eintragung eines Nießbrauchs oder einer Hypothek bestehen. Die Kenntnis bloß persönlicher Ansprüche hindert aber niemals den Erwerb von Rechten an Grundstücken oder von Rechten an solchen Rechten. Zum Schutze gegen den Erwerb gutgläubiger Dritter ist die Eintragung erforderlich (S. 275).

2. „Im § 1075 wird der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Schuldner der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung mittels Rechtsgeschäfts zu leisten hat, und zwar mittels Rechtsgeschäfts, durch das dem Gläubiger ein Recht verschafft werden soll" (Mot. III S. 545). Unrichtig ist es (Dernburg SR. § 193 Nr. II A 2), daß nach den Motiven § 1075 voraussetze, daß die dem Nießbrauch unterliegende Forderung mittels Rechtsgeschäfts begründet sei. „Weiter ist Voraussetzung, daß das dem Gläubiger zu verschaffende Recht ein solches ist, an dem der Nießbrauch bestellt werden kann (§ 1069 Abs. 2), da sonst die Möglichkeit eines Forderungsnießbrauchs entfällt. Als Normalfall ist der Fall der Eigentumsübertragung gedacht. Dem selbständigen Einziehungsrechte des Nießbrauchers (§ 1074) entspricht eine Gestaltung des ihm gegenüber vom Schuldner vorzunehmenden Erfüllungsgeschäfts dahin, das dem Gläubiger das zu verschaffende Recht, dem Nießbraucher der Nießbrauch an diesem Rechte erworben wird. Soweit der rechtsgeschäftliche Wille an eine Form nicht gebunden ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten und ebensowenig in den Fällen, wo eine Übergabe der Sache erforderlich ist. Das dem Nießbraucher gegenüber vorgenommene Erfüllungsgeschäft befreit den Schuldner auch gegenüber dem Gläubiger. Im Traditionsfall erwirbt der Nießbraucher für sich unmittelbaren Besitz und Nießbrauch, für den Gläubiger mittelbaren Besitz und Eigentum an der tradierten Sache." (Mot. III S. 545.) Darüber, wie sich die Sache gestaltet, wenn die Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke geht, vgl. Anm. 1. Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn die Forderung auf Bestellung eines Rechtes an einem Grundstücke geht.

3. Erweist sich die Einziehung der Forderung infolge Verschuldens des Schuldners als unmöglich, so ist der Nießbraucher auch ohne besondere Überweisung der Rechte des

Gläubigers zur Geltendmachung der an Stelle der uneinziehbaren Forderung tretenden Schadenersatzforderung befugt, weil diese materiell identisch ist mit jener und infolge des Surrogationsprinzips, wie jene, dem Nießbrauch unterliegt (vgl. Mot. III S. 547). Zur Geltendmachung eigener Schadenersatzansprüche gegen den Schuldner ist der Nießbraucher dagegen nicht befugt.

4. Wird die Forderung, die auf Leistung einer Sache geht, durch Einziehung realisiert, so verwandelt sich der Forderungsnießbrauch in einen Sachnießbrauch.

5. Ist der Nießbraucher selbst Schuldner, so ist der Gläubiger berechtigt, von ihm die Vornahme eines solchen Erfüllungsgeschäfts zu fordern, das dem Gläubiger das ihm gebührende Recht deducto usufructu verschafft (Mot. III S. 549). Der Schuldner hat also an sich selbst zu leisten, was nach § 181 zulässig ist (Biermann Nr. 3, Planck Nr. 6 zu § 1075).

6. § 1075 Abs. 2 interessiert für das Liegenschaftsrecht nicht.

§ 1076.

Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs, so gelten die Vorschriften der § 1077 bis 1079.

1. In den §§ 1076—1079 werden die regelmäßigen Rechte des Forderungsnießbrauchers (§ 1074) beschränkt, wenn eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs ist. Der Begriff der Zinsen ist nach § 246 nicht auf Geldzinsen beschränkt (vgl. Mot. II S. 15). Möglich ist nach dem im § 246 gewählten Ausdrucke, daß die Forderung nicht lediglich auf Geld geht, sondern auch in anderen vertretbaren Sachen z. B. in Wertpapieren, rückzahlbar ist. Alle Forderungen, die ein dauerndes, fruchttragendes Vermögensstück bilden und nicht etwa bloß ein Mittel zur Erlangung einer nutzbar zu machenden Leistung abgeben sollen, werden durch § 1076 betroffen. Daher ist der engere Ausdruck Kapital (wie im PALR. I 21 § 101) oder Kapitalforderung vermieden, wenngleich die Geldforderung den häufigsten Anwendungsfall der §§ 1076—1079 BGB. bilden wird. Ein Ausstehen auf Zinsen ist nur dann anzunehmen, wenn die Zinsverbindlichkeit auf Rechtsgeschäft beruht (Prot. III S. 424 f.); dagegen wird eine an sich unverzinsliche Forderung nicht dadurch zu einer verzinslichen im Sinne des § 1076, daß sie während des Verzugs des Schuldners nach § 288 Abs. 1 zu verzinsen ist, oder daß die Verzinsung, wie z. B. im Falle des § 452, auf Gesetz beruht (Planck Nr. 1 zu § 1076), wenn freilich auch diese Zinsen dem Nießbraucher der Forderung gebühren. Ob die Forderung kündbar oder unkündbar, ist für die Anwendung der §§ 1076—1079 gleichgültig (vgl. Mot. III S. 550).

2. Die §§ 1076—1079 enthalten nur dispositives Recht. Es kann daher von den Beteiligten vereinbart werden, daß der Nießbraucher an der Forderung weitere, insbesondere usufruktuarische Rechte erhält, oder daß er an der Hauptforderung gar keine Rechte erhalten und nur zum Zinsgenusse berechtigt sein soll. Derartige Vereinbarungen sind jedoch Ausnahmen und müssen von dem, der sich darauf beruft, bewiesen werden (vgl. Mot. III S. 551).

3. Daß die Zinsen dem Nießbraucher nur pro rata temporis zufallen, ergibt sich aus den §§ 99 Abs. 3 und 101 Nr. 2. Daher ist er zur Einziehung auch nur insoweit legitimiert. Amortisationsquoten, die mit und neben den Zinsen zu zahlen sind, werden der Regel nach nicht dem Nießbraucher gebühren, doch kommt es auf die Lage des Einzelfalls an (Anm. 2 S. 616). Ist ein Kapital mit einem Agio oder einer Prämie rückzahlbar, so kommen diese, wenn sie auch das Entgelt für eine niedrigere Normierung des Zinssatzes sind, dem Nießbraucher nicht zu (vgl. Prot. III S. 426).

§ 1077.

Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie

Digitized by Google

gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern.

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird.

§ 1078.

Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken. Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Teil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist.

§ 1079.

Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher.

1. „Die Modifikationen der allgemeinen Vorschriften über den Forderungsnießbrauch gehen dahin, daß dem Nießbraucher das Einziehungsrecht in Gemeinschaft mit dem Gläubiger beigelegt wird und daß die Umwandlung des dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstandes in verbrauchbare Sachen, nämlich in das gezahlte Geld, nicht zur Anwendung der Vorschriften über den quasi-usus fructus (§§ 1067, 1075 Abs. 2) führen, sondern eine Rückwandlung in eine verzinsliche Forderung stattfinden soll (§ 1079). Das BGB. vergemeinschaftlicht nach Analogie der Vorschriften des § 432 die aktive und die passive Seite des Einziehungsrechts, und zwar mit dinglicher Wirkung, so daß die Vergemeinsamung gegenüber allen dritten Personen, also insbesondere gegenüber dem Schuldner wirkt." (Mot. III S. 551.)

a. Aktive Seite des Einziehungsrechts. Der Gläubiger und der Nießbraucher können nur gemeinschaftlich kündigen (§ 1077 Abs. 2 Satz 1). Keiner von ihnen kann für sich allein zur Zahlung oder Hinterlegung an beide kündigen (Biermann Nr. 2 zu § 1077). Die Kündigung ist als eine gemeinschaftliche auch dann anzusehen, wenn beide nacheinander kündigen, denn die Gemeinschaftlichkeit setzt nicht unter allen Umständen Gleichzeitigkeit voraus (Planck Nr. 2; a. M. Biermann Nr. 2 zu § 1077). Kündigt der eine zugleich im Namen des anderen, so finden die §§ 174, 180 Anwendung. Für den Fall der Weigerung des einen Teiles hat der andere das Recht, die Mitwirkung jenes zur Kündigung zu verlangen (§ 1078 Satz 2), d. h. er kann auf diese Mitwirkung klagen und diese wird dann durch das rechtskräftige Urteil ersetzt (ZPO. § 894). Die Mitwirkung kann aber nur in dem Falle erzwungen werden, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist (BGB. § 1078 Satz 2). Andere Umstände, z. B. persönliche Nachlässigkeit des Schuldners oder Niedrigkeit des Zinsfußes, rechtfertigen die Zulassung eines solchen Zwanges nicht. Ist die Forderung sicher, so erhält schließlich jeder das ihm Gebührende. Kündigt nur der Gläubiger oder nur der Nießbraucher, so kann der Schuldner die Kündigung zurückweisen, falls ihm nicht die schriftliche Einwilligung des Nießbrauchers oder des Gläubigers oder das diese Einwilligung ersetzende rechtskräftige Urteil vorgelegt wird (§§ 182 Abs. 3, 111 Satz 2, 3). Auch zur Mahnung sind Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich befugt, aber erzwungen kann die Mitwirkung zur Mahnung nicht werden, da es hierzu

einer positiven Vorschrift bedürfen würde (Mot. III S. 552, 554; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1077).

Die Einziehung der fälligen Forderung setzt sich, wenn der Schuldner nicht gutwillig zahlt, aus mehreren Akten zusammen, nämlich aus der Klage und dem durch diese erzwungenen Erfüllungsgeschäfte. Zur Klage ist sowohl der Gläubiger als auch der Nießbraucher allein legitimiert, doch muß der Klagantrag darauf gerichtet werden, daß an beide gemeinschaftlich gezahlt oder für beide gemeinschaftlich hinterlegt werde (§ 1077 Satz 2). Zur Beseitigung der Schwierigkeit, die entsteht, wenn nach siegreicher Durchführung der Klage oder bei freiwilliger Bereitschaft des Schuldners der Nießbraucher oder der Gläubiger seine Mitwirkung zum Erfüllungsgeschäfte verweigert, stellt das BGB. beiden einen doppelten Ausweg zur Wahl. Jeder Teil kann entweder vom anderen Mitwirkung beim Erfüllungsgeschäfte, d. h. bei der Übertragung des Eigentums am gezahlten Gelde, verlangen (§ 1078 Satz 1) oder vom Schuldner Hinterlegung für beide fordern (§ 1077 Abs. 1 Satz 2). Durch die letzte Bestimmung wird einerseits die öffentliche Hinterlegungsstelle des Zahlungsorts (§ 374 Abs. 1) als ein von beiden Teilen bestellter Empfänger behandelt und anderseits dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, die Leistung in der verlangten besonderen Weise zu bewirken (vgl. Mot. III S. 554). Dadurch, daß der Nießbraucher oder der Gläubiger auf Hinterlegung besteht, wird der andere nicht gehindert, Zahlung zu verlangen (Prot. IV S. 598 XIV). Zu hinterlegen ist unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme (§ 378).

b. Passive Seite des Einziehungsrechts. Die Kündigung seitens des Schuldners muß sowohl dem Gläubiger als auch dem Nießbraucher gegenüber erklärt sein, widrigenfalls sie unwirksam ist (§ 1077 Abs. 2 Satz 2). Wird sie nicht gleichzeitig von beiden erklärt, so wird sie erst mit der Erklärung des letzten wirksam (Biermann a. a. O.). Zahlen kann der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an beide gemeinschaftlich, hinterlegen nur für beide gemeinschaftlich. Die Löschungsbewilligung muß von beiden ausgestellt werden. Auch die Hinterlegungsstelle kann nur an beide gemeinschaftlich zahlen.

2. „Bei Leistung des Schuldners an die Hinterlegungsstelle wird der Regel nach das Geld Eigentum der Hinterlegungsstelle, und gegen diese eine Forderung begründet (vgl. PHinterlO. v. 14. März 1879 §§ 7, 8), die von selbst an die Stelle der getilgten Forderung tritt, da für den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich zu hinterlegen ist. Wird an beide Teile gemeinschaftlich geleistet, so daß sie in den Mitbesitz des Geldes gelangen, so wird auf der einen Seite (nämlich dem Gläubiger) Eigentum, auf der anderen Nießbrauch (aber nicht quasi-ususfructus) erworben. Der im Falle der Hinterlegung oder des Mitbesitzes des Geldes eintretende Zustand, der dem Nießbraucher geringe oder keine Nutzungen gewährt, kann nur als ein Zwischenzustand angesehen werden, bei dem eine Art von Kommunion zum Zwecke der Wiederanlegung stattfindet. Die gemeinschaftliche Angelegenheit ist eine Wiederanlegung des Geleisteten in einer Weise, die dem Zwecke des Nießbrauchs an dem beharrenden, aber in verschiedener Gestalt erscheinenden, dem Nießbrauch unterliegenden Vermögenswert entspricht, ohne den späteren Gläubiger in eine weniger gesicherte Lage zu bringen." (Mot. III S. 553.) Wie die Lösung dieser Gemeinschaft herbeigeführt werden kann, bestimmt § 1079. Jeder von beiden kann (nötigenfalls im Wege der Klage) von dem anderen Mitwirkung dazu verlangen, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften (§§ 1807, 1808 BGB.; PAG. z. BGB. Art. 73 ff.) verzinslich angelegt und daß gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird. Innerhalb dieser Begrenzung gebührt die Bestimmung über die Art der Anlegung dem Nießbraucher. Dem Gläubiger geschieht Genüge, wenn überhaupt nach Mündelrecht angelegt wird; die Art der Anlegung interessiert, insbesondere wegen der Höhe der Zinsen, zunächst den Nießbraucher. „Mit der Wiederanlegung erlangt der frühere Gläubiger an der neuen Forderung die Gläubigerschaft, der Nießbraucher aber den Nießbrauch. Die Anlegung in Inhaberpapieren (§ 1807 Nr. 2—4 BGB.; PAG. z.

BGB. Art. 74) ist nicht ausgeschlossen, da nach §§ 1081—1084 BGB. eine vollkommene Sicherung beider Teile durch den vorgeschriebenen gemeinsamen Besitz oder durch die vorgeschriebene Art der Deposition stattfindet." (Mot. III S. 556.)

3. Die Vorschriften über die Konservierungspflicht des Sachnießbrauchers, sowie die Vorschrift über die Pflicht des Nießbrauchers einer unverzinslichen Forderung, für ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen (§ 1074 Satz 2), sind auf den Nießbrauch an verzinslichen Forderungen nicht anwendbar, weil bei dem hier zwischen dem Gläubiger und dem Nießbraucher bestehenden gemeinschaftsartigen Verhältnisse jeder Teil seine Interessen selbst wahrzunehmen in der Lage ist.

4. Die auf die Zeit des Nießbrauchs entfallenden Zinsen kann nur der Nießbraucher einziehen. Nur durch Zahlung an diesen wird der Schuldner befreit.

§ 1080.

Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

Bei Forderungen, insbesondere auch bei Hypotheken, steht dem Berechtigten ein Schuldner gegenüber, der persönlich zur Leistung verpflichtet ist; bei der Grund- und Rentenschuld dagegen verschafft sich der Berechtigte die ihm gebührende Leistung aus dem Grundstück und kann nur durch die Bewirkung der Leistung der Personen, deren Rechte durch die Zwangsvollstreckung leiden würden, von der Ausübung seines Rechtes abgehalten werden. Im übrigen bieten sich zwischen beiden Arten von Rechten so viele Analogien, daß die Anwendung der §§ 1074—1079 auch auf die Grund- und Rentenschuld geboten erscheint.

§ 1081.

Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu.

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes.

§ 1082.

Das Papier ist nebst dem Erneuerungsschein auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigentümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen.

§ 1083.

Der Nießbraucher und der Eigentümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind.

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des § 1079 Anwendung. Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Teil des Kapitals.

Digitized by Google

§ 1084.

Gehört ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des § 1067.

I. 1. Nach §§ 1187—1189 kann für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, eine Sicherungshypothek bestellt werden. Eine Eintragung bei einer solchen Sicherungshypothek soll nur erfolgen, wenn die Urkunde vorgelegt wird; die Eintragung ist auf der Urkunde zu vermerken (GBO. § 44 Abs. 1). Nach § 1195 BGB. kann eine Grund- oder Rentenschuld in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff.) entsprechende Anwendung. Der Rentenschuldbrief muß auch die Ablösungssumme angeben. Ist eine für den Inhaber des Briefes eingetragene Grund- oder Rentenschuld in Teile zerlegt, so ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen (GBO. § 70). Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen interessieren die §§ 1081—1084 auch für das Liegenschaftsrecht.

2. Der Nießbrauch an Inhaberpapieren bleibt trotz der Verkörperung des Rechtes in dem Papier ein Nießbrauch an einem *Rechte*, und zwar (abgesehen von dem Falle des § 1195) an einem Forderungsrechte. Nach den Vorschriften über den Forderungsnießbrauch würden sich Unterschiede an die *Verzinslichkeit* oder Nichtverzinslichkeit der Papiere knüpfen, und zwar würden die in §§ 1076—1079 bestimmten Beschränkungen der regelmäßigen Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers nur bei den verzinslichen Inhaberpapieren Geltung haben. Das BGB. läßt diese Beschränkungen bei allen Inhaberpapieren eintreten, weil die besondere Natur dieser Papiere eine Sicherung des Eigentümers der Urkunde erfordert (§ 1083), nur sind diese Beschränkungen hier etwas anders geregelt. Da bei diesen Papieren der Besitz, ganz abgesehen von dem Rechte auf ihn, den Besitzer als Gläubiger erscheinen läßt, mußte der Besitz vergemeinsamt werden, aber nur bezüglich des Papiers und des dazu gehörenden Erneuerungsscheins. *Der Besitz* der zum Papiere gehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher allein zu, weil er auf diese (pro rata temporis) nach § 101 Nr. 2 Anspruch hat (§ 1081 Abs. 1). Da eine jeden Teil sichernde Mitbesitzart bei beweglichen Sachen schwer einzurichten ist, ist im § 1082 angeordnet, daß das Papier *nebst dem Erneuerungsschein* auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigentümers bei einer Hinterlegungsstelle, auf Verlangen des Nießbrauchers auch bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu *hinterlegen* ist, daß die Herausgabe nur vom Nießbraucher und Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann (Mot. III S. 557; Prot. III S. 428 B, C). Die Hinterlegungskosten haben in allen Fällen beide Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen.

3. Ein *Recht auf Realisierung* des Inhaberpapiers mittels Verkaufs räumt das BGB. dem Nießbraucher nicht ein. Wird das Papier eingelöst oder verkauft, so findet § 1079 Anwendung (§ 1083 Abs. 2 Satz 1). Nießbraucher und Eigentümer sind einander verpflichtet, zu den im § 1083 Abs. 1 bezeichneten Maßnahmen mitzuwirken, da sie infolge des Mitbesitzes der Papiere nur gemeinschaftlich klagen und das Kapital in Empfang nehmen können. Planck (Nr. 2 zu § 1081) nimmt dagegen an, daß jeder von ihnen auf Leistung oder Hinterlegung an beide klagen könne.

4. Eine bei Einlösung des Papiers gezahlte *Prämie* gilt als Teil des *Kapitals*, gebührt also nicht dem Nießbraucher, sondern dem bisherigen Eigentümer des Papiers. Die Prämie *gilt* als Kapitalzahlung; wenn sie nachweislich (wie z. B. bei Konvertierungsprämien) eine Form der Zinsvergütung ist, gebührt sie dem Nießbraucher (vgl. OTrib. Ulrich Arch. 10 S. 133; Prot. III S. 429).

II. Für die Begründung des Nießbrauchs an Inhaber- 2c. Papieren ist § 1069 Abs. 1 maßgebend, d. h. der Nießbrauch wird nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften bestellt, selbst wenn für die Forderung aus dem Papier eine Sicherungshypothek bestellt ist. Eintragung ist jedoch zulässig. Der Übergang des Rechtes vollzieht sich bei diesen Papieren durch Übergabe in den Besitz des Erwerbers. Da jedoch der Nießbraucher durch den Besitz in die ihm nicht gebührende formale Rechtsstellung eines Gläubigers der Forderung gelangen würde, hat er nur Anspruch auf Mitbesitz. Demgemäß schreibt § 1081 Abs. 2 vor, daß zur Bestellung des Nießbrauchs die Einräumung des Mitbesitzes genügt. Diese wird in der Regel dadurch erfolgen, daß das Papier in gemeinschaftlichen Verschluß genommen oder nach § 1082 hinterlegt wird. Ein gemeinsamer Verschluß ist ein solcher, dessen Erschließung nur durch gemeinsame Tätigkeit der Beteiligten erfolgen kann. Wird dem Nießbraucher nicht mindestens der Mitbesitz eingeräumt, so entsteht kein Nießbrauch (Biermann Anm. zu § 1081).

III. Auf den Nießbrauch an Legitimationspapieren (§ 808) finden nicht die §§ 1081—1084, sondern die §§ 1074—1079 Anwendung.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1085.

Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§ 1086 bis 1088.

§ 1086.

Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen. Hat der Nießbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.

§ 1087.

Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet.

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen.

§ 1088.

Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist.

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt.

§ 1089.

Die Vorschriften der §§ 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung.

I. Die Vorschriften über den Nießbrauch an einem Vermögen interessieren für das Liegenschaftsrecht dann, wenn zu dem Vermögen Grundstücke oder Rechte an Grundstücken gehören.

II. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig (§ 310). Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil davon mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 311). Ein in dieser Form geschlossener Vertrag ergreift zwar das ganze Vermögen als Einheit, hat aber nur obligatorische Wirkungen; die dingliche Wirkung kann nur dadurch hergestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt (§ 1085 Satz 1). In welcher Weise dies geschieht, ist in Nr. 3 S. 581 und in Anm. 1 S. 610 f. dargelegt. Gehören zum Vermögen auch unübertragbare Gegenstände, so greift insoweit § 1069 Abs. 2 Platz. Unter dem Ausdrucke „Gegenstände" werden hier, wie überall im BGB., Sachen und Rechte, unter „Vermögen" wird das ganze Vermögen einer Person oder ein Bruchteil davon, nicht Sondervermögen, wie Handlungsgeschäft ꝛc., verstanden (so auch Biermann u. Planck; a. M. Gierke SR. S. 698).

III. Einer besonderen Regelung bedürfen die Rechte der Gläubiger für den Fall daß der Nießbrauch an einem Vermögen (dinglich) bestellt ist. In Ermangelung besonderer Bestimmungen würden, da das dingliche Recht der Regel nach auch die älteren persönlichen Ansprüche überwindet, die persönlichen Gläubiger des Bestellers, d. h. dessen, dem die belasteten Sachen gehören und die belasteten Rechte zustehen, am Zugriff auf die belasteten Gegenstände behindert sein, sofern sie nicht etwa berechtigt wären, die Bestellung des Nießbrauchs nach den Vorschriften der KO. oder des AnfG. anzufechten. Um den sich hieraus ergebenden Nachteilen vorzubeugen, gibt das BGB. folgende Bestimmungen:

1. Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen (§ 1086 Satz 1), ein Absonderungsrecht im Konkursverfahren ist ihnen aber nicht gegeben (Jaeger KO., Nr. 41 zu § 1). Darauf, ob die Forderungen zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bereits fällig waren, oder erst später fällig geworden sind, kommt es nicht an. Forderungen der Verwandten des Bestellers auf Gewährung von Unterhalt (§§ 1601 ff., 1578 ff., 1586, 1351, 1360, 1361) fallen nur dann unter § 1086, wenn ihre Voraussetzungen (Bedürftigkeit

auf der einen, Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite) bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorliegen (Planck Nr. 2, Biermann Nr. 1 zu § 1086). Nur aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen, nicht aus dem sonstigen Vermögen des Nießbrauchers kann diesem gegenüber die Befriedigung gesucht werden. Die Zwangsvollstreckung ist nur zulässig, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (ZPO. § 737). Der Besteller und der Nießbraucher können als Streitgenossen zusammen verklagt werden. Zur Erleichterung der Rechtsverfolgung und zur Vermeidung der mit einer Prozeßführung verbundenen Weiterungen und Kosten dient die Bestimmung des § 794 Abs. 2 ZPO., wonach es der Verurteilung des Nießbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht bedarf, wenn der Nießbraucher in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 1—5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände bewilligt hat. Handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs rechtskräftig festgestellt war, so ist es überhaupt nicht erforderlich, noch einen besonderen vollstreckbaren Titel gegen den Nießbraucher zu schaffen, sondern es genügt vollstreckbare Ausfertigung des Urteils gegen ihn, die nach §§ 727, 730—732 CPO. zu erteilen ist (§ 738). Das gleiche gilt bei dem Nießbrauch an einer Erbschaft für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des gegen den Erblasser ergangenen Urteils. Ist der Besteller nicht Eigentümer der zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemachten Sachen, so steht dem Eigentümer die Einspruchsklage aus § 771 ZPO. zu.

Persönliche Forderungen gegen den Besteller, die erst nach Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind, können wider den Willen des Nießbrauchers aus dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen nicht beigetrieben werden.

Dingliche Lasten und Ansprüche, die dem Nießbrauch im Range vorgehen, können aus dem zum Nießbrauchsvermögen gehörigen Grundstück oder aus dem Rechte am Grundstück ohne Rücksicht auf den Nießbrauch beigetrieben werden. Wegen nachstehender Lasten ꝛc. kann Befriedigung aus den für diese Lasten ꝛc. haftenden Gegenständen nur insoweit gesucht werden, als dies ohne Beeinträchtigung des Nießbrauchs möglich ist. So kann z. B. das belastete Grundstück nur unter der Bedingung versteigert werden, daß der Ersteher den Nießbrauch übernimmt.

2. Persönlich, also mit seinem ganzen Vermögen haftet der Nießbraucher den Gläubigern des Bestellers:

a. für die auf die Dauer seines Nießbrauchs entfallenden (auf Vertrag, Gesetz oder Verzug beruhenden) Zinsen von Forderungen, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs verzinslich waren (§ 1088 Abs. 1 Satz 1). Das gleiche gilt:

b. von anderen wiederkehrenden Leistungen (Renten, Leibrenten, Altenteilsprästationen ꝛc.), die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist (§ 1088 Abs. 1 Satz 2).

In beiden Fällen (a und b) kann die Haftung des Nießbrauchers den Gläubigern des Bestellers gegenüber durch Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 1088 Abs. 2). Neben dem Nießbraucher bleibt den Gläubigern auch der Besteller persönlich verhaftet. Der Gläubiger kann gegen einen von ihnen oder auch gegen beide klagen. Beide haften ihm als Gesamtschuldner. Eine Folge der persönlichen unbeschränkten Haftung des Nießbrauchers ist z. B., daß der Gläubiger einer zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bestehenden verzinslichen Hypothek, der dem Nießbrauche vor dieser den Vorrang eingeräumt hat, wegen der auf die Dauer des Nießbrauchs entfallenden Zinsen das belastete, von dem Nießbrauch am Vermögen ergriffene Grundstück zur Zwangsversteigerung bringen kann. Die persönliche Haftung des Nießbrauchers für Zinsen ꝛc. tritt nur dann ein, wenn eine solche Haftung auch für den Besteller begründet ist. Haftet der Besteller z. B. für eine Hypothek nur dinglich, so

braucht der Nießbraucher sich die Beitreibung der Zinsen nur aus dem verhafteten Grundstücke gefallen zu lassen (Prot. III S. 435). Für Zinsen (nicht auch für andere wiederkehrende Leistungen) haftet der Nießbraucher auch dann, wenn sie die Einkünfte übersteigen (Planck Nr. 1 zu § 1088).

IV. Im Verhältnisse zueinander ist:

1. der Nießbraucher dem Besteller und dessen Gläubigern gegenüber zur Entrichtung der Zinsen und wiederkehrenden Leistungen in den durch § 1088 Abs. 1 gezogenen Grenzen persönlich verpflichtet. Kommt er mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit dem Besteller gegenüber in Verzug, so kann der Besteller Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verlangen (§ 1088 Abs. 3). Für die Entrichtung der Zinsen haftet der Nießbraucher unbedingt, also auch wenn die Einkünfte des Vermögens dazu nicht ausreichen; für die Entrichtung anderer wiederkehrenden Leistungen nur, wenn sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens zu bestreiten sind, wenn sie also die Einkünfte nicht übersteigen (Planck Nr. 1 und Biermann zu § 1088). Der Nießbraucher haftet den Gläubigern neben dem Besteller, gesamtschuldnerisch mit diesem. Diese Haftbarkeit darf durch Vereinbarung weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, die auf einem zum Vermögen gehörigen Grundstücke ruhen (§ 1047), mithin auch Zinsen von Hypotheken und Grundschulden hat der Nießbraucher allein zu tragen (Biermann a. a. O.). Für Zinsen ꝛc. von Schulden, die der Besteller nach Bestellung des Nießbrauchs kontrahiert hat, haftet der Nießbraucher auch dem Besteller gegenüber nicht. Für den Fall, daß während der Dauer des Nießbrauchs verzinsliche Schulden im beiderseitigen Interesse behufs Erhaltung des Vermögensbestandes kontrahiert werden, ist es Sache der Beteiligten, sich wie über die Kontrahierung der Schuld, so auch über die Tragung der Zinsen zu verständigen.

2. Dagegen bleibt der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Tilgung der Kapital- oder Stammschulden berechtigt und verpflichtet. Daher kann der zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen obligatorisch Verpflichtete wegen der zur Zeit der Bestellung bereits fälligen Schulden die zu ihrer Berichtigung erforderlichen Gegenstände von vornherein zurückbehalten. Ist dies nicht geschehen oder handelt es sich um Tilgung erst später fällig gewordener Schulden, so ist der Nießbraucher dem Besteller (nicht etwa auch dem von diesem verschiedenen Eigentümer) gegenüber verpflichtet, von den empfangenen Gegenständen so viele zurückzugewähren, als zur Schuldentilgung erforderlich sind (§ 1087 Abs. 1 Satz 1; Prot. III S. 434), und die zurückgegebenen Sachen vom Nießbrauche zu befreien. Die Auswahl dieser Gegenstände steht dem Besteller zu; doch kann er nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen (§ 1087 Abs. 1 Satz 2). Dazu werden in erster Reihe bares Geld und ausstehende Forderungen, dann bewegliche Sachen und erst in letzter Reihe Grundstücke zu zählen sein. Soweit die ausgewählten Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen (§ 1087 Abs. 1 Satz 3). Bleiben Gegenstände übrig, so hat der Besteller sie dem Nießbraucher zurückzugeben und ihm den Nießbrauch daran wieder einzuräumen (Biermann Anm. a zu § 1087). Geht der Anspruch eines Gläubigers des Bestellers auf Leistung eines bestimmten Gegenstandes und befindet sich dieser im Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so kann der Nießbraucher selbst die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen (§ 1087 Abs. 2 Satz 1); befindet sich der geschuldete Gegenstand nicht in diesem Vermögen, so ist der Nießbraucher nur dann berechtigt, die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung anderer im Vermögen befindlichen Gegenstände herbeizuführen, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann; er hat dann aber (ebenso wie der Besteller) einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen (§ 1087 Abs. 2 Satz 2, 3; vgl. Prot. IV S. 609 IV). Die Klage des Bestellers hat in allen diesen Fällen einen dinglichen Charakter. Ist der Besteller nicht

der Eigentümer der betreffenden Sachen, so darf der Nießbraucher diese weder dem Besteller zurückgeben, noch sie selbst zur Befriedigung der Gläubiger des Bestellers verwenden (vgl. Planck Nr. 7 zu § 1087).

V. Die Bestimmungen §§ 1086 Satz 2, 1087 Abs. 2 Satz 4 interessieren für das Liegenschaftsrecht nicht.

VI. Die vorerörterten Bestimmungen finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung (§ 1089). In Betracht kommen hier nur die Nachlaßgläubiger. Der Nießbrauch an einem Anteil eines Miterben ist Nießbrauch an einem Rechte, da der Miterbe nach § 2033 Abs. 2 über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßsachen nicht verfügen kann (Biermann Nr. 2 zu § 1089).

VII. Die zur Erlangung des Nießbrauchs an den zu dem Vermögen gehörenden Grundstücken und Rechten an solchen erforderliche Eintragung wird zweckmäßig ersichtlich zu machen haben, daß es sich um einen Nießbrauch an einem Vermögen handelt (vgl. Biermann Nr. 1 zu § 1085 und Fuchs in Gruch. 46 S. 554).

Dritter Titel.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090.

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.

1. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unterscheiden sich begrifflich von den Grunddienstbarkeiten dadurch, daß bei ihnen nicht, wie bei diesen, die Berechtigung zugunsten eines Grundstücks, sondern zugunsten einer oder mehrerer (physischen oder juristischen) Personen eingeräumt wird, und von dem Nießbrauche dadurch, daß der berechtigten Person nicht die Gesamtheit der Nutzungen des Grundstücks, sondern nur bestimmte, rechtsgeschäftlich festgestellte Nutzungen zugewiesen werden, sowie dadurch, daß die beschränkten, persönlichen Dienstbarkeiten nur an Grundstücken bestellt werden können. Am Bruchteil eines Grundstücks kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit weder begründet noch aufgehoben werden. Der § 1045 Entw. I sprach dies ausdrücklich aus. Die 2. Komm. hat diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (Prot. III S. 436 VII). Ob ein Nießbrauch oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden sollte, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein, wenn nämlich die möglichen Nutzungen alle einzeln aufgezählt werden, während die Absicht auf die Zuwendung der Gesamtheit der Nutzungen geht. Bei der Auslegung ist auf das Vorliegen des für die eine oder die andere Art der Dienstbarkeit charakteristischen Willensinhalts zu sehen (Mot. III S. 536).

Kober (SR. Nr. I zu § 1090) findet im § 1090 die Unterscheidung zwischen zwei Arten von beschr. persönl. Dienstbarkeiten, nämlich 1. Benutzung des Grundstücks nach einer bestimmten Richtung, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit nicht ausmachen kann, 2. Inhalt einer Grunddienstbarkeit, aber nicht einem herrschenden Grundstücke, sondern einer Person zustehend. Das Gesetz bietet, wie eine Vergleichung mit § 1018 klar ergibt, für diese Unterscheidung nicht den geringsten Anhalt; im Gegenteile gibt es durch das Wort

„sonstige" deutlich zu erkennen, daß der Inhalt beider Dienstbarkeiten derselbe ist. Es kann daher im wesentlichen auf die Bemerkungen zu § 1018 verwiesen werden.

Der Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten kann gerade so vielfältig sein, wie die Nutzungen oder Benutzungsarten, die das konkrete Grundstück gewähren kann (vgl. S. 557 ff.) Zum Wesen sowohl der Grunddienstbarkeit wie der beschr. persönl. Dienstbarkeit gehört, daß das ihren Inhalt bildende Recht für den Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil bietet oder bieten kann. Ein außerhalb des Privatrechts liegendes Interesse genügt nicht. Der Vorteil kann auch in einer Annehmlichkeit bestehen (RG. E. 14 S. 214). Baupolizeiliche Vorschriften können nicht den Inhalt einer beschr. persönl. Dienstbarkeit bilden, können also nicht für eine Gemeinde eingetragen werden, da diese an der Durchführung der polizeilichen Vorschrift kein Interesse hat. Die Normen des Privatrechts sind nicht dazu bestimmt, öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Vollzuge zu verhelfen. (RG. JW. 1905 S. 692 Nr. 16.) Das auf § 11 StraßenflG. v. 2. Juli 1875 gegründete Recht einer Stadtgemeinde bei Freilegung einer Straße des Bebauungsplans Gebäude, die in das Straßenland hineinragen, zu beseitigen, ist keine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und als öffentliche Last überhaupt nicht eintragungsfähig (KG. JW. 26 S. A277; vgl. oben S. 527 f.). Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nicht als vererblich und veräußerlich bestellt werden; ist es dennoch geschehen, so muß die Eintragung abgelehnt werden (KG. Rsp. 2 S. 210). Obligatorische Ansprüche sind vererblich. Ansprüche aus ihnen (z. B. der Anspruch aus einem Kaufvertrag auf Abholzen eines Waldes und Aneignung des Holzes) können nicht den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden (RG. E. 60 S. 317). Dagegen kann die Berechtigung, Holz aus einem Walde zum Hausbedarfe zu entnehmen, als persönliche Dienstbarkeit bestellt und eingetragen werden; ebenso eine Bau- und Gewerbebeschränkung (KG. Rsp. 10 S. 118).

Nur beim Wohnungsrechte (§ 1093) erstreckt sich das Recht auch auf das Zubehör.

Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit können auch ein Erbbaurecht (§ 1017 Abs. 1) und nach Landesgesetz eine der in den Art. 63, 68 EG. z. BGB. bezeichneten selbständigen Gerechtigkeiten, sowie ein Bergwerk, eine Kohlenabbaugerechtigkeit, Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover und andere selbständige Gerechtigkeiten sein (PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. I, XIII, Art. 38, 40; PAG. z. GBO. Art. 22, G. v. 4. August 1904 §§ 3, 4.) Übrigens können solche Gerechtigkeiten selbst den Gegenstand einer beschr. persönl. Dienstbarkeit bilden, wenn sie nur auf Zeit bestellt werden (KG. Rsp. 10 S. 418).

2. Bezüglich der Ausübung, der Kollision mit anderen Rechten am Grundstücke, der Wirkungen der Teilung des belasteten Grundstücks, des Rechts- und Besitzschutzes und der Verjährung finden die für Grunddienstbarkeiten in den §§ 1020—1024, 1026—1029 und bezüglich des Erlöschens die für den Nießbrauch im § 1061 gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 1090 Abs. 2). Es kann also z. B. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht für eine bestimmte Person und ihre Erben bestellt werden (KG. Rsp. 10 S. 117). Im übrigen genügt die Verweisung auf die Bemerkungen zu den bezogenen §§.

3. Zu ihrer Entstehung ist Einigung und (wie schon nach PEigG. § 12) Eintragung erforderlich (§ 873 BGB). Es kommt daher Art. 128 EG. z. BGB. für Preußen nicht in Betracht. Für die Fassung des Eintragungsvermerks sind § 874 BGB. und § 50 GBO. zu beachten und für die Aufhebung und Änderung sind die §§ 875 bis 878 BGB. maßgebend.

4. Es ist zulässig, zugunsten einer Gemeinde eine Dienstbarkeit des Inhalts zu begründen, daß die Gemeindemitglieder einen Weg, eine Wasserleitung, einen Park ꝛc. benutzen können. Zulässig ist wohl auch eine beschr. persönl. Dienstbarkeit, daß das Recht nicht bloß den Gemeindemitgliedern, sondern dem Publikum zustehen solle (RG. E. 14 S. 214, wo aber irrtümlich von einer Grunddienstbarkeit die Rede ist; vgl. RG. Gruch. 31 S. 75, München Seuff. A. 58 S. 131). Nicht zulässig ist dagegen die Begründung einer

Dienstbarkeit für eine Gemeinde in der Art, daß den Mitgliedern selbständige Nutzungsrechte zustehen sollen (Prot. III S. 439). Auch bei solchen Gemeindeservituten, die zur Befriedigung individueller Bedürfnisse der Gemeindemitglieder dienen, ist nicht das einzelne Mitglied, sondern nur die Gemeinde zur Klage legitimiert. Das Recht steht der Gemeinde zu und das einzelne Mitglied ist nicht ihr Vertreter. (RG. E. 44 S. 145.) Nur dann, wenn bei Unstreitigkeit des Rechtes der Gemeinde dem einzelnen Mitgliede das Ausübungsrecht oder die Gemeindemitgliedschaft vom Verpflichteten bestritten wird, ist auch der einzelne zur Klage legitimiert (RG. Seuff. A. 59 S. 129).

5. Nach Art. 115 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften bestehen, die die Belastung eines Grundstücks mit gewissen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten untersagen oder beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen. Sie bleiben auch für solche Dienstbarkeiten maßgebend, die erst nach dem 1. Januar 1900 begründet sind. Sie können auch nach den Inkrafttreten des BGB. durch Landesgesetz geändert werden (Art. 218 EG. z. BGB.).

6. Über Art. 133 EG. z. BGB. vgl. Nr. I S. 523.

7. Nach Art. 184 EG. z. BGB. bleiben die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen. Auf sie finden auch nach dem Inkrafttreten des BGB. die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1028 keine entsprechende Anwendung, da die Bestimmung im Art. 184 Satz 2 nur für Grunddienstbarkeiten gegeben ist. Die Übergangsvorschrift des Art. 187 EG. z. BGB. bezieht sich nur auf Grunddienstbarkeiten. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten müssen eingetragen werden. Soll an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. (§ 90) nicht eingetragen zu werden braucht, eine solche Dienstbarkeit bestellt werden, so muß für das Grundstück ein Blatt angelegt und die Dienstbarkeit eingetragen werden. — Nach Art. 191 EG. z. BGB. (vgl. Anm. II S. 576) finden die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch nach Inkrafttreten des BGB. Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist (Art. 186 das.). Ist dieser Zeitpunkt eingetreten, so steht es bei dem Berechtigten, durch Erwirkung seiner Eintragung des Besitzschutzes des neuen Rechtes (§§ 1090, 1029) teilhaftig zu werden. Andernfalls genießen sie überhaupt keinen Besitzschutz. Für die meisten Gebiete des preuß. Rechtes hat diese Bestimmung keine Bedeutung, da hier Grundbücher bereits bestehen und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auch bisher eingetragen werden mußten, also der Besitzschutz des BGB. sofort mit diesem in Kraft tritt.

8. Nach PEigG. § 12 war die persönliche Dienstbarkeit an sich dinglich und bedurfte nur zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung. Der ursprüngliche Besteller war zur Bewilligung der Eintragung verpflichtet. Das dieser Pflicht entsprechende Recht kann auch nach dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts geltend gemacht werden (RG. JW. 1904 S. 282 Nr. 1).

§ 1091.

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten.

Während § 1019 den Inhalt der Grunddienstbarkeit nach ihrem Zwecke absolut begrenzt, gibt § 1091 für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur eine dispositive und interpretative Vorschrift. Ihr Umfang bestimmt sich im Zweifel, d. h. wenn darüber keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten. Der Ausdruck „persönliches Bedürfnis" ist im BGB. nicht definiert. Nach den Mot. III S. 567 ist er in dem weiteren Sinne aufzufassen, daß sowohl das Bedürfnis der Haushaltung als das des Geschäftsbetriebs des Berechtigten in Betracht kommt. Der Wortlaut des Gesetzes ist einer ausdehnenden Interpretation keinenfalls günstig. Das PrOVR.

§§ 26 ff. I 19 gibt auf Rechte, die jemand zu seiner persönlichen Notdurft eingeräumt werden, nicht einmal seinen Familienangehörigen Anspruch. Eine vernünftige Auslegung wird im Einzelfalle das Richtige zu treffen wissen.

§ 1092.

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist.

Die Übertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist wie beim Nießbrauch (§ 1059) absolut ausgeschlossen. Ebenso die Vererblichkeit (§§ 1090, 1061). Die Überlassung der Ausübung ist anders, als beim Nießbrauche (§ 1059 Satz 2), nur zulässig, wenn sie vom Besteller gestattet ist. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nur insoweit pfändbar, als ihre Ausübung einem anderen überlassen werden kann (ZPO. § 857 Abs. 3); verpfändet kann sie überhaupt nicht werden (BGB. § 1274 Abs. 2) und zur Konkursmasse des Berechtigten gehört sie nicht (Mot. III S. 568). — Die Gestattung der Ausübung und die Überlassung selbst sind der Eintragung nicht fähig (vgl. Fuchs und Planck zu § 1092), dagegen muß die Befugnis zur Überlassung (die Gestattung) der Ausübung eingetragen werden, wenn sie nicht schon aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt (Biermann zu § 1092).

§ 1093.

Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs. 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung.

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

Ist das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen.

1. Besondere Bestimmungen sind für das Wohnungsrecht aufgestellt. Das Wohnungsrecht ist dinglich und muß nach den Vorschriften des § 873 bestellt werden. Es unterscheidet sich von dem rein obligatorischen Mietverhältnis auch dadurch, daß es begrifflich nicht eine (periodisch wiederkehrende) Gegenleistung (§ 535) voraussetzt. Ist eine Gegenleistung bedungen, so gilt das S. 561 Nr. VII Bemerkte. Zu den eintragungsfähigen dinglichen Rechten gehört das Mietrecht auch dann nicht, wenn seine Eintragung in das Grundbuch ausdrücklich vereinbart worden ist. Wird aber durch Auslegung festgestellt, daß nicht ein Mietrecht, sondern ein Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit vereinbart worden ist, so kommt es auf die unrichtige Bezeichnung des Rechtsverhältnisses durch die Vertragschließenden nicht an und es kann das Recht eingetragen werden, auch wenn es ausdrücklich als Miete bezeichnet ist (RG. E. 54 S. 233). Im Gegensatze zum Erbbaurecht ist das Wohnungsrecht unveräußerlich und unvererblich und kann auf einen Teil des Gebäudes beschränkt werden. Am nächsten steht es, insbesondere wenn es an einem ganzen Gebäude bestellt worden, dem Nießbrauche; das BGB. hat es aber unter die Kategorie der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gebracht, was unter anderem zur Folge hat, daß das Wohnungsrecht auch der Ausübung nach einem anderen nur mit

Digitized by Google

Einwilligung des Bestellers überlassen werden darf, wenn nicht ein anderes ausbedungen ist. Das Recht kann nur den Inhalt haben, das Gebäude 2c. als Wohnung (nicht auch zu anderen Zwecken) zu benutzen (Biermann Nr. 1 zu § 1093).

Voraussetzung ist ferner, daß der Eigentümer von der Mitbenutzung der Wohnung ausgeschlossen ist. Über den Fall, wenn dem Berechtigten nur ein Mitbenutzungsrecht (Einsitz, Beisitz, Herberge) zusteht, hat das BGB. keine besonderen Bestimmungen getroffen. Die Gewährung von Wohnung kann in solchen Fällen als Reallast auf ein Grundstück gelegt werden (§ 1105) oder ohne dingliche Grundlage als persönliche Verpflichtung bestehen. Als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann das Mitbenutzungsrecht zwar auch bestellt werden, es finden dann aber nur die §§ 1090 bis 1092 Anwendung (Biermann und Fuchs).

Die vertragsmäßige Überlassung des Gebrauchs einer Wohnung auf Zeit gegen ein jährliches Entgelt unter der Verpflichtung des Überlassenden, die Wohnung imstande zu erhalten, und mit der Bestimmung, daß die Ausübung des Gebrauchsrechts einem anderen überlassen werden könne, im übrigen die Vorschriften über die Miete anzuwenden seien, kann nicht als Wohnungsrecht in das Grundbuch eingetragen werden; sie ist in Wahrheit eine nicht eintragungsfähige Miete (RG. JW. 24 S. A 121).

2. Mit Rücksicht auf die innere Verwandtschaft des Wohnungsrechts mit dem Nießbrauch ist eine Reihe der für den Nießbrauch geltenden Vorschriften im § 1093 Abs. 1 Satz 2 für entsprechend anwendbar erklärt. Die Anwendung dieser Vorschriften ergibt folgendes:

a. Die Bestellung und die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Wohnungsrechts erstrecken sich im Zweifel auch auf das Zubehör des Gebäudes oder Gebäudeteils (§§ 1031, 1062).

b. Sowohl der Wohnungsberechtigte als auch der Eigentümer kann den Zustand der Wohnung auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen (§ 1034).

c. Der Wohnungsberechtigte hat Anspruch auf unmittelbaren Besitz (§ 1036 Abs. 1). Er hat:

d. die Wohnung in wirtschaftlich ordnungsmäßigem Zustande zu halten und darf sie nicht wesentlich umgestalten oder verändern (§§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1).

e. Der Berechtigte hat die Wohnung in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und die zu ihrer gewöhnlichen Unterhaltung erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu bewirken (§ 1041). Infolgedessen ist er, wenn das Wohnungsrecht sich auf ein ganzes Gebäude bezieht, für den durch gänzlichen oder teilweisen Einsturz des Gebäudes Dritten entstehenden Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Eigentümer (§ 838). Die Frage der Unterhaltung einer Wohnung, die in einem mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Altenteilsvertrage dem Altsitzer eingeräumt ist, ist für Preußen durch das AG. z. BGB. anders geregelt (vgl. Anhang zu § 1112).

f. Von Beschädigungen 2c. der Wohnung hat er dem Eigentümer sofort Mitteilung zu machen (§ 1042).

g. Die Vornahme erforderlicher Ausbesserungen oder Erneuerungen hat er dem Eigentümer zu gestatten (§ 1044).

h. Für ihm nicht obliegende Verwendungen in die Wohnung kann der Berechtigte vom Eigentümer Ersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Er ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Wohnung versehen hat, wegzunehmen (§ 1049).

i. Für Veränderungen oder Verschlechterungen, die durch die ordnungsmäßige Benutzung der Wohnung herbeigeführt werden, hat er nicht einzustehen (§ 1050).

k. Die beiderseitigen Ersatzansprüche verjähren in 6 Monaten (§ 1057).

Von den übrigen Vorschriften über den Nießbrauch findet nur noch der im § 1090 Abs. 2 bezogene § 1061 Anwendung. Statt des § 1060 ist der in ihm und im § 1090 Abs. 2 bezogene § 1024 anzuwenden. Daß der Berechtigte nach Beendigung seines Rechtes die Wohnung zu räumen hat, ist als selbstverständlich nicht noch besonders bestimmt.

3. Neben den im § 1093 Abſ. 1 Satz 2 bezogenen Beſtimmungen gelten auch die für alle beſchränkten perſönlichen Dienſtbarkeiten gegebenen und die im § 1090 Abſ. 2 bezogenen Vorſchriften. Insbeſondere erliſcht auch das Wohnungsrecht mit dem Tode des Berechtigten und die Ausübung des Rechtes kann einem Dritten nur nach § 1092 Satz 2 übertragen werden.

4. Daneben ſind noch zwei beſondere dispoſitive Vorſchriften gegeben:

a. Iſt die Überlaſſung der Ausübung des Wohnungsrechts ſeitens des Beſtellers nicht ausdrücklich geſtattet (§ 1092 Satz 2), ſo würde beim Fehlen beſonderer Beſtimmungen der Berechtigte das Recht nur für ſeine Perſon ausüben können. Damit würde dem Wohnungsrechte nahezu jede praktiſche Bedeutung genommen ſein. Mit Rückſicht hierauf bezeichnet § 1093 Abſ. 2 den Berechtigten als befugt, ſeine Familie ſowie die zur ſtandesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Perſonen in die Wohnung aufzunehmen. Der Ausdruck Familie wird hier im Sinne des gewöhnlichen Lebens gebraucht; es fallen darunter auch ſpäter der Familie hinzutretende Perſonen. Alle zur Bedienung und Pflege ſämtlicher Familienmitglieder erforderlichen Perſonen können vom Wohnungsberechtigten aufgenommen werden; ob auch Gewerbegehilfen, richtet ſich nach Lage des Einzelfalls. Zweifellos iſt die Aufnahme von Beſuch geſtattet (vgl. Mot. III S. 571). Zum Vermieten der Wohnung iſt der Berechtigte nicht befugt, wenn nicht § 1092 Satz 2 zutrifft.

b. Iſt das Recht auf einen Teil des Gebäudes beſchränkt, ſo haben der Berechtigte und die von ihm nach § 1093 Abſ. 2 aufgenommenen Perſonen die Befugnis, die zum gemeinſchaftlichen Gebrauche dienenden Anlagen und Einrichtungen, z. B. Brunnen, Treppen, Waſchhaus, mitzubenutzen.

5. Über das auf Grund eines Leibgedings- (Leibzuchts-, Altenteils-, Auszugs-, Ausgedinge-) Vertrags beſtellte Wohnungsrecht vgl. Anh. zu § 1112.

Sechſter Abſchnitt.

Vorkaufsrecht.

Literatur: Dr. Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht im BGB. in Iherings J. 40 S. 279—340.

Überſicht. 1. Das BGB. kennt das rechtsgeſchäftliche (durch Vertrag oder Vermächtnis begründete Vorkaufsrecht in zwiefacher Geſtalt, als perſönliches, das an Gegenſtänden aller Art beſtellt werden kann (§§ 504—514), und als dingliche Belaſtung eines Grundſtücks (§§ 1094—1104), eines Erbbaurechts (§ 1017), eines Bergwerks und ſonſtiger aufrecht erhaltenen ſelbſtändigen Gerechtigkeiten (EG. z. BGB. Art. 63, 67, 68, 196; PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. 1, XIII, Art. 38, 40; PAG. z. GBO. Art. 22, G. über Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover v. 4. Auguſt 1904 §§ 3, 4). Beide Arten ſind ihrer Natur und Wirkung nach verſchieden, unterſtehen jedoch vielfach denſelben Regeln.

Das durch obligatoriſchen Vertrag begründete Vorkaufsrecht wirkt, wenn es ſich auch auf ein Grundſtück bezieht, nur unter den Kontrahenten. Es trägt nicht die Verpflichtung zur Beſtellung eines dinglichen Rechtes in ſich und kann daher nicht zum Gegenſtand einer Vormerkung (§§ 883 ff.) gemacht werden. Der Keim zu einem dinglichen Rechte kann ihm durch die Vereinbarung der Verdinglichung, durch die Auferlegung der Verpflichtung, das Recht als dingliches zu beſtellen, verliehen werden. Dann kann es den Gegenſtand einer Vormerkung bilden; dann entwächſt es aber mit der Erfüllung der Verpflichtung dem Gebiete der obligatoriſchen Rechte.

Das BGB. erkennt — abgesehen von dem Vorkaufsrechte der Miterben, das sich aber nur auf den Erbteil, nicht auf die einzelnen Sachen erstreckt; vgl. §§ 2034, 2035 — nur rechtsgeschäftlich begründete Vorkaufsrechte an. Die im deutschen Rechte früher in großer Zahl anerkannten gesetzlichen dinglichen Vorkaufsrechte, Retrakt-, Näher-, Losungs- oder Einstandsrechte sind bis auf wenige abgeschafft (vgl. z. B. PG., betr. die Ablös. der Reallasten ꝛc., v. 2. März 1850 § 2 Nr. 6, § 4). Die noch bestehenden gesetzlichen Vorkaufsrechte finden sich entweder bei Instituten, die das BGB. regelt, nämlich bei Gemeinschaft, Miteigentum, Superfizies, und sind vom BGB. abgelehnt, oder sie gehören zu Instituten, deren Regelung im EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, z. B. im Bergrecht (Art. 67), im Enteignungsrechte (das. Art. 109), in den Gesetzen über das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern (das. Art. 62, 64). Das Nähere siehe in Anm. 2 S. 273 und in Nr. 4 S. 534. In den vorbehaltenen Rechtsgebieten können neue gesetzliche Vorkaufsrechte bestimmt werden (EG. z. BGB. Art. 3, 218).

2. Die Gründe, die für und wider das Institut des dinglichen Vorkaufsrechts sprechen, sind in den Mot. III S. 448 zusammengetragen. Die Gründe, die für die Beibehaltung ausschlaggebend waren, sind: „Nach der Ansicht der neueren Volkswirtschaft ist es sehr wünschenswert, daß die Veräußerung von Land seitens der Großgrundbesitzer und insbesondere des Staates als des Besitzers der Domänen an Kleingrundbesitzer befördert werde, wenn auch das Interesse hieran in den verschiedenen Gebieten in verschiedenem Maße vorhanden sein mag. Der Erreichung dieses Zweckes steht entgegen, daß die neuere Agrargesetzgebung die verschiedenen Formen der Landleihe, insbesondere die Erbpacht beseitigt hat und deren Wiedereinführung erheblichen Bedenken unterliegt, während die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts durch Rechtsgeschäft in vielen und großen Gebieten gegenwärtig noch zulässig ist (PALR. I 20 §§ 570, 631). Die Personen, die in der Lage sind, Land an Kleingrundbesitzer zu veräußern, haben das Interesse, sich einen Einfluß darauf zu bewahren, in welche Hände das veräußerte Land gelangt. Dieser Einfluß bezweckt namentlich die Erhaltung eines angesessenen Arbeiterstandes, der den Überschuß seiner Arbeitskräfte den Großgrundbesitzern zur Verfügung stellt. Das dauernd und dinglich wirkende Vorkaufsrecht ist mithin in Verbindung mit der Belastung des Grundeigentums durch feste und je nach den Landesgesetzgebungen seitens des Verpflichteten nicht ablösbare Geldrenten geeignet, einen Ersatz für die nicht mehr zugelassenen Landleihen zu vererblichem und veräußerlichem Rechte zu bilden. — Das dingliche Vorkaufsrecht ist übrigens auch abgesehen von seiner Eigenschaft als Ersatz der Landleihe von praktischem Werte. Beispielsweise kann bei der Überlassung eines in der Familie befindlichen Landguts an ein Familienglied, bei der die Absicht obzuwalten pflegt, daß der Gutsannehmer das Gut als Grundlage des Familienwohlstandes behalten soll, durch die Bestimmung eines dinglichen Vorkaufsrechts einer jene Absicht der Beteiligten durchkreuzenden Veräußerung vorgebeugt werden. Weil somit das dingliche Vorkaufsrecht nicht bloß für das Agrarrecht Bedeutung hat, konnte dem Bedürfnisse nicht durch einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung genügt werden." (Ähnlich Prot. III S. 756.) Diese Gründe beschäftigen sich nur mit Fällen, in denen das dingliche Vorkaufsrecht bei Veräußerung eines Grundstücks dem Veräußerer vorbehalten wird. Der Wortlaut des § 1094 läßt jedoch keinen Zweifel darüber, daß ein solches Recht auch aus anderer Veranlassung begründet werden kann, z. B. für einen Mieter, der sich dadurch gegen einen Wohnungswechsel sichern will, für einen Pächter ꝛc. (Vgl. auch Mot. III S. 449.)

3. Das dingliche Vorkaufsrecht besteht in einer Belastung des Grundstücks, nicht in einer Sperrung des Grundbuchs. Die Belastung hat einen analogen Inhalt wie die Reallast; nur geht die Verpflichtung nicht dahin, daß aus dem Grundstück etwas zu geben, sondern dahin, daß das Grundstück selbst, als ob es gekauft wäre, zu geben ist. Diese Verpflichtung richtet sich vermöge ihres dinglichen Charakters gegen jeden Eigentümer des belasteten Grundstücks. Der Eigentümer ist durch die Eintragung des Vorkaufsrechts nicht

behindert, das ganze Grundstück oder einen Teil davon zu veräußern, aber er kann es nur mit dieser Belastung übertragen. An anderweiter Belastung mit Reallasten, Hypotheken ꝛc. ist er nicht gehindert. Diese bleiben, soweit sie *vor* dem zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigenden Verkauf eingetragen sind, auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber, der vom Vorkaufsrechte Gebrauch gemacht hat, bestehen. Die weitere Belastung mindert naturgemäß den Kaufpreis und damit die Gegenleistung des Berechtigten, bleibt also für diesen gleichgültig (Mot. III S. 451; a. M. nur Biermann Nr. 2, Fuchs Nr. 4 a zu § 1098 und Immerwahr in IheringsJ. 40 S. 327). Wird das Vorkaufsrecht nur für einen Teil eines Grundstücks eingeräumt, so muß dieser Teil abgeschrieben und auf ein neues Blatt übertragen werden (vgl. Bd II § 6 GBO. mit Anm.).

Nach dem Systeme des BGB. ist die rechtsgeschäftliche Begründung eines dinglichen Rechtes nur insoweit zulässig, als das BGB. ihr Wirksamkeit verleiht. Demgemäß mußte der mögliche Inhalt des Rechtes bestimmt werden. Dies ist im § 1098 Abs. 1 Satz 1 geschehen. Der Inhalt bestimmt sich nach den Vorschriften über das persönliche Vorkaufsrecht (§§ 504—514). Bei der absoluten Natur der Vorschriften über die dinglichen Rechtsgeschäfte nehmen aber die an sich nur dispositiven Vorschriften der §§ 504—514 hier einen zwingenden Charakter an. Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts kann wohl durch Rechtsgeschäft in einzelnen Punkten ermäßigt, aber nicht über das, was aus dem Gesetze sich ergibt, hinaus erweitert werden, soweit nicht eine solche Erweiterung besonders zugelassen ist (vgl. Mot. III S. 450, 452, Prot. III S. 765 X; Dresden Z. f. d. Not. 1902 S. 175). Eine Erweiterung gegenüber dem § 512 enthält § 1098 Abs. 1 Satz 2. *Unzulässig* ist, wie beim obligatorischen, so auch beim dinglichen Vorkaufe *die Bindung an einen im voraus bestimmten Vorkaufspreis* oder an sonstige bestimmte Einstandsleistungen (Mot. III S. 453). Ein solches Vorkaufsrecht ist nicht eintragungsfähig (Dresden Rsp. 4 S. 69), kann auch nicht vorgemerkt werden (Dresden, Seuff. A. 59 S. 97); ist es dennoch eingetragen, so muß von Amts wegen oder auf Beschwerde ein Widerspruch nach § 54 GBO. eingetragen werden (KG. RJA. 5 S. 120). Anders nach PALR. I 20 § 605 ff.

4. Für die Entstehung, Aufhebung und Änderung des dinglichen Vorkaufsrechts sind die §§ 873, 875, 877 BGB. maßgebend. In dem Eintragungsvermerke kann (abweichend vom Entw. I; vgl. Mot. III S. 454) zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874; vgl. Prot. III S. 762 III). Dagegen findet § 50 GBO. auf das Vorkaufsrecht keine Anwendung.

Rangkonflikte zwischen dem dinglichen Vorkaufsrecht und anderen das Grundstück belastenden Rechten sind undenkbar. Der Vorrang unter mehreren eingetragenen Vorkaufsrechten bestimmt sich nach § 879 BGB. Nach Art. 184 EG. z. BGB. bleiben Vorkaufsrechte, mit denen ein Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen (über das bisher. Recht vgl. Turnau I S. 680). Vertragsmäßige Vorkaufsrechte erhielten auch nach § 12 PEigG. dingliche Wirksamkeit nur durch Eintragung. In Gebieten, wo sie der Eintragung nicht bedurften und nicht eingetragen waren, ist die nachträgliche Eintragung zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Dritten erforderlich, da eine dem Art. 187 EG. z. BGB. entsprechende Vorschrift für Vorkaufsrechte nicht gegeben ist. Art. 189 das. findet Anwendung. Die Rangordnung war im § 17 EigG. ebenso geregelt wie im § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB. Über die Rangordnung bestehen bleibender gesetzlicher Vorkaufsrechte vgl. Nr. 4 S. 534.

Eingetragene vertragsmäßige Vorkaufsrechte konnten nach dem PZVG. v. 1883 § 67 auch im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks geltend gemacht werden. Nach dem BGB. ist dies nicht der Fall (vgl. Anm. II 1 b zu § 1098). Da die *bestehenden eingetragenen Vorkaufsrechte* nach Art. 184 EG. z. BGB. ihren Inhalt dem bisherigen Rechte entnehmen, können sie auch *nach* dem 1. Januar 1900 im Zwangs-

versteigerungsverfahren geltend gemacht werden. Über die gesetzlichen Vorkaufsrechte vgl. Nr. II 6 S. 535.

5. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt (BGB. § 1094 Abs. 2), so ist es auf Antrag des Eigentümers auf dem Blatte dieses Grundstücks zu vermerken (GBO. § 8).

6. Das in den §§ 497—503 BGB. behandelte Wiederkaufsrecht ist rein obligatorisch und kann auf keine Weise dingliche Wirksamkeit erlangen (Mot. III S. 451). Auch die 2. Komm. hat die reichsrechtliche Zulassung eines dinglichen Wiederkaufsrechts abgelehnt (Prot. III S. 766). Bei dieser Gelegenheit hat die Mehrheit erwogen, daß schon der Entw. II eine dingliche Sicherung des dem obligatorisch Wiederkaufsberechtigten zustehenden Anspruchs durch die Eintragung einer Vormerkung gestatte. Eine Bestimmung, die dies direkt aussprächе, befindet sich im Entw. II nicht. Es kann also nur gemeint sein, nach der Ausgestaltung, die der Entw. II der Vormerkung habe geben wollen, sei jene dingliche Sicherung zulässig. Die knappe Bemerkung in den Prot. läßt nicht mit Sicherheit erkennen, ob die Mehrheit die Zulässigkeit der Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechts oder des durch Ausübung dieses Rechtes entstehenden Anspruchs angenommen hat. In der Literatur ist jene Äußerung fast ausnahmlos (vgl. z. B. Dernburg SR. § 62 Nr. 4, Planck Nr. 1 zu § 497, Nr. 6 vor § 1094, Nr. 1 d zu § 883, Biermann Nr. 6 zu § 1094, Sekler S. 23, Kober Nr. II 1 a zu § 883, Oberneck 1 S. 602, Leske S. 485 VII) im ersten Sinne aufgefaßt und anstandslos ohne weitere Begründung akzeptiert. Es wird angenommen, daß mit der allgemeinen Zulassung der Vormerkung der Grundsatz von der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte verlassen sei und danach der Verdinglichung des Wiederkaufsrechts durch Eintragung einer Vormerkung nichts im Wege stehe. Dieser Annahme stehen jedoch schwer wiegende Bedenken entgegen. Die Vormerkung dient freilich zur Sicherung obligatorischer Ansprüche; aber nach dem klaren Wortlaute des § 883 BGB. doch nur zur Sicherung solcher Ansprüche, die auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke gehen. Es erscheint danach nicht recht zweifelhaft, daß nur solche Ansprüche vorgemerkt werden können, die die Bestellung eines der im BGB. anerkannten dinglichen Rechte zum Gegenstande haben. Rechte, die fähig sind, vorgemerkt zu werden, müssen auch definitiv eingetragen werden können, da die Vormerkung wesentlich die Bestimmung in sich trägt, die definitive Eintragung zu sichern und vorzubereiten. Kann der Eigentümer des Grundstücks die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Wiederkaufsrechts bewilligen, dann ist nicht abzusehen, warum er nicht auch die definitive Eintragung sollte bewilligen können. Dies ist aber ganz unzweifelhaft unzulässig. Es besteht darüber auch in der Literatur keine Meinungsverschiedenheit. Es kann für die abweichende Meinung wohl auch nicht mit Erfolg § 883 Abs. 1 Satz 2, wonach die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist, herangezogen werden. Denn das Wiederkaufsrecht kann ebensowenig wie das persönliche Vorkaufsrecht als ein bedingter oder betagter Anspruch auf Eigentumsübertragung angesehen werden. (Mot. III S. 163, 450, 452; zweifelnd Prot. II S. 98 f.). Der Anspruch auf Eigentumsübertragung wird erst durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts erzeugt. Durch den Vorbehalt des Wiederkaufs (§ 497) erwirbt der Berechtigte lediglich das Recht, ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichtetes Rechtsgeschäft abzuschließen, nicht aber schon einen künftigen oder bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung (RG. E. 16 S. 155). Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß, wenn das Wiederkaufsrecht durch Eintragung einer Vormerkung verdinglicht werden könnte, dies auch für das obligatorische Vorkaufsrecht möglich sein müßte. Dann aber wäre der vom dinglichen Vorkaufsrechte handelnde Abschnitt des BGB. überflüssig. Das dingliche Vorkaufsrecht hat die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098 Abs. 2). Könnte auch das obligatorische Vorkaufsrecht vorgemerkt werden, dann würde es dadurch ebenso dinglich werden, wie das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. Ob in der Begründung zu Art. 29 PAG. z. BGB. die hier bekämpfte Ansicht gebilligt wird, ist bei der sehr vor-

sichtigen Fassung zweifelhaft. (Hinsichtlich der Nichtvormerkbarkeit des Wiederkaufsrechts wie hier Kretzschmar 2 S. 370, Reichel, JheringsJ. 46 S. 95, Benedix JW. 1904 S. 602 Nr. II.) Daß das ausgeübte Wiederkaufsrecht durch eine Vormerkung geschützt werden kann, ist nicht zweifelhaft, da der durch die Ausübung zustande gekommene Vertrag dem Wiederkäufer den Anspruch auf Übertragung des Eigentums gibt. Daß der Käufer dem Verkäufer eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung bewilligen und daß diese eingetragen werden kann, ist außer Zweifel (vgl. noch Predari S. 197). Das ist aber etwas ganz anderes, als die Vormerkung zum Schutze des Wiederkaufsrechts, das nach dem Willen des Gesetzgebers nur die Vertragschließenden, nicht auch den Sonderrechtsnachfolger im Eigentume des Grundstücks binden soll. Der Wiederkauf ist nach § 497 BGB. im Kaufvertrage vorzubehalten. Daraus ergibt sich, daß er der Formvorschrift des § 313 zu genügen hat, wenn er ein Grundstück betrifft.

Der Grund, aus dem Sekler S. 282 und Bendix a. a. O. für die Vormerkbarkeit des persönlichen Verkaufsrechts eintreten, daß nämlich das dingliche Vorkaufsrecht einen anderen Inhalt haben kann als das persönliche, ist offensichtlich nicht beachtlich. Wird ein obligatorisches Vorkaufsrecht eingeräumt, so soll es nach dem Willen der Vertragschließenden und des Gesetzgebers nur unter den Kontrahenten gelten und darf daher nicht mit Wirkungen gegen Dritte vorgemerkt werden. Das RG. (E. 60 S. 225) hat erkannt, daß der obligatorische Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht eingeräumt wird, überhaupt keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründet. Danach kann von der Vormerkung des Rechts des Verkäufers auf Grund eines solchen Vertrags nicht die Rede sein (vgl. KG. JW. 29 S. A 173).

Der Grundsatz, daß die Zahl der dinglichen Rechte eine geschlossene sei, gilt nur für die in dem BGB. geregelten Rechtsmaterien, dagegen nicht für die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsinstitute, z. B. nicht für die Rentengüter (EG. z. GGB. Art. 62). Demgemäß ist die Landesgesetzgebung befugt, bei Rentengütern ein dingliches Wiederkaufsrecht einzuführen. Von dieser Befugnis ist im PAG. z. BGB. Art. 29 auf Grund folgender Erwägungen Gebrauch gemacht: Zur Sicherung der Selbständigkeit der Rentengüter, zu ihrer Erhaltung in gutem Kulturzustand und bei den von der Ansiedlungskommission auf Grund des G. v. 26. April 1886 und 20. April 1898 begründeten Rentengütern auch zu ihrer Erhaltung in deutscher Hand diente bisher das Wiederkaufsrecht, das durch Eintragung im Grundbuche nach § 12 EigG. dingliche Wirkung gegen Dritte erhielt. Der Staat hat als Rentengutsgeber ein wesentliches Interesse, die Zwecke der Kolonisation auch für die Folgezeit zu sichern. Das dingliche Vorkaufsrecht und die Sicherung einer Vertragsstrafe durch Hypothek reichen hierzu nicht aus; das Vorkaufsrecht insbesondere deshalb nicht, weil es bei Tausch, Schenkung, Erbgang ꝛc. nicht geltend gemacht werden kann. Daher müsse das zeitlich unbeschränkte dingliche Wiederkaufsrecht für Rentengüter beibehalten werden. Soweit tunlich, ist dieses Wiederkaufsrecht den Vorschriften des BGB. über das dingliche Vorkaufsrecht nachgebildet. Den Wortlaut des Art. 29 siehe im Anhange zu § 1104.

§ 1094.

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist.

Das Vorkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

1. Das Vorkaufsrecht beschränkt sich im Zweifel auf einen, und zwar auf den ersten Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch seine Erben. Es erlischt, wenn es nicht bei dieser Gelegenheit ausgeübt wird, und kann auch dann, wenn der Besteller das Grundstück zurückerwirbt, nicht mehr

ausgeübt werden. „Im § 1094 Abs. 2 und § 1097 Halbs. 2 wird die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Erweiterung des Vorkaufsrechts in zwei Richtungen, als subjektiv-dingliches und als wiederholentliches Recht bestimmt. Die Erweiterung betrifft nicht den Inhalt der Obligation, sondern die dingliche Seite des Vorkaufsrechts, nämlich die Verknüpfung der aktiven Seite der Obligation mit dem Eigentum an einem Grundstück und den Übergang der passiven Seite der Obligation auf jeden neuen Eigentümer des Grundstücks (nicht bloß auf den Erben), wenn in dem betreffenden Veräußerungsfalle von dem Vorkaufsrechte nicht Gebrauch gemacht wird. — Für den Zweck des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts, das den in Nr. 2 S. 634 f. angegebenen agrarischen Interessen dient, ist die Nichtbeschränkung auf einen Verkaufsfall notwendig. Dasselbe Bedürfnis besteht bei den Vorkaufsrechten, die juristische Personen bei Veräußerung von Grundstücken sich vorbehalten. Bei den mit dem Tode des Berechtigten erlöschenden Vorkaufsrechten hat die Erstreckung auf mehrere Verkaufsfälle geringere Bedeutung; es liegt aber auch hier kein genügender Grund zur Versagung einer solchen Erstreckung vor." (Mot. III S. 452.)

2. Für den Fall der Zerteilung des Grundstücks, mit dem das Vorkaufsrecht verknüpft ist (§ 1094 Abs. 2), ist das Recht von allen Eigentümern der Teile gemeinschaftlich und im ganzen auszuüben (§ 513; vgl. OTrib. E. 79 S. 166).

3. Ist das Vorkaufsrecht, z. B. das nur für den ersten Verkaufsfall bestellte, durch Nichtausübung erloschen, so kann der Eigentümer von dem noch als Vorkaufsberechtigten Eingetragenen Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894).

4. Begründet wird das dingliche Vorkaufsrecht durch Einigung und Eintragung. Die Eintragung erfolgt in Preußen in Abt. II (A. Vf. v. 20. November 1899 § 11 Nr. 1). Streitig ist, ob der obligatorische Vertrag, der die Verpflichtung zur Bestellung eines obligatorischen Vorkaufsrechts enthält, der Form des § 313 Satz 1 BGB. bedarf. Faßt man die obligatorische Vereinbarung als einen Vertrag auf, durch den die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedingt oder betagt begründet wird, so würde die Anwendung des § 313 geboten sein. Dies ist die in der Literatur und in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vorherrschende Meinung (a. M. nur die 2. Aufl.; Kretzschmar 1 S. 204, Bd 2 S. 351, 369 ff., Männer § 58 Nr. 4, Oberneck 1 S. 591, Predari S. 443, Thiele in Z. f. d. d. NotVer. 1902 S. 318). Ihr hatte sich der 3. Zivilsen. des RG. (E. 59 S. 132) in einer gelegentlichen Bemerkung angeschlossen; dagegen hat der 5. Zivilsen. (E. 60 S. 225) mit ausführlicher Begründung dargelegt, daß der Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht hinsichtlich eines Grundstücks eingeräumt wird, an keine Form gebunden ist, weil durch ihn eine Verpflichtung, das Grundstück zu veräußern oder zu erwerben, nicht, auch nicht bedingt oder betagt, begründet wird, sondern diese Verpflichtung erst mit dem Verkauf an einen Dritten entsteht, weil auch der Grund, der zur Vorschrift des § 313 geführt hat, auf diesen Vertrag nicht zutrifft, da ja der Kaufvertrag mit dem Dritten in der Form des § 313 Satz 1 geschlossen werden muß. Alle diese Gründe treffen auch auf den obligatorischen Vertrag, durch den ein dingliches Vorkaufsrecht versprochen wird, zu. Es kommt aber noch hinzu, daß das dingliche Vorkaufsrecht nach § 1094 eine Belastung des Grundstück darstellt. Daß aber der obligatorische Vertrag, durch den die Verpflichtnng zur Bestellung einer Grundstücksbelastung eingegangen wird, keiner Form bedarf, wird gegenwärtig wohl von niemand mehr bestritten.

Aus einem formlosen Vertrag über die künftige Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts kann auf Einigung in einer dem § 873 Abs. 2 entsprechenden Form geklagt werden.

Fuchs (a. a. O.) verlangt gar auch für die dingliche Bindung die Form des § 313 weil der dingliche Vertrag eine obligatorische, bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragnng involviere; das BGB. faßt jedoch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts nicht als bedingte oder betagte Eigentumsübertragung, sondern als Belastung eines Grundstücks auf (§ 1094 Abs. 1), und eine solche erfordert zur Herbeiführung der dinglichen

Bindung nur eine der im § 873 Abſ. 2 aufgeführten Formen. Überdies bezieht ſich § 313 nicht auf dingliche Verträge (vgl. auch Oberneck Z. d. d. NotVer. 1901 S. 35). Zu erinnern iſt daran, daß die Einigung an ſich überhaupt keiner Form bedarf und daß, wenn Eintragung hinzugekommen iſt, die Nichtbeobachtung der Formen des § 873 Abſ. nicht zur Aufrufung des dinglichen Vertrags berechtigt.

5. Über Abſ. 2 vgl. Anm. 9 a S. 644. Zur Begründung des ſubjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts iſt die Eintragung in das Grundbuch des belaſteten Grundſtücks erforderlich, aber auch ausreichend. Die nach § 8 GBO. zuläſſige Eintragung in das Grundbuch des berechtigten Grundſtücks kann nur bewirkt werden, wenn das Vorkaufsrecht auf dem belaſteten Grundſtücke bereits eingetragen iſt. Iſt das Recht auf dem berechtigten Grundſtücke nicht eingetragen, ſo kann daſelbſt auch der Verzicht auf das Recht nicht eingetragen werden. (KG. JW. 25 S. A 142.)

6. Tabularerſitzung iſt ausgeſchloſſen (vgl. S. 317).

§ 1095.

Ein Bruchteil eines Grundſtücks kann mit dem Vorkaufsrechte nur belaſtet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers beſteht.

Zuläſſig iſt die Belaſtung eines Miteigentumsanteils mit einem Vorkaufsrechte. Sie bildet einen Erſatz für das vom BGB. abgelehnte geſetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer. Unzuläſſig iſt dagegen die Neubildung einer Quote durch den Alleineigentümer oder durch einen Miteigentümer, um an dieſer Quote ein Vorkaufsrecht zu beſtellen (Mot. III S. 452). Unzuläſſig iſt die Belaſtung des Anteils eines Geſamthandeigentümers (z. B. eines Miterben). Die zuläſſige Belaſtung iſt auf den betreffenden Miteigentumsanteil einzutragen.

Die Beſtellung eines Vorkaufsrechts an einem realen Grundſtücksteil iſt an ſich zuläſſig, da die einzelnen Flächen des Grundſtücks nicht weſentliche Beſtandteile ſind (vgl. Anm. 4 S. 20 f.). Es iſt dann jedoch dieſer Teil abzuſchreiben und auf ein beſonderes Grundbuchblatt zu übertragen oder es iſt für ihn und den Reſt des Grundſtücks ein gemeinſchaftliches Blatt anzulegen (GBO. §§ 6, 4; vgl. Bd II Anm. 8 zu § 6 GBO.). Das OLG. Dresden (RJA. 2 S. 104) und Planck Nr. 3 zu § 1095 nehmen an, das ganze Grundſtück könne mit einem Vorkaufsrecht in der Weiſe belaſtet werden, daß das Recht nur ausgeübt werden dürfe, wenn ein beſtimmter Grundſtücksteil abveräußert werde. In Wahrheit handelt es ſich aber doch nur um die Belaſtung eines Teiles. Wie hier Predari S. 73 Nr. 9. Im übrigen vgl. Bd II Anm. 8 zu § 6 GBO.

§ 1096.

Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör erſtreckt werden, das mit dem Grundſtücke verkauft wird. Im Zweifel iſt anzunehmen, daß ſich das Vorkaufsrecht auf dieſes Zubehör erſtrecken ſoll.

Soweit das Zubehör mit dem Grundſtücke ſeitens des Vorkaufspflichtigen veräußert wird, erſtreckt ſich das Vorkaufsrecht im Zweifel auch auf das Zubehör. Dieſe Vorſchrift beruht auf demſelben Grundſatze wie §§ 926, 1031. Werden Zubehörſtücke ohne das Grundſtück verkauft, ſo iſt ein Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gegeben. Das Vorkaufsrecht erſtreckt ſich auch auf Zubehörſtücke, die nicht in das Eigentum des dritten Erwerbers gelangt ſind (Fuchs Anm. zu § 1096). Im übrigen vgl. die Anm. zu § 926 S. 487 f. Die Eintragung einer dem § 1096 entſprechenden Vereinbarung in das Grundbuch iſt weder erforderlich, noch einmal zuläſſig (a. M. Oberneck 1 S. 593).

§ 1097.

Das Vorkaufsrecht beschränkt sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben; es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden.

Das dingliche Vorkaufsrecht ist passiv vererblich; es kann aber auch vereinbart werden, daß es mit dem Tode des Bestellers erlöschen soll. Eine solche Vereinbarung muß ins Grundbuch eingetragen werden (Kretzschmar 2 S. 355). Wird es für mehrere oder alle Fälle bestellt, so muß diese Abweichung von der Regel durch Eintragung oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874) kenntlich gemacht werden. Ist dies unterblieben, so hat die Vereinbarung keine dingliche Wirkung und daher steht sie auch einem Erwerber des Grundstücks, der die Vereinbarung kennt, nicht entgegen (a. M. Fuchs Nr. 2 b zu § 1097). Im übrigen vgl. Anm. 1 S. 637 f.

§ 1098.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514. Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird.

Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.

I. § 1098 Abs. 1 Satz 1 ergänzt die Bestimmung des § 1094 Abs. 1 durch die nähere Angabe des Inhalts des Vorkaufsrechts. Durch die Begründung entsteht eine Obligation zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer des Grundstücks als solchem, deren Inhalt nach den Bestimmungen über das obligatorische Vorkaufsrecht zu beurteilen ist. Bei dem sich wiederholenden Vorkaufsrechte gelangt, wenn in einem Verkaufsfalle das Recht nicht ausgeübt wird, der neue Erwerber als Schuldner in dieselbe Stellung, die sein Veräußerer hatte. Im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen tritt der dingliche Charakter des Rechtes nicht hervor. Wird über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so kann der Berechtigte vom Konkursverwalter Befriedigung seines Anspruchs aus dem bereits ausgeübten und daher perfekt gewordenen Vorkaufe, d. h. Auflassung, verlangen (KO. § 24). Das Wahlrecht aus § 17 KO. steht dem Verwalter nicht zu. Die Eintragung eines Vorkaufsrechts wirkt wie eine Vormerkung auf Auflassung und diese wirkt auch gegenüber der Konkursmasse (vgl. Begr. z. KO. Nov. § 19 b des Entw.). War zur Zeit der Konkurseröffnung zwar der Kaufvertrag abgeschlossen, aber das Vorkaufsrecht noch nicht ausgeübt, so steht dem Verwalter das Wahlrecht aus § 17 KO. zu und er kann daher das Vorkaufsrecht für diesen Fall vereiteln (Biermann Nr. 3 zu § 1098, Jaeger KO. Nr. 4 zu § 24). Vgl. Anm. II 1 b.

II. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504—514; das davon streng zu sondernde Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber wird durch die §§ 1099—1102 geregelt.

Die Vorschriften der §§ 504—514 nehmen — wie schon (S. 635 Anm. 3) hervorgehoben — bei dem dinglichen Vorkaufsrecht einen zwingenden Charakter an (KG. RJA. 5 S. 120). Die Anwendung jener Vorschriften auf das dingliche Vorkaufsrecht ergibt folgendes:

1. Der Berechtigte kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über das belastete Grundstück oder Teile davon (Mot. II S. 346; a. M. für das bisher. Recht OTrib. Arch. 1 S. 273, E. 55 S. 58) geschlossen

hat (§ 504). Das Vorkaufsrecht beſchränkt ſich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, dem das Grundſtück zur Zeit der Beſtellung gehört, oder durch ſeine Erben; es kann jedoch (abweichend vom obligatoriſchen Vorkaufsrecht) auch *für mehrere* oder *für alle Verkaufsfälle* beſtellt (§ 1097) und dann auch bei Verkäufen ſeitens der Sondernachfolger des Beſtellers ausgeübt werden. Der *Vertrag* mit dem Dritten muß (wie nach PALR. I 20 §§ 568, 608) *perfekt* geworden ſein. Iſt das Vorkaufsrecht nach dem Vertrage nur für den Fall begründet, daß dem verpflichteten Eigentümer innerhalb einer beſtimmten Friſt ein *bindendes* Kaufgebot von einem Dritten gemacht wird, ſo muß das Kaufgebot gerichtlich oder notariell erklärt werden, damit das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann (RG. V 110. 02). Iſt der Kaufvertrag nichtig oder wird er auf Anfechtung aufgehoben, ſo kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden. Es muß ſich um einen *Kauf* handeln. Tauſch berechtigt zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht; ebenſowenig ein in der Form eines Kaufvertrags geſchloſſener Vertrag, durch den Überlaſſung des Eigentums an einem Grundſtücke für geleiſtete Dienſte (OTrib. Arch. 23 S. 260) oder behufs der Auseinanderſetzung einer Gemeinſchaft (RG. JW. 1895 S. 98 Nr. 38) verſprochen wird. Das dingliche Vorkaufsrecht kann aber auch nicht einmal in allen Verkaufsfällen ausgeübt werden. Es erſtreckt ſich:

a. im Zweifel *nicht* auf einen Verkauf, der mit Rückſicht auf ein künftiges Erbrecht an einen *geſetzlichen* Erben, d. h. an eine Perſon, die, wenn der Berechtigte zur Zeit des Verkaufs ſtürbe, zu ſeinen geſetzlichen Erben gehören würde (OTrib. E. 65 S. 171, Arch. 100 S. 298), erfolgt (§ 511). Ein ſolcher Verkauf wird gegenüber dem Vorkaufsrechte der Vererbung gleichgeſtellt, d. h. das Recht kann ausgeübt werden, wenn der Käufer das Grundſtück weiter verkauft (ſo auch nach PALR. I 20 § 584; vgl. OTrib. E. 19 S. 226, Bd 65 S. 168, Arch. 2 S. 213, Bd 80 S. 261, Bd 100 S. 298). Daraus ergibt ſich ganz klar, daß auch das auf *einen* Verkaufsfall beſchränkte Vorkaufsrecht durch einen ſolchen Verkauf nicht untergeht (Biermann Anm. zu § 1097, Fuchs Nr. 2; a. M. Planck Nr. 2 b zu § 1098, Gierke SR. S. 802 Anm. 27). Bei Renten- und Anſiedelungsgütern kann auch das geſetzliche Vorkaufsrecht der anerbenberechtigten Miterben nicht ausgeübt werden, wenn das Gut an einen dem Verkäufer gegenüber anerbenberechtigten Verwandten verkauft wird (PG. v. 8. Juni 1896 § 27 Abſ. 3 Satz 3; PG. v. 2. Juli 1898 § 33 Abſ. 3 Satz 3). Dieſe Beſtimmungen werden durch das BGB. nach Art. 62, 64 EG. dazu nicht berührt.

b. *Das durch Rechtsgeſchäft begründete dingliche Vorkaufsrecht* iſt (abweichend vom PALR. I 20 §§ 615 ff. u. PZVG. v. 1883 § 67) ausgeſchloſſen und erliſcht, falls es nur für den erſten Verkaufsfall beſtellt war, wenn der *Verkauf im Wege der Zwangsvollſtreckung* erfolgt (§ 512); dagegen kann es (Abweichung von § 512) ausgeübt werden, wenn das Grundſtück durch den *Konkursverwalter* aus freier Hand verkauft wird (§ 1098 Abſ. 1 Satz 2; vgl. KO. § 134 Nr. 1, Prot. III S. 758). Der Konkursverwalter kann alſo das Vorkaufsrecht nur dadurch vereiteln, daß er das Grundſtück zwangsverſteigern läßt (KO. § 126). Das *geſetzliche* dingliche Vorkaufsrecht der *Miterben* (BGB. § 2034 ff.) kann im Konkurſe nicht ausgeübt werden (Jaeger KO. Nr. 33 zu § 1). Ob das *für mehrere oder für alle Fälle beſtellte Vorkaufsrecht* durch die Zwangsverſteigerung erliſcht, hängt davon ab, ob es bei der Feſtſtellung des geringſten Gebots berückſichtigt iſt oder nach den Verſteigerungsbedingungen beſtehen bleiben ſoll (ZVG. §§ 52, 91). Über den Rang der beim Inkrafttreten des BGB. beſtehenden Vorkaufsrechte vgl. Nr. 4 S. 635.

Die geſetzlichen Vorkaufsrechte können je nach den Beſtimmungen der maßgebend bleibenden *Landesgeſetze* auch im Falle der Zwangsvollſtreckung ausgeübt werden. So z. B. das Vorkaufsrecht der anerbenberechtigten Miterben nach § 27 Abſ. 3 Satz 2 PG. v. 8. Juni 1896 und nach § 33 Abſ. 3 Satz 2 PG. v. 2. Juli 1898.

Die Zwangsverſteigerung in den Fällen der §§ 175 ff. ZVG. (Nachlaß- und Teilungsſubhaſtation) iſt nicht als eine Zwangsvollſtreckung anzuſehen (RG. E. 23 S. 357, Bd. 36

S. 358, JW. 1897 S. 77 Nr. 1). Es kann daher das dingliche Vorkaufsrecht geltend gemacht werden (Mot. II S. 350).

2. Die Ausübung auch des dinglichen Vorkaufsrechts erfolgt durch formlose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Mit dieser kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505 BGB.). Ein Vorkaufsrecht mit im voraus bestimmten festen Preise ist unzulässig und nicht eintragungsfähig (vgl. S. 635). Die Formfreiheit der Erklärung beim dinglichen, nur an Grundstücken und ihnen gleichstehenden Berechtigungen möglichen Vorkaufsrechte bedeutet eine positive Ausnahme vom § 313. Mit der Erklärung kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande. Der Berechtigte tritt also nicht in den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag ein, sondern es handelt sich um einen neuen und selbständigen Vertrag, der unter denselben Bedingungen geschlossen wird, wie der zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossene (so auch nach bisher. Rechte; OTrib. E. 78 S. 222, Arch. 97 S. 190). Auf Grund dieses Vertrags kann der Berechtigte gegen den Verpflichteten auf Auflassung klagen. Ist ein Dritter auf Grund der Auflassung des Verpflichteten als Eigentümer eingetragen, so wird der Berechtigte als Eigentümer auf Grund der vom Verpflichteten freiwillig erteilten oder durch rechtskräftiges Urteil ergänzten (ZPO. § 894) Auflassungserklärung des Verpflichteten in Verbindung mit der Auflassungserklärung des Berechtigten und der freiwillig erteilten oder nach § 894 ZPO. durch Urteil ergänzten Zustimmung des Dritten zur Eintragung des Berechtigten (BGB. § 888 Abs. 1, 1100 Satz 1) eingetragen. Die Annahme, daß der Berechtigte ohne Auflassung bloß im Wege des § 888 seine Eintragung erlangen könne (so anscheinend Fuchs Anm. 1 b zu § 1094), ist nicht begründet. Der dritte Eigentümer ist zur Auflassung nicht verpflichtet; er hat das Grundstück nur an den Vorkaufsberechtigten herauszugeben und die Zustimmung zur Eintragung des Vorkäufers zu erteilen. Sobald der Berechtigte als Eigentümer eingetragen ist, erlangt er die Klage gegen den besitzenden Dritten auf Herausgabe des Grundstücks (BGB. § 985).

3. Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). In diesen Fällen kommt also der Verkauf so zustande, als ob jene Vereinbarungen nicht getroffen wären. Davon abgesehen gelten Bedingungen und der Vorbehalt des Rücktritts aus anderen Gründen auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber. Das BGB. gestattet dem Vorkaufspflichtigen auch nicht (wie das PALR. I 20 §§ 618, 619) dem Berechtigten gegenüber bis zu dessen Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Übereinkunft mit dem Dritten von dem mit diesem abgeschlossenen Kaufvertrag abzugehen (Mot. II S. 346). Demnach wird die Berechtigung zur Ausübung des Vorkaufsrechts schon mit dem Abschlusse des Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten erworben anders nach bisher. Rechte; RG. Gruch. 33 S. 984).

4. Hat sich der Dritte im Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außerstande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten. Läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Gegenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde (§ 507). Für den statt der Nebenleistung zu entrichtenden Geldwert ist der Zeitpunkt der Erfüllung entscheidend. Die Verpflichtung zu dieser Geldleistung tritt, namentlich inbezug auf die Erfüllung Zug um Zug, ganz an die Stelle der betreffenden Leistung. (Mot. II S. 349). Der Berechtigte ist nicht verpflichtet, über diesen Wert hinaus das Interesse zu vergüten.

5. Hat der Dritte das Grundſtück, auf das ſich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenſtänden zu einem Geſamtpreiſe gekauft, ſo hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Geſamtpreiſes zu entrichten. Der Verpflichtete kann verlangen, daß der Vorkauf auf alle Sachen erſtreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können (§ 508). Mit dieſer Vorſchrift wird eine ſich an das PALR. I 20 § 607 anknüpfende Kontroverſe entſchieden. Das OTrib. (E. 34 S. 160, Arch. 24 S. 29) nahm an, daß der Vorkaufsberechtigte das Recht bezüglich aller zu einem Geſamtpreiſe verkauften Gegenſtände ausüben könne, und in der Literatur wurde behauptet (Dernburg, Lehrb. 1 § 381 bei Anm. 8, 9), der Dritte dürfe fordern, daß der Vorkaufsberechtigte entweder in den ganzen Kauf eintrete oder von ſeinem Rechte abſtehe. Das BGB. entſcheidet, der Billigkeit und der juriſtiſchen Konſequenz völlig entſprechend: Der Berechtigte kann ſein Vorkaufsrecht auch im Falle des ſogen. Mengekaufs nur an dem Gegenſtand ausüben, an dem es ihm eingeräumt iſt. Er hat dann aber auch nur einen verhältnismäßigen Teil des Geſamtpreiſes zu entrichten. Der Verpflichtete (der Dritte kommt hier überhaupt nicht in Frage) hat kein Recht darauf, daß der Berechtigte den Vorkauf an allen für einen Geſamtpreis verkauften Gegenſtänden ausübe, ſondern darf nur die Ausdehnung des Vorkaufs auf alle Sachen fordern, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Daß der Vorkauf auch auf Forderungen oder andere Rechte, die mit Grundſtücken oder anderen Sachen für einen Geſamtpreis verkauft ſind, erſtreckt werde, kann der Verpflichtete unter keinen Umſtänden verlangen. (Es ſei hier wiederholt daran erinnert, daß das BGB. unter „Sachen“ nur körperliche Sachen, unter „Gegenſtänden“ Sachen und Rechte verſteht.)

6. Iſt dem Dritten in dem Vertrage der Kaufpreis (für das Grundſtück) geſtundet, ſo kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anſpruch nehmen, wenn er für den geſtundeten Betrag Sicherheit beſtellt. Der Sicherheitsleiſtung bedarf es inſoweit nicht, als für den geſtundeten Kaufpreis die Beſtellung einer Hypothek am Grundſtücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundſtücke beſteht, übernommen worden iſt (§ 509). Der erſte Satz dieſer Vorſchrift, die mit dem PALR. I 20 § 621 übereinſtimmt, enthält eine Ausnahme von der Regel des § 505 Abſ. 2 BGB. Der zweite Satz ſoll dem Vorkaufsberechtigten die Pflicht der Sicherheitsleiſtung erleichtern. Wird dem Verpflichteten im Einklange mit dem mit dem Dritten geſchloſſenen Vertrage für den kreditierten Kaufpreis mit dem belaſteten Grundſtücke Hypothek beſtellt, ſo iſt nicht erforderlich, daß dieſe den Vorausſetzungen entſpricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleiſtung Mündelgeld in Hypothekenforderungen angelegt werden darf (§ 238). Dadurch, daß der Vorkaufsverpflichtete dem Dritten gegenüber ſich mit der Hypothekbeſtellung (im Vertrag) einverſtanden erklärt, gibt er zu erkennen, daß er dieſe Art der Sicherheitsbeſtellung für ausreichend halte. Ebenſo gilt die Übernahme der auf dem Grundſtück eingetragenen Hypotheken für eine genügende Sicherung, auch bevor noch der Gläubiger ſein Einverſtändnis mit dieſer Übernahme erklärt.

7. Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten nicht das Grundſtück zum Kaufe anzubieten, ſondern ihm nur den Inhalt des mit dem Dritten geſchloſſenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten erſetzt. Das Vorkaufsrecht kann bei Grundſtücken nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten nach dem Empfange der Mitteilung ausgeübt werden. Iſt für die Ausübung eine Friſt beſtimmt, ſo tritt dieſe an die Stelle der geſetzlichen Friſt (§ 510). Die Anzeigepflicht iſt eine Folge der eingegangenen Verpflichtung. Daß die Mitteilung wirklich erfolgt ſei, iſt nicht Vorausſetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts (ebenſowenig nach PALR. I 20 § 608). Die Mitteilung iſt unverzüglich, d. h. ohne ſchuldhaftes Zögern (§ 121 Abſ. 1 BGB.) zu machen. Durch Unterlaſſung oder ſchuldhafte Verzögerung macht ſich der Verpflichtete dem Berechtigten ſchadenerſatzpflichtig, aber ſoweit keine perſönliche Verpflichtung beſteht, nur dinglich (Gierke SR. S. 803 Anm. 33). Die Mitteilung iſt überdies weſentlich

für die Verwirkung des Vorkaufsrechts wegen nicht rechtzeitiger Ausübung. Über Form und Inhalt der Mitteilung sind keine Vorschriften gegeben. Das Fehlen einer Formvorschrift bedeutet nach dem Systeme des BGB., daß die Mitteilung an keine Form gebunden ist. Der Inhalt muß vollständig dem Inhalte des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags entsprechen. Daß sie von einer Abschrift dieses Vertrags begleitet wird (PALR. I 20 § 608), ist nicht erforderlich. Im übrigen gelten für die Mitteilung die Bestimmungen der §§ 130 ff. BGB. Die Bestimmung einer mit dem Empfange der Mitteilung beginnenden Präklusivfrist, binnen der das Vorkaufsrecht ausgeübt werden muß, widrigenfalls es erlischt, stimmt mit dem PALR. I 20 §§ 609, 610 überein. Für die Berechnung der Frist sind die §§ 187, 188 BGB. maßgebend. Unterläßt der Verpflichtete die Mitteilung, so kann das eingetragene Vorkaufsrecht nicht verjähren (§ 902 BGB.). Der Mitteilung des Verpflichteten steht die des Dritten in allen Beziehungen gleich, insbesondere wird auch durch sie die Präklusivfrist gegen den Berechtigten in Lauf gesetzt.

Von selbst versteht sich, daß das eingetragene Vorkaufsrecht auch durch Verzicht und, wenn es nur für eine bestimmte Zeit eingeräumt ist, mit Ablauf dieser Zeit erlischt.

8. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur *im Ganzen* ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht *im Ganzen* auszuüben (§ 513). Ob von Anbeginn an mehrere Verkaufsberechtigte vorhanden waren, oder eine Mehrheit erst durch ein nachträgliches Ereignis, z. B. im Falle des § 1094 Abs. 2 durch Zerteilung des Grundstücks, mit dem das Vorkaufsrecht verbunden ist, entstanden ist, verschlägt nichts.

9. Nach § 514 ist das Vorkaufsrecht, *sofern nicht ein anderes bestimmt ist*:

a) durch Rechtsgeschäft unter Lebenden *nicht übertragbar*, d. h. der Berechtigte kann die Ausübung des Vorkaufsrechts keinem anderen übertragen (KG. RJA. 5 S. 122: wie nach PALR. I 20 § 594). Die Rechte aus dem durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrage sind nach allgemeinen Grundsätzen übertragbar. Keine Ausnahme von der Regel des § 514 bildet die Vorschrift des § 1094 Abs. 2; denn in der Bestellung des Rechtes zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks liegt zugleich die Bestimmung, daß das Vorkaufsrecht *mit* dem berechtigten Grundstück übertragen werden darf. — Soweit das dingliche Vorkaufsrecht nicht übertragbar ist, kann an ihm auch kein Pfandrecht begründet werden (§ 1274 Abs. 2); insoweit steht es auch der Konkursmasse des Vorkaufsberechtigten nicht zu. Das *gesetzliche* dingliche Vorkaufsrecht der Miterben (BGB. §§ 2034 ff.) fällt nicht in die Konkursmasse des Vorkaufsberechtigten (Jaeger KO. Nr. 32 zu § 1).

b) *nicht vererblich*. Ist das Recht jedoch auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich, aber nur insoweit, als ein Erbfall innerhalb der gesetzten Zeit eintritt (wie nach PALR. I 20 § 596 in Verb. mit I 11 §§ 314—318). Die durch Ausübung des Vorkaufsrechts dem Berechtigten bereits erworbenen Rechte gehen auf seine Erben über (OTrib. E. 23 S. 338, Bd 30 S. 145, Bd 38 S. 157, Bd 80 S. 82), gleichviel ob die Erbfolge durch Gesetz oder letztwillige Verordnung vermittelt wird. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt, so wird es mit diesem Grundstücke vererbt. Dadurch, daß der § 1098 den § 514 als maßgebend für das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten erklärt, ist auch für das dingliche Vorkaufsrecht die Bestimmung, daß es vererblich und veräußerlich sein solle, gestattet (a. M. Immerwahr, JheringsJ. 40 S. 290; wie hier Fuchs Nr. 3 zu § 1103, Biermann Nr. 1 zu § 1094, Gierke SR. S. 800 Anm. 18).

III. *Dritten gegenüber* hat das (eingetragene) Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung (§ 1098 Abs. 2). Danach sind (vgl. § 883) Verfügungen, die über das Grundstück nach der Eintragung der Vormerkung bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts getroffen werden, insoweit unwirksam, als sie den

Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden. Vereitelt oder beeinträchtigt wird das Vorkaufsrecht aber im wesentlichen nur durch Übertragung des Eigentums an Dritte. Freilich kann auch durch Überlastung mit Hypotheken eine Beeinträchtigung herbeigeführt werden. Hypotheken und andere Belastungen, die nach der Ausübung des Vorkaufsrechts eingetragen sind, müssen dem Rechte des Vorkaufsberechtigten weichen (a. M. Planck, der die Zeit des Eintritts des Vorkaufsfalls für entscheidend hält). Ist das Vorkaufsrecht nach § 1097 Halbs. 1 auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch seine Erben beschränkt und ist das Grundstück von diesen Personen an einen Dritten verkauft, so hat zwar der Vorkaufsberechtigte kein Vorkaufsrecht in Ansehung des seitens dieses Dritten bewirkten weiteren Verkaufs, aber er kann in Ansehung des ersten Verkaufs sein Recht mit Wirkung gegen jeden Dritten, also auch gegen die weiteren Erwerber des Grundstücks ausüben, wenn ihm vom ersten Verkaufe keine Mitteilung gemacht oder die ihm nach § 510 Abs. 2 offen stehende Frist noch nicht verstrichen ist. Dem Dritten stehen alle Einreden zu, die der Vorkaufsverpflichtete geltend machen könnte (Prot. III S. 763 V).

IV. Bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Vorkaufsrechte sind die Voraussetzungen des Eintritts, der Ausübung und der Aufhebung des Vorkaufsrechts als zu dessen Inhalte gehörig nach dem zur Zeit seiner Entstehung geltenden Gesetze zu beurteilen (EG. z. BGB. Art. 184). Nach PALR. I 20 §§ 608, 611 muß der Verkäufer des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Grundstücks dem Vorkaufsberechtigten vom Abschlusse des Kaufes gerichtlich (vgl. PAG. z. ZPO. v. 24. März 1879 § 1 Abs. 3) oder durch einen Notar Nachricht geben. Nur durch eine solche Bekanntmachung wird die für die Ausübung des Vorkaufsrechts dem Vorkaufsberechtigten durch den Vertrag oder durch Gesetz vorgeschriebene Ausschlußfrist in Gang gesetzt. (RG. E. 58 S. 157.)

§ 1099.

Gelangt das Grundstück in das Eigentum eines Dritten, so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 510 Abs. 2 bestimmten Wirkung mitteilen.

Der Verpflichtete hat den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist.

Die im § 510 vorgeschriebene Mitteilung des Vorkaufspflichtigen ist auf das Schuldverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten insofern von Einfluß, als mit dem Zeitpunkte der Mitteilung für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine Erlöschungsfrist (vgl. Anm. 7 S. 643) zu laufen beginnt. Die mit Ablauf dieser Frist eintretende Präklusion kommt auch dem dritten Erwerber des Grundstücks zugute. Dieser hat aber ein selbständiges Interesse daran, daß entschieden wird, ob sein Erwerb ein definitiver ist, oder ob er das Grundstück an den Vorkaufsberechtigten herausgeben muß. Daher ist ihm das Recht zur Mitteilung mit denselben Wirkungen, als wenn die Mitteilung vom Vorkaufsverpflichteten ausgegangen wäre, beigelegt (wie nach PALR. I 20 §§ 644, 645). Die Erklärung des Berechtigten, daß er das Vorkaufsrecht ausübe, ist in jedem Falle dem Verpflichteten (nicht dem Dritten) gegenüber abzugeben (vgl. Prot. III S. 763 VI). Der Verpflichtete hat dem neuen Eigentümer von der Ausübung oder dem Erlöschen des Vorkaufsrechts ohne Verzug Mitteilung zu machen, widrigenfalls er nach den allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig ist.

Die §§ 1099—1102 setzen voraus, daß das belastete Grundstück bereits in das Eigentum eines Dritten, sei es desjenigen, mit dem der Verpflichtete einen Kaufvertrag geschlossen hat, sei es eines anderen, an den dieser weiter verkauft hat, (durch Auflassung) übergegangen ist. Im Falle des § 1099 hat jeder nachfolgende Eigentümer das Mitteilungsrecht. Die Benachrichtigungspflicht des Vorkaufsverpflichteten besteht aber wohl nur demjenigen gegenüber, dem er das Eigentum übertragen hat (Biermann zu § 1099; a. M. Planck Nr. 4 z. § 1099).

§ 1100.

Der neue Eigentümer kann, wenn er der Käufer oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist, die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird. Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer, so kann der bisherige Eigentümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern.

Die §§ 1100—1102 setzen voraus, daß das Eigentum des belasteten Grundstücks bereits vom Verpflichteten auf den Dritten übertragen ist. Die dingliche Wirkung des eingetragenen Vorkaufsrechts äußert sich darin, daß der Dritte (und jeder seiner Rechtsnachfolger) zur Herausgabe des Grundstücks an den Vorkaufsberechtigten verpflichtet ist (§ 1098 Abs. 2; wie nach PALR. I 20 § 631). Im Anschluß an das bisherige Recht (PALR. I 20 § 632) sichert § 1100 den Dritten und seine Rechtsnachfolger für den Fall, daß der Dritte den Kaufpreis oder einen Teil davon bereits bezahlt hat. Es ist zu unterscheiden, ob der Berechtigte seine Eintragung als Eigentümer bereits erlangt hat oder nicht. Hat er die Eintragung noch nicht erlangt, so kann der Dritte (der neue Eigentümer) die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümers und die Herausgabe des Grundstücks bis zur Erstattung des gezahlten Kaufpreises oder Kaufpreisteils seitens des Verkäufers verweigern; im anderen Falle hat der Dritte neben der Retentionseinrede gegenüber dem Berechtigten auch einen selbständigen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks. Diesen Anspruch verliert er auch nicht durch Herausgabe des Grundstücks (Biermann, Planck, Kober). Hat der Berechtigte nicht nur das Eigentum, sondern auch schon den Besitz erlangt, so hat er dem Dritten den Kaufpreis unbedingt zu erstatten. Damit ist aber die Erstattungspflicht des Vorkaufsberechtigten erschöpft. Die Kosten des vom Verpflichteten mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags und der Auflassung an den Dritten hat er nicht zu ersetzen (wie nach PALR. I 20 § 633). Wegen Verwendungen in das Grundstück seitens des Dritten kann er nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrundes, z. B. beim Vorliegen der Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung, in Anspruch genommen werden (vgl. Prot. III S. 760; a. M. Planck Nr. 4 zu § 1100; wie hier Biermann Nr. 2 a zu § 1100). Hat der im Eigentum und im Besitze befindliche Dritte Hypothekenzinsen, die im voraus zu bezahlen waren, entrichtet, so hat er, falls er innerhalb der Zinsperiode Eigentum und Besitz auf den Berechtigten übertragen muß, verhältnismäßigen Ersatz vom Berechtigten zu beanspruchen (§§ 103, 812 ff. BGB.).

Hat der ursprüngliche Käufer das Grundstück weiter veräußert, so kann der neue Erwerber nur Erstattung der auf den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Käufer vereinbarten Kaufpreis geleisteten Zahlungen vom Vorkaufsberechtigten beanspruchen. Wegen Zahlungen auf den im späteren Vertrage vereinbarten Kaufpreis kann er sich nur an seinen Verkäufer halten. — Hat der Dritte kein Eigentum erlangt, so kann er sich überhaupt nur an seinen Verkäufer halten. Gedacht ist im § 1100 anscheinend nur an den Fall, daß der Eigentümer das Grundstück nur ein Mal verkauft hat. Wird er seinem Käufer untreu und schließt mit einem anderen einen Kaufvertrag, erteilt ihm auch die Auflassung, so soll dieser neue Eigentümer nach Planck (Nr. 6 zu § 1100) verpflichtet sein, die Zustimmung zur Auflassung an den Vorkaufsberechtigten zu erteilen, ohne daß ihm eine Einrede oder Gegenforderung zustehe. Diese Annahme ist recht bedenklich und entspricht nicht der Billigkeit, wenn der neue Eigentümer beim Erwerbe vom früheren Verkaufe keine Kenntnis hatte. Sie führt auch zu einem ungerechtfertigten Vorteile für den Vorkaufsberechtigten. Wäre der erste Käufer Eigentümer geworden, so müßte der Berechtigte, um die Herausgabe des Grundstücks und seine Eintragung zu erlangen, jenem den gezahlten

Kaufpreis erstatten (§ 1100). Da dieser Fall nicht eingetreten ist, besteht auch keine Erstattungspflicht gegenüber dem ersten Käufer. Der gutgläubige neue Eigentümer verliert nach jener Ansicht sein Eigentum ohne jeden Ersatz, obwohl er nach dem Inhalte des Grundbuchs annehmen durfte, daß er das Grundstück mit den beschränkten Rechten, die sich aus dem eingetragenen Vorkaufsrecht ergeben, erwerben könne. Hoffentlich wird die Praxis dahin kommen, den Vorkaufsberechtigten nach Analogie des § 1100 zur Erstattung eines Betrags der vom zweiten Käufer geleisteten Anzahlung zu verpflichten, der dem vom ersten Käufer nach dem Vertrag anzuzahlenden Betrag entspricht.

§ 1101.

Soweit der Berechtigte nach §§ 1100 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei.

§ 1102.

Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum, so wird der Käufer, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; den berichtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern.

An den Verpflichteten hat der Vorkaufsberechtigte nur den Teil des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises zu zahlen, der nach Abzug des vom Käufer oder seinen Rechtsnachfolgern berichtigten Kaufpreisteils übrig bleibt. Inbetreff des letzten Teiles des Kaufgeldes ist er *nur* Schuldner des Käufers oder seines Rechtsnachfolgers, und der Käufer oder seine Rechtsnachfolger können sich dieserhalb *nur* an ihn, nicht auch den Vorkaufsverpflichteten halten. Andererseits wird der Käufer oder sein Rechtsnachfolger, wenn er infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum verliert, von der Verpflichtung zu weiteren Kaufpreiszahlungen frei. Insoweit werden also die vertraglichen Beziehungen einerseits zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten und anderseits zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer gelöst.

§ 1103.

Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden.

Ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden.

§ 1103 enthält die Regel, daß ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht nicht in ein subjektiv-dingliches und dieses nicht in jenes umgewandelt werden kann. Eine gleiche Regel enthalten die §§ 1110, 1111 Abs. 1 für die Reallasten.

§ 1104.

Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Vorkaufsrecht.

Auf ein Vorkaufsrecht, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

1. Auf das dingliche Vorkaufsrecht, das nach § 1098 Abs. 2 Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat, sind hier in Abs. 1 die Bestimmungen über das Aufgebot

von vorgemerkten Rechten (§ 887) übertragen (vgl. Prot. IV S. 601 XXI). Es soll damit die Beseitigung alter, nicht mehr bestehender, aber noch eingetragener Vorkaufsrechte ermöglicht werden. Über das Aufgebotsverfahren vgl. Anm. 7 zu § 1170.

2. Bezüglich des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts findet ein Aufgebotsverfahren nicht statt, weil es bei solchen Vorkaufsrechten kaum noch vorkommen kann, daß der Berechtigte unbekannt ist.

Anhang.

Wie in Nr. 6 S. 637 schon erwähnt wurde, hat Preußen ein dingliches Wiederkaufsrecht bei Rentengütern eingeführt, und zwar auch bei den nicht durch Vermittlung der Generalkommission begründeten oder den vom Staate ausgegebenen. Es bestimmt das AG. z. BGB.:

Art. 29.

§ 1. Ein Grundstück, welches gegen Übernahme einer festen Geldrente zu Eigentum übertragen ist (Rentengut), kann zugunsten des Veräußerers in der Weise belastet werden, daß dieser dem Eigentümer gegenüber zum Wiederkaufe berechtigt ist.

Das Wiederkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks des Veräußerers bestellt werden.

§ 2. Ein Bruchteil eines Rentengnts kann mit dem Wiederkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.

§ 3. Das Wiederkaufsrecht beschränkt sich auf die Fälle, daß der Eigentümer das Rentengut verkauft oder sich durch einen sonstigen Vertrag zur Übertragung des Eigentums verpflichtet oder daß das Rentengut im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird; es kann auch für die Fälle bestellt werden, daß der Eigentümer stirbt oder eine im Rentengutsvertrage festgesetzte Verpflichtung nicht erfüllt.

§ 4. Das Wiederkaufsrecht erstreckt sich auf das zur Zeit der Ausübung vorhandene Zubehör.

§ 5. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften des § 497 Abs. 1 und der §§ 498 bis 502 BGB.

Dritten gegenüber hat das Wiederkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.

§ 6. Das Wiederkaufsrecht kann nur bis zum Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt ausgeübt werden, in welchem der Berechtigte von dem Eintritte des zum Wiederkaufe berechtigenden Falles Kenntnis erhält. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

§ 7. Gelangt das Rentengut in das Eigentum eines Dritten, so kann dieser die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Rentenguts verweigern, bis ihm der Wiederkaufspreis so weit ausgezahlt wird, als er oder sein Rechtsvorgänger für den Erwerb des Rentenguts Aufwendungen gemacht hat. Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer, so kann der bisherige Eigentümer von ihm die Erstattung der für den Erwerb des Rentenguts gemachten Aufwendungen bis zur Höhe des Wiederkaufspreises gegen Herausgabe des Rentenguts fordern.

§ 8. Soweit der Berechtigte nach § 7 den Dritten zu entschädigen hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Wiederkaufe geschuldeten Kaufpreises frei.

§ 9. Verliert der neue Eigentümer infolge der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts das Eigentum, so wird er, soweit die für den Erwerb des Rentenguts von ihm geschuldete Gegenleistung noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; die für den Erwerb bereits gemachten Aufwendungen kann er so weit zurückfordern, als sie durch den an ihn gezahlten Wiederkaufspreis nicht gedeckt sind.

§ 10. Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Wiederkaufsrecht kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden.

Ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Wiederkaufsrecht kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden.

§ 11. Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 BGB. für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Wiederkaufsrecht.

Auf ein Wiederkaufsrecht, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Dazu tritt dann noch die Bestimmung des PAG. z. G., betr. Änder. der ZPO., in der Fassung des G. v. 22. September 1899 (GesS. S. 284).

§ 28.

Bei Aufgeboten, welche auf Grund des Art. 29 § 11 des AusfG. z. BGB. ergehen, finden die Vorschriften über das Aufgebotsverfahren im Falle des § 1104 BGB. entsprechende Anwendung.

Im einzelnen ist zu den Bestimmungen des Art. 29 zu bemerken:

I. Die §§ 1, 2 sind den §§ 1094, 1095 BGB. angepaßt. Es genügt Verweisung auf die Bemerkungen zu diesen.

II. Im § 3 werden die Fälle, in denen das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden kann, ganz abweichend vom § 1097 BGB. geregelt. Das Wiederkaufsrecht findet nicht nur im Falle des Verkaufs, sondern in allen Fällen statt, in denen der Eigentümer sich zur Eigentumsübertragung verpflichtet, oder ein Eigentumswechsel infolge der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung eintritt. Aber das dingliche Wiederkaufsrecht hat sich hierüber noch hinaus auch für den Fall der Verletzung vertragsmäßig übernommener Pflichten als notwendig erwiesen. „Es pflegen im Rentengutsvertrag auferlegt zu werden: die Pflicht, auf dem Rentengute zu wohnen und seine Bewirtschaftung selbst zu führen; die Pflicht, die wirtschaftliche Selbständigkeit des Rentenguts durch Erhaltung des guten baulichen Zustandes der darauf befindlichen oder darauf zu errichtenden Gebäude sowie des erforderlichen landwirtschaftlichen Inventars zu bewahren ꝛc." (Begr. des § 3). Diesem Bedürfnisse trägt § 3 Rechnung. Wegen der Verletzung von Vertragspflichten und im Falle des Todes des Eigentümers besteht jedoch ein Wiederkaufsrecht nur, wenn dies im Bestellungsvertrage vereinbart ist (KommBer. d. AbgH. S. 40).

III. Der § 4 unterscheidet sich vom § 1096 BGB. dadurch, daß das Recht sich nicht bloß im Zweifel, sondern in jedem Falle auf das Zubehör erstreckt. Die Beschränkung auf das zur Zeit der Ausübung vorhandene Zubehör entspricht dem richtig verstandenen § 498 Abs. 1 BGB.

IV. § 5 Abs. 1 überträgt Vorschriften des BGB. über den obligatorischen Wiederkauf auf das dingliche Wiederkaufsrecht, nämlich:

1. den § 497 Abs. 1, wonach der Wiederkauf durch die gegenüber dem Käufer abzugebende, an keine Form gebundene Erklärung des Verkäufers, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande kommt. Die nicht bezogene Bestimmung des § 497 Abs. 2, daß der Preis, zu dem verkauft worden ist, im Zweifel auch für den Wiederkauf gilt, paßt nicht für Rentengüter, weil diese nicht gegen einen in einer Geldsumme ausgedrückten Kaufpreis, sondern gegen Rente verkauft werden. „Wenn im Vertrage der Kapitalisierungsfaktor der Rente nicht vereinbart ist, fehlt es an einer Feststellung des Kaufpreises beim Verkaufe . . . Es werden somit die Beteiligten im Rentengutsvertrage Bestimmungen über Festsetzung des Wiederkaufspreises zu treffen haben. Dies ist zur Zeit bei den vom Staate ausgegebenen Rentengütern regelmäßig der Fall." (Begr. des § 5);

2. den § 498. Danach ist der Wiederverkäufer verpflichtet, dem Wiederkäufer das Rentengut nebst Zubehör herauszugeben. Für — vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts — durch Verschulden des Wiederverkäufers eingetretene Verschlechterung, Untergang,

Unmöglichkeit der Herausgabe oder wesentliche Veränderung haftet er auf Schadenersatz. Bei unverschuldeter Verschlechterung oder unwesentlicher Veränderung kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen. Für Verschlechterungen oder Untergang nach abgeschlossenem Wiederkaufe kommen die §§ 323, 324 BGB. zur Anwendung;

3. den § 499, wonach der Wiederverkäufer, wenn er vor Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand (Rentengut, Zubehör) verfügt hat, verpflichtet ist, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgte gleich;

4. den § 500, wonach der Wiederverkäufer für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen kann, als der Wert durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung kann er wegnehmen; er braucht sich nicht mit dem Werte abfinden zu lassen, den die Einrichtung nach der Wegnahme haben würde;

5. den § 501, wonach die Ansprüche aus §§ 498 Abs. 2, 500 wegfallen, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat;

6. den § 502, der für das Wiederkaufsrecht dieselbe Bestimmung trifft, wie § 513 für das Vorkaufsrecht (vgl. Anm. 8 S. 644).

V. Nach § 503 BGB. kann das Widerkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von 30 Jahren ausgeübt werden. Diese Bestimmung paßt für Rentengüter nicht. „Abgesehen davon, daß die Amortisationsperiode 60½ oder 56½ Jahre dauert (G. v. 7. Juli 1891 § 3 Abs. 2), hat der Staat ein Interesse daran, daß die wirtschaftliche Selbständigkeit der Rentengüter und ihre Erhaltung in gutem Kulturstand, ebenso bei den von der Ansiedelungskommission ausgegebenen Rentengütern ihre Erhaltung in deutscher Hand auch nach dem Ablaufe der Amortisationsperiode gesichert bleibt“ (Begr. des § 5). Demgemäß setzt das Gesetz der Ausübung des Rechtes keine zeitliche Schranke, bindet aber im § 6 die Ausübung im einzelnen Falle an eine dreimonatige Frist, die mit der Kenntnis von dem betreffenden Falle beginnt. Ist eine Frist durch Vertrag bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen. Die Versäumung dieser Frist hat nur den Verlust der Ausübungsbefugnis für diesen einen Fall zur Folge. In der Landtagskommission wurde noch besonders ausgesprochen, daß das Wiederkaufsrecht auch nach Tilgung der Rente ausgeübt werden kann (Ber. S. 40).

VI. Die §§ 5 Abs. 2 bis 11 sind genau den §§ 1098 Abs. 2 bis 1104 BGB. angepaßt und bedürfen einer besonderen Erläuterung nicht.

Siebenter Abschnitt.

Reallasten.

Übersicht. 1. „Die eigentümliche Stellung, die der Grundbesitz in dem politischen und wirtschaftlichen Leben des Mittelalters einnahm, hatte zur Verknüpfung mannigfacher Leistungen mit dem Grund und Boden geführt. Vornehmlich waren es die Rechte des Grundherrn und des Schutzherrn, die den bäuerlichen Besitz mit Zins-, Dienst- und Zehntpflichten beschwerten. Aber auch zur Fundierung und zur besseren Ausstattung kirchlicher Einrichtungen wurden solche Lasten in großer Zahl und in weiter Verbreitung auf die Grundstücke gelegt. Daneben entwickelten sich im Rentenkauf und in der Leibzucht rein privatrechtliche Institute, die eine ähnliche Belastung des Bodens bedingten. Das römische

Recht kennt derartige Rechtsgebilde nicht. Gleichwohl haben ſich dieſe bis auf die Gegenwart erhalten. Das Verſchwinden jener Herrſchaftsrechte aus der heutigen Rechtsordnung hat ſie nicht beſeitigt, ſondern vielfach nur die Wirkung gehabt, daß die auf den Grundſtücken ruhende Verpflichtung zur Leiſtung von Natural- und Geldabgaben, Dienſten und Zehnten ihren öffentlich-rechtlichen Charakter abgeſtreift hat. Die franzöſiſche Geſetzgebung hat auch die privatrechtliche Seite der alten Untertänigkeit aufgehoben, ſo daß in denjenigen Gebieten Deutſchlands, in denen das franz. Geſetzbuch galt, von Baden abgeſehen, Laſten der gedachten Art nicht mehr vorkommen. Für die übrigen Gebiete des Reichs iſt die Landesgeſetzgebung meiſt darauf bedacht geweſen, dieſe Laſten teils abzuſchaffen, teils der Ablöſung gegen Entſchädigung des Berechtigten zu unterwerfen, teils die Neubegründung zu verbieten." Mot. III S. 572.)

Nach Art. 113, 115 EG. z. BGB. bleiben die landesgeſetzlichen Vorſchriften über die Ablöſung, Umwandlung oder Einſchränkung von Reallaſten, ſowie diejenigen, die die Belaſtung eines Grundſtücks mit Reallaſten unterſagen oder beſchränken oder das Maß ſolcher Rechte näher beſtimmen, unberührt. In Preußen ſind durch das AblöſG. v. 2. März 1850 ſämtliche auf einem ehemaligen ſchutzherrlichen Verhältniſſe beruhenden Laſten und Abgaben ohne Entſchädigung aufgehoben (§ 3), alle nicht aufgehobenen beſtändigen (nicht auch die auf die Lebenszeit des Berechtigten oder für eine beſtimmte Zeit beſtellten) Abgaben und Leiſtungen, die auf eigentümlich oder bis dahin erbpacht- oder erbzinsweiſe beſeſſenen Grundſtücken oder Gerechtigkeiten haften, für ablösbar erklärt (§ 6). Neue beſtändige Laſten können nur in den durch § 91 Abſ. 2—4 daſ. gezogenen Schranken begründet werden. Neben dieſem § 91 bleiben beſtehen die ſachlich übereinſtimmenden Vorſchriften im § 18 Abſ 2—4 des G. für Hohenzollern v. 28. Mai 1860, im § 13 des G. für den RegBez. Wiesbaden und die vormals Großherzogl. heſſiſchen Gebietsteile v. 15. Februar 1872, im § 54 des (durch G. v. 29. Mai 1903 auf den Kreis Herzogtum Lauenburg ausgedehnten) G. für Schleswig-Holſtein v. 3. Januar 1873 und im § 25 des G. für den RegBez. Caſſel ausſchließlich der vormals Großherzogl. heſſiſchen Gebietsteile v. 25. Juli 1876. Für Hannover kommen die V. v. 23. Juli 1833 (Hannov. GeſS. Abt. I S. 253) und die G. v. 28. September 1867 und v. 3. April 1869, die ähnliche Beſtimmungen enthalten, in Betracht. Im linksrheiniſchen Teile der Rheinprovinz war bisher die Begründung von Reallaſten ganz ausgeſchloſſen und für die Inſel Helgoland fehlte es an Vorſchriften, die die Beſtellung von Reallaſten beſchränken. Preußen hat, von dem Vorbehalte des Art. 115 EG. z. BGB. Gebrauch machend, für den ganzen Umfang der Monarchie einheitliches Recht geſchaffen, indem es im AG. z. BGB. Art. 30 beſtimmt:

Im linksrheiniſchen Teile der Rheinprovinz, im Kreiſe Herzogtum Lauenburg und auf der Inſel Helgoland treten folgende Vorſchriften in Kraft:

Mit Ausnahme feſter Geldrenten können beſtändige Abgaben und Leiſtungen einem Grundſtück als Reallaſten nicht auferlegt werden.

Eine neu auferlegte Geldrente iſt der Eigentümer nach vorgängiger ſechsmonatiger Kündigung mit dem zwanzigfachen Betrag abzulöſen berechtigt, ſofern nicht ein anderes beſtimmt iſt. Es kann jedoch vertragsmäßig die Kündigung nur während eines beſtimmten Zeitraums, welcher dreißig Jahre nicht überſteigen darf, ausgeſchloſſen und ein höherer Ablöſungsbetrag als der fünfundzwanzigfache Betrag der Rente nicht feſtgeſetzt werden.

Vertragsmäßige Beſtimmungen, welche dieſen Vorſchriften zuwiderlaufen, ſind unwirkſam, unbeſchadet der Rechtsverbindlichkeit des ſonſtigen Inhalts eines ſolchen Vertrags.

Die Vorſchriften über Rentengüter bleiben unberührt.

Dieſe Beſtimmungen ſind dem § 91 Abſ. 2—4 des AblöſG. ſachlich genau nachgebildet. Sie führen in das frühere Geltungsgebiet des rheiniſchen Rechtes das Inſtitut der Reallaſten ein. Infolge davon kann auch in dieſem Gebiete vom 1. Januar 1900 ab ein Altenteil, da er keine beſtändige Laſt iſt, als Reallaſt begründet werden (a. M. Strantz u. Gerhard Nr. II 2 zu Art. 30), während bisher eine dingliche Sicherung des

Auszüglers sich nur durch Eintragung des Vorbehalts der Auflösungsklage für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags oder durch Bestellung einer Kautionshypothek erreichen ließ. Der Altenteil kann auch in Gestalt einer festen Rente gewährt werden. Daraus ist zu folgern, daß auch andere Geldrenten auf Zeit als Reallasten begründet werden können (RG. JW. 21 S. A 312). Auch die Landeskulturrente ist eine Reallast.

Unberührt bleiben durch Art. 30 die Vorschriften über Rentengüter, insbesondere § 2 des G. über Rentengüter v. 27. Juni 1890, wonach bei Rentengütern den festen Geldrenten gleich zu achten sind die festen Abgaben in Körnern, die nach dem jährlichen unter Anwendung der Ablösungsgesetze ermittelten Marktpreis in Geld abzuführen sind.

Änderung der landesgesetzlichen Vorschriften nach der Richtung sowohl der Erweiterung als der Einengung der Schranken der Reallasten sind nach Art. 3, 218 EG. z. BGB. zulässig. Dagegen sind die Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912, 916, 917) sowie die in den §§ 1021, 1022 BGB. bestimmten Unterhaltungspflichten, worauf die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung finden, dem Einflusse der bisherigen und künftigen Landesgesetzgebung völlig entzogen (EG. z. BGB. Art. 116).

2. Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Reallasten bleiben mit ihrem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen (EG. z. BGB. Art. 184).

3. Die Reallasten haben miteinander gemein, daß dem Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem belasteten Grundstücke zu entrichten sind. Im übrigen war ihre rechtliche Natur bisher sehr bestritten. Teils wurden sowohl das Hauptrecht, als auch die daraus entfließenden einzelnen Leistungen als dinglich, teils wurden beide als persönlich, teils endlich wurde das Hauptrecht als dinglich, das Recht auf die einzelnen Leistungen dagegen als persönlich aufgefaßt (vgl. Gierke SR. S. 700 ff.). Die neueren Gesetzgebungen haben die zweite Anschauung durchweg abgelehnt und auch das BGB. geht davon aus, daß die Reallasten nach ihrer geschichtlichen Entwicklung in den deutschen Staaten eine rein dingliche Belastung des Grundstücks enthalten, daß das Institut daher dem Sachenrecht angehört (Mot. III S. 572, 578). Bezüglich des Hauptrechts ist dies unzweifelhaft. Es besteht nur eine dingliche Belastung, nicht daneben noch eine persönliche Verpflichtung. Es liegt aber in der Willkür der Beteiligten, neben der aus der Natur der Reallast allein folgenden dinglichen Verbindlichkeit auch eine persönliche zu vereinbaren (OTrib. E. 54 S. 100; RG. V 170. 03). Als den zu den wiederkehrenden Leistungen Verpflichteten bezeichnete § 1051 Entw. I den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks. Diese Regelung wurde von der 2. Komm. jedoch nicht gebilligt. Namentlich wurde darauf hingewiesen, daß für eine der wichtigsten Gattungen der Reallasten, nämlich für die Geldrente, sowohl nach dem deutschen Rechte des Mittelalters eine persönliche Haftung des Eigentümers für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Raten nicht gegolten habe, als auch, wenn man dazu gelangen sollte, die Geldrente als Reallast auszubilden, für das künftige Recht ausgeschlossen werden müsse (Prot. III S. 730 A). Demgemäß wurde die persönliche Haftung des Eigentümers für die aus seiner Eigentumszeit rückständigen Leistungen aus der Begriffsbestimmung ausgeschieden (BGB. 1105) und statt dessen die dispositive Bestimmung des § 1108 getroffen. Demnach haftet das Grundstück unter allen Umständen für die rückständigen Leistungen, daneben aber auch der Regel nach, nämlich soweit nicht ein anderes bestimmt ist, der Eigentümer persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen.

4. Das BGB. kodifiziert nur das Privatrecht. Daher beschäftigt es sich nicht mit den auf dem Grundbesitze ruhenden öffentlich-rechtlichen Abgaben und Lasten. Der Regel nach beruht auch die Kirchen- und Schulbaulast auf öffentlichem Rechte; sie kann aber auch auf privatrechtlichen Titeln beruhen (PALR. II 11 § 710). Nur auf den letzten Fall dürfte der — sonst überflüssige — Art. 132 EG. z. BGB., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kirchen- und Schulbaulast unberührt bleiben, sich beziehen. Die auf

privatrechtlichem Titel beruhenden Lasten sind auch dann privatrechtliche Reallasten, wenn der Staat oder eine sonstige öffentliche Korporation der Berechtigte ist, selbst wenn sie an Stelle einer öffentlichen Last übernommen sind (RG. E. 44 S. 243, Bd 45 S. 188).

Soweit die öffentlich-rechtlichen Reallasten hier interessieren, sind sie unter C S. 527 ff. behandelt.

Die privatrechtlichen Reallasten können den mannigfachsten Inhalt haben. Zurzeit kommen namentlich vor Altenteile, Renten, Zehnten (die Rentenschuld des BGB. §§ 1199 ff. ist keine Reallast). Das BGB. gibt in den §§ 1105—1112 nur allgemeine, für alle Arten von Reallasten geltende Bestimmungen, ohne einzelne Arten zu bezeichnen. Besondere Bestimmungen sind nur für die Überbau- und Notwegrente (§§ 912 ff., 916, 917) getroffen. Auf diese und die den Reallasten analog zu behandelnden Unterhaltungspflichten der §§ 1021, 1022 finden lediglich die Vorschriften des BGB. Anwendung.

Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1105—1112 finden nach Art. 113—115, 3, 218 EG. z. BGB. ihre Ergänzung in den für die einzelnen Arten von Reallasten in den Landesgesetzen gegebenen oder noch zu gebenden Vorschriften. Dieser Satz bedarf jedoch nach zwei Richtungen hin der Einschränkung. Erstens wegen Art. 184 EG. z. BGB., wonach für den Inhalt und Rang von Reallasten, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestehen, lediglich die Landesgesetze maßgebend sind. Zweitens aber bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, soweit sie das aus einem Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrage sich ergebende Schuldverhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden, nach Art. 96 daf. nur unter der Voraussetzung in Kraft, daß der Vertrag mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung steht, so daß also ein nach dem Inkrafttreten des BGB. unter anderen Voraussetzungen bestelltes Leibgedinge ꝛc. beim Mangel anderweitiger Vereinbarungen seinen Inhalt lediglich den Bestimmungen des BGB., d. h. neben den §§ 1105—1112 den §§ 759—761 zu entnehmen hat. Preußen hat von dem Vorbehalte des Art. 96 Gebrauch gemacht und im AG. z. BGB. Art. 15 besondere Bestimmungen über den Leibgedingsvertrag getroffen (vgl. Anhang I S. 663 ff.). Dazu kommen dann noch die bereits in Nr. II 1, 2 S. 524 ff. besprochenen Übergangsbestimmungen des Art. 189 EG. z. BGB., so daß sich ein recht bunter Rechtszustand ergibt. Endlich aber sind auch die vom BGB. selbst eingeführten Reallasten, nämlich die Überbau- und Notwegrente und die Unterhaltungspflichten aus §§ 1021, 1022 der Einwirkung der Landesgesetze nicht völlig entrückt. Es finden nämlich auf sie die in Anm. IV 1 zu § 1120 besprochenen Bestimmungen des Art. 120 EG. z. BGB. Anwendung, d. h. es bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, wonach unter der Voraussetzung der von der zuständigen Behörde getroffenen Feststellung, daß die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist:

a. im Falle der Teilung des mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Grundstücksteile verteilt wird;

b. im Falle der Aufhebung einer dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehenden Reallast die Zustimmung derer nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist;

c. in den Fällen des § 1128 BGB. und des Art. 52 EG. z. BGB. der dem Eigentümer zustehende Entschädigungsanspruch von dem einem Dritten am Anspruche zustehenden Rechte befreit wird.

5. Zur Entstehung der privatrechtlichen Reallasten bedarf es, abgesehen von der Überbau- und Notwegrente, der Einigung und, wie nach § 12 PEigG., der Eintragung in das Grundbuch (BGB. § 873); zu ihrer Aufhebung oder Umwandlung ist Einigung und Löschung oder Eintragung erforderlich. Eine Ersitzung von Reallasten findet nach BGB. nicht statt. Im Falle des § 1112 erlischt die Reallast mit der Erlassung des Ausschlußurteils (§ 1104 Abs. 1 Satz 2). Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung (soweit eine solche zulässig ist; § 1111 Abs. 2) sind Einigung und Eintragung erforderlich. Wegen der Über-

tragung von Rückständen vgl. Anm. 1 zu § 1107. — Nach Art. 114 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, wonach die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt infolge der Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse oder der Ablösung von Reallasten oder der Oberlehnsherrlichkeit zustehenden Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen (vgl. S. 273 f.). Die Eintragung geschieht in Preußen in Abt. II des belasteten Grundstücks (A Vf. v. 20. November 1899 § 11 Nr. 1). Für die Fassung des Eintragungsvermerks ist im § 50 GBO. eine erleichternde Bestimmung bezüglich des Altenteils getroffen. Bei Eintragung der Rentengutsrente müssen die Abreden über den Ausschluß der Ablösbarkeit, sowie über die Feststellung des Ablösungsbetrags und der Kündigungsfrist in das Grundbuch eingetragen werden, widrigenfalls Dritten gegenüber die Rente als eine solche gilt, die vom Verpflichteten nach sechsmonatiger Kündigung mit dem zwanzigfachen Betrag abgelöst werden kann (§ 1 Abs. 3 G. v. 27. Juni 1890; § 3 Abs. 3 G. v. 26. April 1886).

6. Über die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs auf das Hauptrecht und die einzelnen Leistungen vgl. Nr. III d S. 540, über die Geltendmachung bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks Nr. 6 S. 535 und über die Behandlung der Reallastung bei der Enteignung Nr. 9 S. 537. In den Prot. III S. 731 ist zutreffend hervorgehoben, daß zwischen dem Rechte auf die einzelnen Leistungen und dem Rechte im Ganzen der wesentliche Unterschied besteht, daß der Reallastberechtigte nur wegen jenes Rechtes befugt ist, das Grundstück für sich in Beschlag nehmen zu lassen, während die Haftung der Immobiliarmasse für das Recht im Ganzen nur infolge einer von einem anderen Berechtigten beantragten Zwangsversteigerung wirksam werden kann. Ist das Recht abgelöst, so kann die Ablösungssumme aus dem Grundstücke beigetrieben werden. Dieser selbstverständliche Satz ist weder von der 2. Kommission noch von sonst jemand verkannt worden.

7. Die gesetzliche Ablösbarkeit der Reallasten ist im BGB. nicht geregelt, sondern die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten (EG. z. BGB. Art. 113). Diese Enthaltsamkeit beruht auf der Erwägung, daß für die Zulassung unablöslicher, und zwar sowohl zugunsten des Verpflichteten, als auch zugunsten des Berechtigten unablöslicher Geldrenten Gründe volkswirtschaftlicher Natur geltend gemacht werden, die nicht vom juristischen, sondern vom Standpunkte des sich in den einzelnen Bundesstaaten verschieden gestaltenden Bedürfnisses zu würdigen sind. Für die Regelung der Wirkungen einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Ablösung lag kein Bedürfnis vor, da diese Wirkungen sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben. (Mot. III S. 580.)

8. Über die Verpfändung und Pfändung von Reallasten vgl. Vorbem. III zu Buch III Absch. 9 Tit. 2; über Entstehung und Aufhebung S. 653.

9. Über den Gerichtsstand vgl. Nr. III d S. 540. Der dingliche Gerichtsstand gilt auch für die persönliche Klage aus § 1108 Abs. 1, wenn diese Klage mit der Klage auf Anerkennung der Reallast verbunden wird und die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind (ZPO. § 25).

10. § 325 Abs. 3 ZPO. bestimmt:

Betrifft das (rechtskräftige) Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast ..., so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Gegen den Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks wirkt das Urteil nur dann, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist.

Diese dem § 44 PEigG. nachgebildete und dem § 26 ZVG. verwandte Bestimmung rechtfertigt sich durch die Rücksicht auf den Gläubiger, dem die Verfolgung seines Rechtes nicht erschwert werden darf. Der Schuldner ersieht das Recht aus dem Grundbuch und

muß mit der Möglichkeit rechnen, daß ein Rechtsſtreit darüber anhängig iſt. Nur für den Fall der Zwangsverſteigerung war, um den Erſteher vor Täuſchung zu ſichern, eine abweichende Regelung geboten.

11. Über die Unterſcheidung der Reallaſt von der Rentenſchuld vgl. Anm. 3 zu § 1199 und über die Beſtimmung des Art. 53 Abſ. 2 EG. z. BGB. Anm. V zu § 1120.

§ 1105.

Ein Grundſtück kann in der Weiſe belaſtet werden, daß an denjenigen, zu deſſen Gunſten die Belaſtung erfolgt, wiederkehrende Leiſtungen aus dem Grundſtücke zu entrichten ſind (Reallaſt).

Die Reallaſt kann auch zugunſten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundſtücks beſtellt werden.

I. Die materielle Bedeutung des § 1105 liegt in der Begriffsbeſtimmung und in der ſich hieraus ergebenden Entſcheidung darüber, wie eine ſolche Laſt zur Entſtehung gelangt. Die Begriffsbeſtimmung iſt allgemein maßgebend, insbeſondere auch für Beurteilung der Frage, ob landesrechtlich geregelte Inſtitute als privatrechtliche Reallaſten aufgefaßt werden können und müſſen.

Die einzelnen für den Begriff der Reallaſt erforderlichen Tatbeſtandsmerkmale ſind folgende:

1. *Gegenſtand* der Reallaſt iſt ein Grundſtück und (wie hinzugefügt werden muß) das Erbbaurecht (§ 1017), das Bergwerk, ſowie die in den Art. 63, 68 EG. z. BGB. behandelten und die beſtehen bleibenden landesgeſetzlichen ſelbſtändigen Gerechtigkeiten, für welche die ſich auf Grundſtücke beziehenden Vorſchriften gelten. Darüber, inwieweit die Belaſtung eines Bruchteils eines Grundſtücks mit einer Reallaſt zuläſſig iſt, beſtimmt § 1106 BGB. Ein Realteil eines Grundſtücks iſt einer ſolchen Belaſtung zugänglich, und zwar auch ohne Abſchreibung vom Grundſtücke, wenn hiervon Verwirrung nicht zu beſorgen iſt (GBO. §§ 6, 96; PAVf. v. 20. November 1899 § 30 Abſ. 2). Für die Reallaſt haften dieſelben Gegenſtände, die für die Hypothek haften (BGB. §§ 1120—1131).

2. Die Reallaſt enthält eine *Belaſtung* des Grundſtücks. Hierbei kommt die Haftung des Grundſtücks ſowohl für die Laſt als Ganzes, als für die dem Hauptrecht entfließenden Anſprüche auf die einzelnen Leiſtungen in Betracht.

a. Durch die Beſtimmung der Haftung des Grundſtücks für die *Reallaſt als Ganzes* erklärt ſich in einfacher Weiſe der im Falle der freiwilligen Veräußerung des Grundſtücks ſich vollziehende Übergang der Laſt auf den neuen Eigentümer. Im übrigen iſt aus dieſer Haftung zu folgern, daß, wenn die Reallaſt im Wege der Ablöſung oder des rechtlichen Zwanges aufgehoben wird, der Berechtigte verlangen kann, wegen des Kapitalwerts der Berechtigung aus dem Grundſtück oder aus dem an deſſen Stelle tretenden Geldbetrage befriedigt zu werden (vgl. z. B. EG. z. BGB. Art. 52, ferner Anm. IV 1 zu § 1120). Das gleiche Ergebnis können, wenn die Reallaſt künftig durch Vertrag begründet wird, die Vertragſchließenden durch entſprechende Operationen beim Grundbuche herbeiführen.

b. Die Haftung des Grundſtücks für die einzelnen Leiſtungen entſpricht dem bisherigen preuß. Rechte (vgl. zu a u. b Mot. III S. 582). Über perſönliche Haftung vgl. Anm. S. 659 f.

3. Die Belaſtung muß in der Weiſe erfolgen, daß *wiederkehrende Leiſtungen* aus dem Grundſtücke zu entrichten ſind. Die Leiſtungen müſſen ſich von Zeit zu Zeit wiederholen. Leiſtungen, die nicht als wiederkehrende angeſehen werden können, ſind von dem Begriffe der Reallaſt ausgeſchloſſen (RG. RJA. I S. 25). Die Belaſtung mit einer derartigen Geldleiſtung fällt in das Gebiet der Hypothek, insbeſondere der Kautionshypothek. — Ob die Leiſtungen *regelmäßig* oder unregelmäßig (wie z. B. die Laudemien, die Kirchenbaulaſt) wiederkehren, iſt für den Begriff der Reallaſt gleichgültig (Mot. III

S. 582); ein Recht, dessen Inhalt sich in dem Empfang einer einmaligen Leistung erschöpft, kann niemals unter den Begriff der Reallasten gebracht werden (vgl. Eccius in Gruch. 45 S. 737). Nicht erforderlich ist, daß die Leistungen ewig dauern; eine Reallast kann auch auf Zeit, z. B. auf die Lebenszeit des Berechtigten, eine Geldrente auf eine bestimmte Reihe von Jahren auch dann bestellt werden, wenn die Rente der Verzinsung und Tilgung eines dem Grundstückseigentümer gegebenen Kapitals dient (KG. JW. 21 S. A 312).

Die Einzelausflüsse des Rechtes müssen **Leistungen** sein; sie müssen in einem Tun, z. B. in Dienstleistungen, oder in einem Geben, z. B. von Zinsen, Naturalien bestehen. Auch eine Kombination dieser Leistungsarten ist zulässig (KG. RJA. 2 S. 192). Ob sie auch in einem Unterlassen bestehen können, ist zweifelhaft. Der § 1052 Entw. I verneinte die Frage ausdrücklich. Er wurde aber von der 2. Komm. gestrichen, wobei freilich unentschieden gelassen wurde, weil sein Inhalt selbstverständlich oder mit dem Wesen der Reallast unvereinbar sei (Prot. III S. 734 II). Letztes dürfte richtig sein, weil Dulden und und Unterlassen die charakteristischen Tatbestandsmerkmale der Dienstbarkeiten bilden, und zwar nach dem Systeme des BGB. dergestalt, daß, wo bei Grunddienstbarkeiten der Eigentümer des belasteten Grundstücks neben der Pflicht zum Dulden oder Unterlassen die Verpflichtung zu einer Tätigkeit hat, auf diese Verpflichtung die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung finden (§§ 1021, 1022; a. M. Planck Nr. 2 b zu § 1105; wie hier Biermann Anm. zu § 1105, Fuchs Nr. 5 a zu § 1105, Gierke SR. S. 716). Nicht richtig ist die auf RG. E. 4 S. 131, Bd 14 S. 214 gestützte Ansicht Endemanns (SR. § 108 Anm. 4 daß die Verpflichtung, zugunsten territorialer oder personaler Kreise eine Röhrenleitung auf einem Grundstücke zu dulden oder einen Park dem Publikum offen stehen zu lassen, als Reallast aufzufassen sei. Das Reichsgericht hat diese Verpflichtungen nicht als Reallasten, sondern als Grunddienstbarkeiten aufgefaßt; in der Tat sind sie **Personal**servituten (RG. Gruch. 31 S. 75; vgl. Anm. 7 S. 630). Als Reallast bezeichnet das RG. E. 4 S. 131, 133 die gleichzeitig übernommene Verpflichtung, eine Turmuhr auf dem belasteten Grundstück instand zu halten. Dies ist nicht zu beanstanden; aber nach § 91 PAblöfG. v. 2. März 1850 und Art. 30 PAG. z. BGB. kann eine solche Verpflichtung als beständige Last einem Grundstücke nicht auferlegt werden. Das gleiche gilt für die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks auferlegte Verpflichtung, eine Brücke instand zu halten (KG. Rsp. 2 S. 413, Bd 8 S. 126). Gehört die Brücke aber zur Ausübung einer Wegegerechtigkeit (BGB. §§ 1021, 1022), so kann die Unterhaltungspflicht als beständige Last auferlegt werden. Das Recht auf den Ausbau einer Straße und auf Herstellung der Kanalisation und Wasserleitung ist rein obligatorisch; es läßt sich nicht in den Rahmen der dinglichen Rechte, insbesondere auch nicht unter den Begriff der Reallast bringen (RG. E. 57 S. 333). Nach Ansicht des KG. Rsp. 7 S. 32 kann ein Vormietungsrecht als Reallast auf ein Grundstück gelegt werden derart, daß es auf der aktiven Seite ein dauerndes Recht auf wiederkehrende, sich auf die Nutzung eines Grundstücks beziehende Leistungen darstellt, bei dem der jeweilige Eigentümer zugleich der persönlich Verpflichtete für die während der Dauer seines Eigentums vorkommenden Vermietungsfälle ist. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Ein dingliches Vormietungsrecht ist dem BGB. ganz fremd (aber wie das KG. auch Gierke SR. S. 716 Anm. 68).

Daß die einzelnen Leistungen einander gleich oder gleichwertig sind, ist nicht erforderlich.

4. **Die Person des Berechtigten** kann in sich oder durch das Eigentum an einem Grundstücke bestimmt sein (§ 1105 Abs. 2). Im letzten Falle ist der jeweilige Eigentümer dieses Grundstücks der Berechtigte und es gebühren, wenn das Grundstück mit dessen Eigentume die Berechtigung verbunden ist, veräußert wird, die vor der Veräußerung fällig gewordenen Leistungen dem Veräußerer. Für das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ergibt sich dies aus § 101 Nr. 2. Dasselbe gilt aber auch für das Verhältnis dieser beiden zu dritten Personen (Mot. III S. 581). Kraft Gesetzes sind subjektiv dinglich die Überbau- und die Notwegrente (§§ 913, 917). Der

Eigentümer eines Grundstücks kann an diesen zugunsten eines anderen ebenfalls ihm gehörigen Grundstücks eine Reallast nicht bestellen (vgl. S. 559 Anm. 3). — Es kommen auch gegenseitige auf beiden Seiten subjektiv-dingliche Reallasten vor (RG. E. 10 S. 172, Gruch. 28 S. 246); dann ist Eintragung auf beiden Grundstücken erforderlich (RG. E. 55 S. 380). Die subjektiv-dingliche Reallast gilt als Bestandteil des Grundstücks des Berechtigten (§ 96) und ist in Preußen auf Antrag des Berechtigten (GBO. § 8) in Abschn. 2 des Bestandsverzeichnisses einzutragen (AVf. v. 20. November 1899 § 9).

Sind regelmäßig wiederkehrende Vergütungen für bestimmte Kultushandlungen zugunsten der jeweiligen Religionsdiener eingetragen, so ist, soweit nicht stiftungsmäßig eine selbständige juristische Person begründet ist, die betreffende Kirchen- oder Synagogengemeinde als Trägerin des Rentenrechts anzusehen. Zur Löschung ist die Einwilligung der jeweiligen genußberechtigten Religionsdiener und unter Umständen auch die der Erben des Stifters, dem es auf Sicherstellung der Kultushandlungen ankam, erforderlich (KG. Rsp. 2 S. 27).

5. Der Geldwert der einzelnen Leistungen braucht in der Eintragungsbewilligung und im Grundbuche nicht ersichtlich gemacht zu werden, aber der Inhalt der Reallast muß nach Ansicht des KG. in der Bewilligung so weit angegeben werden, daß der Umfang der Belastung aus dem Grundbuch oder aus der inbezug genommenen Bewilligung (GBO. § 50) in Geld berechnet werden kann (ZVG. §§ 45, 46, 92, 121). Fehlt es an dieser Bestimmtheit, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung beanstanden. Die Eintragung folgenden Vermerks z. B.: „Der Grundstückseigentümer ist verpflichtet, an den jeweiligen Eigentümer des Brennereigrundstücks P. Bd II Bl. 33 bis zum 1. Juli 1908 jährlich eine doppelt so große Menge Kartoffeln aus seinem Grundstücke zu liefern, als zum Abbrennen des auf ihn entfallenden Anteils des Kontingents nötig sind" — ist unzulässig. Mindestens müßte der Anteil des belasteten Gutes an dem Kontingente der Brennerei zu P. bestimmt angegeben und damit der Inhalt der Reallast so spezialisiert sein, daß die Umrechnung in einen Geldbetrag ermöglicht wird, falls es nicht im Interesse der Erkennbarkeit der Belastung des Grundstücks vorgezogen wird, das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (anscheinend ein Sozietätsverhältnis) vollständig darzulegen (KG. RJA. 2 S. 191). Gegen diese Entscheidung wohl mit Unrecht Planck Nr. 3 u. Biermann zu § 1105. Vgl. auch Oberneck 1 S. 613.

II. Gibt der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Eigentum auf (§ 928), so kann der Berechtigte nach § 58 ZPO. die gerichtliche Bestellung eines Vertreters erwirken, dem bis zur Eintragung eines neuen Eigentümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit obliegt. Eine entsprechende Bestimmung für das Zwangsvollstreckungsverfahren enthält § 787 ZPO.

III. Zu Verfügungen über eine dem Mündel zustehende Reallastenberechtigung bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (BGB. § 1821 Abf. 1 Nr. 1; Mot. IV S. 1137).

IV. Die unter der Herrschaft des alten Rechtes bereits begründete Verpflichtung zur Sicherstellung einer Reallast durch Eintragung in das Grundbuch (Turnau I S. 293 Nr. 3, RG. E. 38 S. 229, Bd 43 S. 347, JW. 1894 S. 435 Nr. 33, Bolze 15 Nr. 70) hat durch den Wechsel der Gesetzgebung keinen Wandel erfahren, ist also auch jetzt noch erzwingbar (RG. JW. 1901 S. 293).

§ 1106.

Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.

Vgl. Anm. I 1 S. 655 und §§ 1095, 1114 mit Anm., sowie § 6 GBO. mit Anm.

§ 1107.

Auf die einzelnen Leistungen finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

1. „Der Anspruch auf die einzelnen Leistungen hat im wesentlichen dieselbe wirtschaftliche Bedeutung wie der Anspruch auf rückständige Hypothekenzinsen. Es rechtfertigt sich daher, die Vorschriften, die für diese maßgebend sind, auch auf die Haftung des Grundstücks für Rückstände aus der Reallast zur Anwendung zu bringen" (Mot. III S. 584). Aber auch im übrigen sind beide Kategorien von Ansprüchen übereinstimmend geordnet. Da jedoch die Ansprüche auf rückständige Hypothekenzinsen praktisch viel wichtiger sind, ist die Regelung bei der Hypothek vorgenommen und hier darauf verwiesen (Mot. III S. 593). Demgemäß:

a. bestimmt sich die Übertragung der Forderung auf Reallastenrückstände sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und dem neuen Berechtigten nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§ 1159), d. h. sie vollzieht sich durch einen an keine bestimmte Form gebundenen Abtretungsvertrag (§ 398). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs steht dem Erwerber nicht zur Seite (§ 1159 Abs. 2). Pfändung und Überweisung erfolgen nach den allgemeinen Vorschriften (ZPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2).

b. Die Abtretung noch nicht fälliger, aber nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in dem der Eigentümer des belasteten Grundstücks von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werdenden Leistungen bestimmt sich nach den für die Übertragung des Hauptrechts geltenden Vorschriften, also nach § 873 BGB. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Berechtigten finden aber die allgemeinen Vorschriften der §§ 404, 406—408, nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Anwendung (§ 1158).

c. Der Anspruch auf Reallastenrückstände erlischt nach den näheren Bestimmungen des § 1178, wenn er sich mit dem Eigentum an dem belasteten Grundstück in einer Person vereinigt (das Hauptrecht erlischt nach § 889 durch Vereinigung nicht), und durch formlosen Verzicht. Für den Verzicht auf künftige Leistungen ist § 875 maßgebend (Biermann zu § 1107).

d. Werden Leistungen, die später als in dem Kalendervierteljahr, in dem der Berechtigte befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, im voraus gemacht, so hat der Eigentümer des verpflichteten Grundstücks den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung dieser Leistungen (§ 1145 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2).

e. Die Haftung des Grundstücks bestimmt sich nach den §§ 1120 ff., 1132, die Befriedigung aus dem Grundstücke nach § 1147. Bei Verschlechterung des Grundstücks finden die §§ 1134, 1135 (RG. JW. 1904 S. 93 Nr. 13), nicht auch § 1133 Anwendung.

2. Die Ansprüche auf Rückstände von Auszugsleistungen und allen anderen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen verjähren nach § 197 in Verb. mit § 902 Abs. 1 Satz 2 in vier Jahren. Für die nicht regelmäßig wiederkehrenden Leistungen fehlt es an einer besonderen Vorschrift. Den § 197 auch auf sie für anwendbar zu erklären, weil nach ihm Zinsen ebenfalls in vier Jahren verjähren, unter Zinsen aber auch Hypothekenzinsen fallen und daher nach § 1107 die auf die Zinsenverjährung bezügliche Bestimmung des § 197 auf alle Reallastenrückstände anwendbar sei (Biermann Anm. z. § 1107), ist bedenklich, zumal die Mot. I S. 306 Abs. 4 von anderer Ansicht ausgehen (Planck Nr. 1 zu § 1107, Oberneck 1 S. 615). Das Hauptrecht geht durch Verjährung nicht unter; aber § 901 findet Anwendung.

Bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks haben die laufenden und die aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge einen bevorzugten Rang (ZVG. § 10 Nr. 4). Verzugszinsen von rückständigen Leistungen können nach § 289 BGB. nicht gefordert werden.

§ 1108.

Der Eigentümer haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Wird das Grundſtück geteilt, ſo haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Geſamtſchuldner.

1. Für die Reallaſt als Ganzes haftet nur das Grundſtück. Für den Ausfall bei der Subhaſtation haftet niemand (Gierke SR. S. 724 Anm. 25). Dagegen haftet der Eigentümer für die während der Dauer ſeines Eigentums fällig werdenden Leiſtungen, auch wenn er nicht der Beſteller iſt, der Regel nach nicht nur mit dem belaſteten Grundſtücke, ſondern (wie nach bisher. Rechte; OTrib. Arch. 21 S. 120, Bd 63 S. 206, E. 54 S. 206; RG. Gruch. 24 S. 1012) auch perſönlich, ſo daß wegen ſolcher Leiſtungen die Zwangsvollſtreckung, auch wenn er das Grundſtück veräußert oder das Eigentum daran nach § 928 aufgegeben hat, in ſein geſamtes Vermögen erfolgen kann. Daneben haftet dem Berechtigten für die nicht erfüllten Leiſtungen des früheren Eigentümers auch der gegenwärtige Eigentümer, dieſer aber nur dinglich (vgl. OTrib. E. 21 S. 44, Bd 72 S. 126, Arch. 95 S. 127; RG. Gruch. 27 S. 991).

Inſoweit § 1108 Abſ. 1 die perſönliche Haftung als Regel hinſtellt, hat er dem § 1107 gegenüber die Bedeutung einer Ausnahmebeſtimmung; denn für Hypothekenzinſen haftet der Eigentümer des belaſteten Grundſtücks als ſolcher nur dinglich. Die perſönliche Haftung des Eigentümers für die einzelnen Leiſtungen kann durch Vereinbarung ſowohl bei als auch nach Begründung der Reallaſt ausgeſchloſſen werden. Die nachträgliche Vereinbarung ſteht unter der Regel des § 877 und bedarf der Eintragung (Planck Nr. 3; a. M. Fuchs Anm. 3 zu § 1108). Sie kann auch vorgemerkt werden (Sekler S. 27).

Iſt die perſönliche Haftung ausgeſchloſſen ſo kann ſich der Berechtigte nur an das Grundſtück halten. Veräußert der Eigentümer das Grundſtück oder gibt er das Eigentum auf, ſo kann er auch wegen der während der Dauer ſeines Eigentums fällig gewordenen Leiſtungen nicht in Anſpruch genommen werden.

2. Im Falle der Zerteilung des belaſteten Grundſtücks in mehrere ſelbſtändige Grundſtücke würde eine Teilung der Schuld unter die verſchiedenen Eigentümer nach Köpfen dem Berechtigten gegenüber unbillig ſein; daher iſt Solidarhaft der Teileigentümer im § 1108 Abſ. 2 vorgeſchrieben. Miteigentümer haften (wie bisher; vgl. OTrib. E. 72 S. 125) als Geſamtſchuldner, wenn ſie ſich durch Vertrag gemeinſchaftlich verpflichtet haben (§ 427). Liegt dieſe Vorausſetzung nicht vor, hat z. B. der Alleineigentümer die Reallaſt beſtellt und iſt erſt demnächſt das Miteigentum eines anderen begründet worden, ſo haftet, wenn es ſich um teilbare Leiſtungen handelt, jeder Miteigentümer dem Berechtigten gegenüber im Zweifel nach Kopfanteilen, den anderen Miteigentümern gegenüber nur nach Verhältnis ſeines Miteigentumsanteils (§§ 420, 748, 755). Die Annahme des OTrib. a. a. O., daß auch in dieſem Falle Solidarhaft eintrete, beruht auf einer überaus künſtlichen Konſtruktion, für die die Vorſchriften des BGB. keinen Anhalt bieten dürften. Die Mot. III S. 588 ſtehen auf dem hier vertretenen Standpunkte; freilich aber war dem Entw. I die den §§ 424, 425 PALR. I 5 nachgebildete Beſtimmung des § 427 BGB. fremd. Immerhin bleibt aber der für die Vorſchrift des § 1108 Abſ. 2 gegebene Grund, daß nämlich die Teilung nach Köpfen dem Berechtigten gegenüber unbillig ſein würde, ein anderer Teilungsmaßſtab aber für den Fall der Teilung des Grundſtücks fehle, beſtehen (a. M. Dernburg SR. § 202 Anm. 4, Fuchs Nr. 4 zu § 1108; wie hier Biermann Anm. zu § 1108, Kretzſchmar 2 S. 375, Männer S. 269). Für den Fall des Miteigentums fehlt es an einem anderen Maßſtabe nicht.

Alles dies bezieht ſich nur auf die perſönliche Haftung; das Grundſtück haftet in allen Fällen mit allen ſeinen Teilen, auch mit den hinterher abgetrennten, unbeſchadet jedoch der in den Art. 120, 121 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen landesgeſetzlichen Beſtimmungen (vgl. Nr. 4 S. 653 f. und namentlich Anm. IV 2 zu § 1120). Abgeſehen von dieſen Ausnahmefällen iſt die Reallaſt unverändert auf die für die abgetrennten Grundſtücksteile anzulegenden neuen Grundbuchblätter zu übertragen. Der für Preußen nicht in Betracht kommende Art. 121 lautet: Unberührt bleiben die landesgeſetzlichen Vorſchriften,

nach welchen im Falle der Teilung eines für den Staat oder eine öffentliche Anstalt mit einer Reallast belasteten Grundstücks nur ein Teil des Grundstücks mit der Reallast belastet bleibt und dafür zugunsten des jeweiligen Eigentümers dieses Teiles die übrigen Teile mit gleichartigen Reallasten belastet werden.

§ 1109.

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt, so besteht die Reallast für die einzelnen Teile fort. Ist die Leistung teilbar, so bestimmen sich die Anteile der Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe der Teile; ist sie nicht teilbar, so finden die Vorschriften des § 432 Anwendung. Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird.

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung. Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält.

Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden.

A. Es wird hier das Schicksal der subjektiv dinglichen Reallasten für den Fall der Teilung des berechtigten Grundstücks behandelt. Es ist zu unterscheiden:

1. die Reallast als Ganzes besteht für die einzelnen Teile fort. Ausnahmen hiervon treten ein, wenn:

1. der Berechtigte bestimmt, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung ist dem Grundbuchamte gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 875) des belasteten Grundstücks. Es ist dann also einzutragen, daß die frei gelassenen Teile nicht mehr berechtigt sind. Ist die Reallast auch auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt (GBO. § 8 Abs. 1), so ist dieser Vermerk von Amts wegen zu berichtigen (das. § 8 Abs. 2), d. h. auf die Blätter der Teile, die nicht mehr berechtigt sein sollen, nicht zu übertragen, oder, wenn er schon übertragen war, zu löschen und im Grundbuche des nunmehr allein berechtigten Teiles dessen Alleinberechtigung zu vermerken. Die Bestimmung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem er die Erklärung dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben hatte und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden war (§§ 1109 Abs. 2 Satz 2, 878 BGB.). Die Reallastberechtigung gilt nach § 96 als (nicht wesentlicher) Bestandteil des berechtigten Grundstücks und haftet als solcher dessen Realberechtigten, z. B. den Hypothekengläubigern (vgl. Anm. 1 1 g zu § 1120). Mit Rücksicht hierauf ist im § 1109 Abs. 2 Satz 2 die entsprechende Anwendung des § 876 vorgeschrieben, d. h. es ist die Zustimmung aller am berechtigten Grundstücke dinglich Berechtigten erforderlich, es sei denn, daß deren Rechte durch die Aufhebung nicht berührt werden. Die Zustimmung der Realberechtigten ist jedoch nach § 21 GBO. nur erforderlich, wenn die Reallast auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt ist. In dem in Art. 120 Abs. 2 Nr. 2 EG. z. BGB. vorgesehenen, für Preußen nicht praktischen Falle, daß die Landesgesetze die Bestimmungen über die Unschädlichkeitszeugnisse auf die Aufhebung eines dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstücke zustehenden Rechtes anwenden, ist die Zustimmung der Realberechtigten nicht erforderlich.

2. Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält (§ 1109 Abs. 2 Satz 3). Daraus ist wohl zu folgern, daß das Recht für die übrigen Teile

ohne daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedarf, erlischt. Daraus würde dann weiter folgen, daß das Recht auf die Blätter der übrigen Teile nicht mitzuübertragen ist (GBO. § 8 Abs. 2). Daß für diesen Fall und für den Fall des Abs. 3 die Zustimmung der am berechtigten Grundstücke Berechtigten nicht gefordert wird, erklärt sich daraus, daß es sich hier um eine gesetzliche Änderung handelt, während § 876 BGB. sich nur auf rechtsgeschäftliche Änderungen bezieht (Fuchs Nr. 3, Planck Nr. 5, Kober Nr. 2 zu § 1109).

3. Gereicht die Reallast nur einem Teile zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden (§ 1109 Abs. 3), erlischt also auf den übrigen Teilen, auf denen die Löschung von Amts wegen erfolgen muß (GBO. § 8 Abs. 2). Die Vorschrift entspricht dem § 1025 Satz 2.

II. Das Recht auf die einzelnen Leistungen steht den jeweiligen Eigentümern der Teile zu, denen die Berechtigung nach Nr. I 1—3 verblieben ist. Bleibt die Reallast, was als Regel vorausgesetzt wird, für alle Teile fortbestehen, so ist zu unterscheiden, ob die Leistung teilbar ist oder nicht. Im ersten Falle bestimmen sich die Anteile der Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe der Grundstücksteile; im zweiten finden die Vorschriften des § 432 Anwendung, d. h. der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann nur an alle Berechtigten gemeinschaftlich leisten und jeder Berechtigte nur die Leistung an alle fordern. Jeder Berechtigte kann verlangen, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks die geschuldete Leistung für alle Berechtigten hinterlegt oder, wenn die zu leistende Sache sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer (vgl. RGFG § 165) abliefert.

Durch die Teilung darf der Umfang der Reallast nicht zum Nachteile des Verpflichteten verändert werden und es ist im Zweifel die Ausübung des Rechtes nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird, als sie vor der Teilung war.

B. Nicht geregelt ist im BGB. der Fall, wenn das Grundstück, dessen jeweiligem Eigentümer die Berechtigung zusteht, mit einem anderen Grundstücke vereinigt (§ 890 Abs. 1 BGB.) oder einem anderen Grundstücke zugeschrieben wird. Es bedurfte auch keiner besonderen Vorschrift, weil aus dem Grundsatze des § 1110 mit Notwendigkeit folgt, daß eine solche Operation nicht dazu führen kann, die Reallast mit einem vom ursprünglichen Grundstücke verschiedenen Grundstück in Verbindung zu bringen. Wird die Vereinigung wieder gelöst oder das berechtigte Grundstück wieder abgeschrieben, so ist die Berechtigung auf dem Blatte des anderen Grundstücks zu löschen. Bei Buchung der Vereinigung oder Zuschreibung ist ersichtlich zu machen, daß die Berechtigung nur mit dem einen Grundstücke verbunden ist.

§ 1110.

Eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden.

1. Die Frage, ob eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast vom Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden könne, war nach dem bisherigen preuß. Rechte streitig. Das PALR. bestimmt im § 22 I 19, daß Rechte, die nur zur Notdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligt werden, auf andere Personen oder Sachen einseitig nicht übertragen werden können. Danach wurde die Zulässigkeit der Übertragung solcher Reallasten, die nicht lediglich der Notdurft bestimmter Personen dienten, angenommen. „Geht man freilich auf den geschichtlichen Ursprung der subjektiv-dinglichen Reallast zurück, so kann man vielleicht daraus, daß die Verbindung der Berechtigung mit einem Grundstücke nicht auf Willkür, sondern auf einem bestimmten Rechtsverhältnisse zwischen diesem und dem belasteten Grundstücke beruht, die Folgerung herleiten, daß die Berechtigung von dem Grundstücke, mit dem sie einmal verbunden ist, nicht gelöst werden darf" (RG. Gruch. 37 S. 1120, E. 12 S. 201). Das OTrib. hat die

Lösung freilich in nicht seltenen Fällen zugelassen. „Es kommt vor, daß über ein Rittergut, nachdem das gesamte Areal veräußert ist, das Grundbuch lediglich deshalb fortgeführt wird, weil dem Eigentümer die zum Gute gehörig gewesenen Realberechtigungen verblieben sind (OTrib. E. 36 S. 181, Bd 77 S. 316). Auch scheint es nicht zweifelhaft zu sein, daß, wenn eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast abgelöst ist, der Berechtigte über das ihm zufallende Surrogat des Rechtes unabhängig vom Grundstücke, natürlich unbeschadet der auf dem letzteren haftenden Hypotheken, verfügen kann. Diese Abweichungen von dem Prinzipe sind jedoch im wesentlichen nur für die überlieferten Reallasten bzw. für den Fall des Ablösungsverfahrens von praktischem Interesse. Für das BGB. handelt es sich nur um die in Zukunft neu entstehenden subjektiv-dinglichen Reallasten. Wollte man bei diesen die beliebige Lösung der Verbindung zwischen dem Grundstück und der Berechtigung gestatten, so würde die einfache Konsequenz dazu nötigen, auch die Umwandlung einer subjektiv-persönlichen Reallast in eine subjektiv-dingliche zuzulassen. Damit wäre dann die Möglichkeit gegeben, daß eine Reallast bald als Bestandteil eines Grundstücks gälte und dessen Rechtsschicksal teilte, namentlich auch den Hypothekengläubigern haftete, bald als selbständiges Recht bestände und als solches vom Berechtigten, vielleicht noch während der Verbindung, behandelt würde. Eine derartige Gestaltung wäre bedenklich", weil sie die Rechtslage des Verpflichteten und die Natur des Rechtes selbst ändern würde. (Mot. III S. 589.) Aus diesen Gründen ist die Trennung im BGB. für unzulässig erklärt (vgl. auch Prot. III S. 737).

Nicht unbedenklich ist die Annahme der Motive, daß § 1110 nur auf Reallasten Anwendung finde, die *nach* dem Inkrafttreten des BGB. begründet werden. Unzweifelhaft bleiben freilich Übertragungen, die in einer nach Landesgesetz zulässigen Weise vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden haben, rechtswirksam; selbst die vor diesem Zeitpunkte vorgenommene Konstituierung einer vom berechtigten Grundstücke losgelösten Reallast als einer selbständigen Gerechtigkeit mit eigenem Grundbuchblatte wird rechtliche Wirksamkeit beanspruchen dürfen. Dagegen ist es nach dem in Nr. II 2 S. 545 f. Ausgeführten zweifelhaft, ob es statthaft ist, subjektiv-dingliche Reallasten, die vor dem Inkrafttreten des BGB. begründet sind, nach diesem Zeitpunkte zu selbständigen Gerechtigkeiten zu erheben. Aber es muß behauptet werden, daß § 1110 eine Loslösung der vor dem 1. Januar 1900 begründeten subjektiv-dinglichen Reallasten *nach* diesem Zeitpunkt in keiner Art zuläßt, weil abweichende landesgesetzliche Vorschriften im EG. z. BGB., insbesondere auch in den Art. 113—115 nicht aufrecht erhalten sind. Mit dem Inhalt und Range des Rechtes (Art. 184 das.) hat die Loslösung nichts zu tun (Biermann u. Kober zu § 1110; a. M. Planck Nr. 2 zu § 1110).

2. Aus dem Grundsatze der Untrennbarkeit ergibt sich, daß die subjektiv-dingliche Reallast nur mit dem berechtigten Grundstücke zusammen veräußert und belastet werden kann und daß bei Veräußerung des Grundstücks mit dem Eigentum an diesem zugleich auch die Berechtigung auf den Erwerber übergeht (Mot. III S. 590). Im § 1057 E. I war dies ausdrücklich ausgesprochen. Die 2. Komm. hat die Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (Prot. III S. 737). Es ergibt sich aus jenem Grundsatze aber ferner, daß eine subjektiv-dingliche Reallast für sich allein nicht zum Gegenstande der Pfändung, sondern daß sie nur mit dem Grundstücke zusammen zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemacht werden kann. Die Beschlagnahme des Grundstücks erstreckt sich von selbst auf die mit ihm verbundene Berechtigung (ZPO. § 865 Abs. 1; ZVG. § 20 Abs. 2). Mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteher zugleich die Berechtigung (ZVG. § 90 Abs. 2).

§ 1111.

Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden.

Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden.

1. „Der dem § 1111 im Einklange mit dem PALR. I 19 § 22 zugrunde liegende Rechtssatz, daß die subjektiv-persönliche Reallast vom Berechtigten veräußert und belastet werden kann, liegt in der Konsequenz der Übertragbarkeit des Anspruchs auf die einzelnen Leistungen." Die Veräußerlichkeit ist jedoch aus Rücksicht auf die Rechtslage des Verpflichteten aus den zu § 1110 dargelegten Gründen insofern eingeschränkt, als die Verbindung der Berechtigung mit dem Eigentum an einem Grundstücke nicht gestattet ist. „Im übrigen hängt die Anwendung des Grundsatzes auf die Reallast als Ganzes davon ab, ob die einzelnen Ansprüche nach den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse (§§ 398—400) übertragbar sind. In dieser Hinsicht fragt es sich, ob, wenn die Reallast zu verschiedenen Leistungen verpflichtet und nur der Anspruch auf einzelne von ihnen nicht übertragbar ist (was namentlich beim Altenteile vorkommt), dies der Übertragung der Reallast als Ganzes entgegenstehen oder die Übertragbarkeit nur insoweit ausschließen soll, als die Nichtübertragbarkeit der einzelnen Ansprüche reicht." (Mot. III S. 592.) Der § 1059 Entw. I entschied diese Frage ausdrücklich im letzten, das BGB. entscheidet sie im ersten Sinne (a. M. Fuchs Anm. 2 b und Planck Nr. 1 b zu § 1111; wie hier Oberneck 1 S. 619). Sind von den mehreren, einer Reallast entfließenden Ansprüchen auf Leistungen nur einzelne übertragbar, so können diese auch verpfändet und gepfändet (ZPO. § 851 Abs. 1) werden. Über die Zwangsvollstreckung in eine Reallast bestimmt § 857 Abs. 6 ZPO. (vgl. Nr. III der Übersicht vor § 1272 BGB.).

2. Die Übertragung und Belastung der Reallast als Ganzes richtet sich nach § 873, die der einzelnen Leistungen nach § 1107 BGB.

3. Eine Forderung kann nach § 399, 400 nicht abgetreten werden, a. wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, b. soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Die der Pfändung nicht unterworfenen Forderungen, die im § 850 ZPO. aufgezählt sind, werden kaum jemals Ausflüsse einer Reallastberechtigung sein. Im wesentlichen handelt es sich bei § 1111 Abs. 2 um Leistungen der ersten der im § 399 gedachten Art. Beispiele sind Dienstleistungen, Pflege, Bespeisung am Tische des Eigentümers des belasteten Grundstücks ꝛc.

§ 1112.

Ist der Berechtigte unbekannt, so finden auf die Ausschließung seines Rechtes die Vorschriften des § 1104 entsprechende Anwendung.

Vgl. Anm. 7 zu § 1170. Auf Grund des Ausschlußurteils kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Löschung verlangen (vgl. Bd II Anm. 3 zu § 22 GBO.). Die Löschung ist hier aber nicht Bedingung des Erlöschens.

Anhang I.

Leibgedingsvertrag.

Art. 96 EG. z. BGB. bestimmt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrag, soweit sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

Der Vorbehalt beschränkt sich auf die Verträge, die in Verbindung mit der Überlassung eines Grundstücks stehen. „Nur für Verträge dieser Art ist er Bedürfnis. Fehlt

jenes Erfordernis, so handelt es sich um einen nach den allgemeinen Normen des BGB. zu beurteilenden Versorgungsvertrag, sollte auch dem Versorgungsberechtigten mit einem Grundstück in der einen oder anderen Art Sicherheit zu bestellen versprochen oder Sicherheit bestellt sein. Dagegen kann es keinen Unterschied machen, ob das Grundstück groß oder klein, ein ländliches oder städtisches ist. Kein Bedürfnis besteht zu einer Ausdehnung des Vorbehalts auf einen mit der Überlassung einzelner Parzellen in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag." (Mot. z. EG. S. 186.) Die Landesgesetzgebung darf aber nur Dispositivvorschriften erlassen und Auslegungsregeln aufstellen. Den Vertragschließenden darf nicht die Befugnis genommen werden, ihr gegenseitiges Verhältnis beliebig zu regeln. Zwingende Vorschriften des BGB. (z. B. § 533) dürfen weder durch Landesgesetze noch durch die Beteiligten geändert werden (RG. E. 54 S. 107).

Im bisherigen preuß. Rechte, insbesondere auch im ALR. (I 11 §§ 602—605) finden sich nur spärliche Bestimmungen über den Leibgedingsvertrag. Das ALR. verweist auf die Provinzialgesetze. Diese enthalten aber ebenfalls keine näheren Bestimmungen darüber. Infolge davon hat sich das Institut in den einzelnen Landesteilen verschieden entwickelt.

Preußen hat von dem Vorbehalte des Art. 96 Gebrauch gemacht und im AG. z. BGB. Art. 15 nähere Bestimmungen getroffen. Dabei ist vermieden, in die Ergebnisse der bisherigen Entwickelung des Instituts einzugreifen oder umfassende Auslegungsregeln aufzustellen; nur unausgetragene Streitfragen sollen beseitigt und es soll verhindert werden, daß durch Anwendung von Vorschriften des BGB., die für das Rechtsverhältnis zwischen dem Grundstückserwerber und dem Leibgedingsberechtigten nicht passen, Rechtsunsicherheit und Verwirrung entstehen (Begr. des Art. 15 und KommBer. d. AbgH. S. 16).

Art. 15 bestimmt:

Steht mit der Überlassung eines Grundstücks ein Leibgedingsvertrag (Leibzuchts-, Altenteils-, Auszugs-, Ausgedingevertrag) in Verbindung, so gelten für das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältnis, soweit nicht abweichende Vereinbarungen getroffen sind, folgende Vorschriften:

§ 1. Der Erwerber des Grundstücks ist verpflichtet, dem Berechtigten an dem Grundstück eine den übernommenen wiederkehrenden Leistungen entsprechende Reallast und, wenn dem Berechtigten das Recht eingeräumt ist, ein auf dem Grundstücke befindliches Gebäude oder einen Teil eines solchen Gebäudes zu bewohnen oder mitzubewohnen oder einen Teil des Grundstücks in sonstiger Weise zu benutzen, eine entsprechende persönliche Dienstbarkeit, mit dem Range unmittelbar hinter den zur Zeit der Überlassung bestehenden Belastungen zu bestellen.

§ 2. Auf das Schuldverhältnis finden die Vorschriften der §§ 759, 760 BGB. über die Leibrente Anwendung.

§ 3. Hat der Verpflichtete dem Berechtigten Erzeugnisse solcher Gattung zu leisten, wie sie auf dem überlassenen Grundstücke gewonnen werden, so kann der Berechtigte nur Erzeugnisse von der mittleren Art und Güte derjenigen verlangen, welche auf dem Grundstücke bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung gewonnen werden.

§ 4. Lasten, die auf einen dem Berechtigten zur Benutzung überlassenen Teil des Grundstücks entfallen, hat der Verpflichtete zu tragen.

§ 5. Ist dem Berechtigten eine abgesonderte Wohnung zu gewähren, so hat der Verpflichtete sie ihm in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und während der Dauer seiner Verpflichtung in diesem Zustande zu erhalten.

Wird das Gebäude durch Zufall zerstört, so hat der Verpflichtete die Wohnung in einer nach den Umständen der Billigkeit entsprechenden Zeit und Weise wiederherzustellen und bis zur Wiederherstellung dem Berechtigten eine angemessene andere Wohnung zu beschaffen.

§ 6. Ist dem Berechtigten eine abgesonderte Wohnung zu gewähren, so ist er befugt, seine Familie sowie die zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

Hat der Verpflichtete dem Berechtigten die Mitbenutzung ſeiner Wohnung zu geſtatten, ſo erſtreckt ſich die Befugnis des Berechtigten zur Aufnahme ſeiner Familie nicht auf Perſonen, die erſt nach der Schließung des Leibgedingsvertrags durch Eheſchließung, Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt Familienangehörige geworden ſind, und nicht auf Kinder, die aus dem Hausſtande des Berechtigten ausgeſchieden waren.

§ 7. Unterläßt der Verpflichtete die Bewirkung einer vertragsmäßigen Leiſtung, ſo ſteht dem Berechtigten nicht das Recht zu, wegen der Nichterfüllung oder des Verzugs nach § 325 Abſ. 2 oder § 326 BGB. von dem Vertrage zurückzutreten oder nach § 527 BGB. die Herausgabe des Grundſtücks zu fordern.

§ 8. Veranlaßt der Verpflichtete durch ſein Verhalten eine ſolche Störung der perſönlichen Beziehungen zu dem Berechtigten, daß dieſem nicht zugemutet werden kann, die Wohnung auf dem Grundſtücke zu behalten, ſo hat er dem Berechtigten, falls dieſer die Wohnung aufgibt, den für die Beſchaffung einer anderen angemeſſenen Wohnung erforderlichen Aufwand ſowie den Schaden zu erſetzen, der daraus entſteht, daß dieſer andere ihm gebührende Leiſtungen nicht auf dem Grundſtück in Empfang nehmen kann; ſtatt der Leiſtungen kann der Berechtigte Entſchädigung in Geld verlangen.

§ 9. Veranlaßt der Berechtigte durch ſein Verhalten eine ſolche Störung der perſönlichen Beziehungen zu dem Verpflichteten, daß dieſem nicht zugemutet werden kann, ihm das fernere Wohnen auf dem Grundſtücke zu geſtatten, ſo kann ihm der Verpflichtete die Wohnung unter Gewährung einer angemeſſenen Räumungsfriſt kündigen.

Macht der Verpflichtete von dieſer Befugnis Gebrauch, ſo hat er dem Berechtigten eine Geldrente zu gewähren, die nach billigem Ermeſſen dem Werte der Vorteile entſpricht, welche er durch die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zu Dienſtleiſtungen erlangt.

Die Vorſchrift des Abſ. 2 findet auch Anwendung, wenn der Berechtigte durch andere Umſtände als durch das Verhalten des Verpflichteten ohne eigenes Verſchulden genötigt iſt, das Grundſtück dauernd zu verlaſſen.

§ 10. Iſt ein Leibgedinge für mehrere Berechtigte, insbeſondere für Ehegatten, vereinbart, ſo wird der Verpflichtete durch den Tod eines der Berechtigten zu dem Kopfteile des Verſtorbenen von ſeiner Verpflichtung frei, ſoweit die geſchuldeten Leiſtungen zum Zwecke des Gebrauchs und Verbrauchs unter den Berechtigten geteilt werden mußten.

Im einzelnen iſt zu dieſen Beſtimmungen (im Anſchluß an die Begr. des Art. 15) zu bemerken:

1. Im § 1 wird klar geſtellt, daß der Konſtituent oder der dritte Erwerber des Grundſtücks, der das Leibgedinge übernommen hat, durch den Vertrag ohne weiteres verpflichtet iſt, dem Berechtigten ein dingliches Recht auf die im Vertrage vereinbarten Leiſtungen und Vorteile zu beſtellen. Dies entſpricht der landrechtlichen, im gemeinrechtlichen Gebiete freilich nicht unbeſtrittenen, Praxis (OTrib. Arch. 12 S. 28, Bd 65 S. 92; RG. JW. 1892 S. 435 Nr. 33, 1899 S. 313 Nr. 33, Bolze 15 Nr. 70, Gruch. 40 S. 376). Durch die Vorſchriften des BGB. erleidet der bisherige Rechtszuſtand nur inſofern eine Änderung, als nach dem bisherigen Rechte dem Leibgedinge auch ohne Eintragung die Eigenſchaft eines dinglichen Rechtes, einer Reallaſt, zugeſtanden und nur die Wirkſamkeit gegen Dritte (auch gegen nicht gutgläubige) als von der Eintragung abhängig angeſehen wurde, während nach § 873 BGB. außer dem Vertrag auch die Eintragung in das Grundbuch zur Begründung des dinglichen Rechtes erforderlich iſt. Im Sinne der landrechtlichen Theorie könnte man das nach Art. 15 durch den Vertrag entſtehende Recht als ein Recht zur Sache bezeichnen. Aus dem Vertrage kann auf Eintragung geklagt werden, wenn in dem Vertrage die Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung auch nicht ausgeſprochen iſt. Die Beſtellung des Leibgedings iſt als ein Teil eines Grundſtücksüberlaſſungsvertrags an Beobachtung der für dieſen im § 313 Satz 1 BGB. vorgeſchriebenen Form gebunden,

nimmt aber auch, wie dieser, an der formheilenden Kraft der Auflassung und Eintragung Teil (§ 313 Satz 2).

Das Leibgedinge hat nach den Begriffsbestimmungen des BGB. je nach der Beschaffenheit der Leistung oder der dem Berechtigten zugestandenen Befugnisse den Charakter einer Reallast oder einer persönlichen Dienstbarkeit. Die danach gefaßte Vorschrift des Art. 15 § 1 stimmt mit § 50 GBO. überein.

2. Aus der im § 2 enthaltenen Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 759, 760 BGB. über die Leibrente ergibt sich, daß das Leibgedinge im Zweifel als auf die Lebenszeit des Berechtigten versprochen anzusehen ist, daß die einzelnen Leistungen, bei denen eine Vorausleistung möglich ist, im voraus zu entrichten sind und daß eine Rückforderung nicht stattfindet, wenn der Berechtigte, der Leistungen dem Vertrage gemäß im voraus empfangen hat, vor dem nächsten Fälligkeitstermine stirbt.

Bringt der Verpflichtete den Berechtigten um, so erlischt das Leibgedinge und ist nicht etwa bis zum Zeitpunkte des vermutlichen natürlichen Todes an die Erben weiter zu entrichten. Die Erben haben aber einen Anspruch auf Entschädigung dafür, daß der Verpflichtete sich der für das Grundstück bedungenen Gegenleistung widerrechtlich entzogen hat (OTrib. Arch. 64 S. 17).

Über die Löschung vgl. Bd II § 23 GBO. mit Anm.

3. Die Vorschrift des Art. 15 § 3 weicht von der Bestimmung des BGB. § 243 Abs. 1 ab. Nicht schlechthin Erzeugnisse von mittlerer Art und Güte kann der Berechtigte verlangen, sondern, da das Leibgedinge aus dem Grundstücke des Verpflichteten zu gewähren ist, nur Erzeugnisse von der mittleren Art und Güte, wie sie das Grundstück bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung liefert. Dies entspricht der vermutlichen Absicht der Vertragschließenden und der Natur der Sache.

4. §§ 4 und 5 Abs. 1 Art. 15 entsprechen dem regelmäßigen Willen der Vertragschließenden. „Der § 4 soll die mit Rücksicht auf den § 1047 BGB. mögliche Annahme ausschließen, daß der Berechtigte, dem ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an einem Teile des Grundstücks (auch an einem Gebäude) eingeräumt ist, zu den Lasten des Grundstücks beizutragen habe, und § 5 Abs. 1 soll der aus § 1093 in Verb. mit § 1041 BGB. etwa herzuleitenden Folgerung vorbeugen, daß dem Berechtigten die gewöhnliche Ausbesserung seiner Wohnung obliege. Beides würde der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses nicht entsprechen. Steht dem Altsitzer nur die Mitbenutzung der Wohnung des Verpflichteten zu, so regelt sich das Verhältnis nach § 242 BGB." (KommBer. d. AbgH. S. 16). Abgesondert ist die Wohnung, wenn dem Altsitzer die ausschließliche Benutzung zusteht.

5. § 5 Abs. 2 entspricht der bisherigen Rechtsprechung (OTrib. Rechtsf. 1 S. 205, Arch. 87 S. 183). Es ist nicht notwendig, daß das Gebäude gerade auf derselben Stelle des Grundstücks aufgeführt wird.

6. § 6 Abs. 1 stimmt mit § 1093 Abs. 2 BGB. und mit der bisherigen Praxis (OTrib. E. 4 S. 24, Arch. 46 S. 220) überein. Geht der Altsitzer eine Ehe ein, so kann er seine Frau und die mit ihr erzeugten Kinder in die abgesonderte Wohnung aufnehmen. Nach dem Tode des Altsitzers müssen aber die Frau und die Kinder die Wohnung räumen (Förster-Eccius 3 § 188 Anm. 88). Eine abgesonderte Wohnung ist auch ein dem Berechtigten zur ausschließlichen Benutzung eingeräumter Wohnraum, wenngleich der Zugang zu diesem Raume durch das Wohnzimmer des Verpflichteten führt. Sittlich anstößige Personen braucht der Verpflichtete zur Bedienung nicht zuzulassen (KommBer. d. AbgH. S. 17). Steht dem Berechtigten nur das Recht auf Mitbenutzung der Wohnung des Verpflichteten zu, so entspricht die im § 6 Abs. 2 vorgesehene Begrenzung des Aufnahmerechts dem vermutlichen Willen der Vertragschließenden, der Natur des Verhältnisses und der bisherigen Rechtsprechung (OTrib. Arch. 12 S. 327).

7. Im § 7 ist die Anwendung der Vorschriften des BGB. über das Rücktrittsrecht aus den §§ 325 Abs. 2, 326, 527 ausgeschlossen. „Die Anwendung dieser Vorschriften auf

den Leibgedingsvertrag würde zu einer mit den Absichten der Vertragschließenden nicht vereinbaren Härte führen. Die Überlassung eines Grundstücks gegen ein Leibgedinge erfolgt in der Regel nicht in dem Sinne, daß sie lediglich die Gegenleistung für die vertragsmäßigen Leistungen des Übernehmers bilden soll, sondern in der Absicht, dem Übernehmer dadurch auch eine zur Begründung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit dienende Zuwendung zu machen" (Begr.). Nicht ausgeschlossen ist das Rücktrittsrecht aus § 325 Abs. 1 BGB.

8. Die in den §§ 8, 9 Abs. 1 getroffenen Bestimmungen entsprechen der Billigkeit und der bisherigen Rechtsprechung (OTrib. Arch. 6 S. 103, Bd. 16 S. 143, Bd 65 S. 144; RG. Gruch. 25 S. 888, Bd 26 S. 911, Seuff. Arch. 39 S. 143, JW. 1898 S. 179 Nr. 66). Hat der Verpflichtete durch sein Verhalten die Störung veranlaßt, so hat der Berechtigte Anspruch auf Lieferung der Naturalien an seinen Wohnort, wenn nicht der Fall des § 251 Abs. 2 BGB. vorliegt; er kann aber auch (abweichend von §§ 250, 251 Abs. 1 BGB.) ohne weiteres statt der Leistungen Entschädigung in Geld verlangen (KommBer. d. AbgH. S. 17). In einem Falle, in dem die Eltern ihrem Sohne ihr Grundstück überlassen, sich jedoch neben einem Wohnungs- und Unterhaltsrechte die freie Verwaltung des Grundstücks für ihre Lebenszeit vorbehalten hatten, der Übernehmer ihnen aber durch Mißhandlungen den Aufenthalt auf dem Grundstück unmöglich machte, hat das RG. (Gruch. 42 S. 931) angenommen, daß die Eltern die Entfernung ihres Sohnes von dem Grundstücke verlangen könnten. Wenngleich diese Entscheidung auf die in das BGB. nicht übernommene Vorschrift des § 370 ALR. I 5 gegründet ist, wird der in ihr ausgesprochene Grundsatz auch fernerhin aus dem Gesichtspunkt aufrecht zu erhalten sein, daß die Entfernung des Übernehmers sich als eine Zwangsmaßregel auf Erfüllung des Vertrags darstellt. Objektiv unmöglich ist die Erfüllung nicht, § 325 Abs. 1 BGB. nicht anwendbar. Es dürfte überhaupt kein Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegen, sondern böswillige Nichterfüllung. Der Art. 15 regelt nicht den Fall, daß die dem Altenteilsvertrage zugrunde liegende Grundstücksübertragung auf einer Schenkung beruht und diese wegen Undanks widerrufen wird. Er durfte dies auch nicht, da Art. 96 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung nur die Abänderung dispositiver Vorschriften des BGB. freigibt. Dazu gehört aber § 530 BGB. nicht, wie § 533 klar ergibt (RG. E. 54 S. 107).

Veranlaßt der Berechtigte eine Störung der im Art. 15 § 9 Abs. 1 bezeichneten Art, so kann ihm der Verpflichtete zwar die Wohnung kündigen, aber er soll dadurch keine Bereicherung erfahren. Er hat dann dem Berechtigten eine Geldrente zu gewähren, die dem Werte der Vorteile entspricht, die er durch Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zu Dienstleistungen (Aufwartung, Pflege ꝛc.) erlangt. Auch für den Fall, daß der Berechtigte ohne sein oder des Verpflichteten Verschulden (z. B. durch Krankheit) genötigt ist, das Grundstück dauernd zu verlassen, hat er nur eine Rente zu beanspruchen, für deren Bemessung nur der Vorteil, den der Verpflichtete erlangt, nicht der Nachteil, den der Berechtigte erleidet, maßgebend ist (§ 9 Abs. 3). Für den Fall unverschuldeter Notwendigkeit der zeitweisen Entfernung des Berechtigten vom Grundstücke (z. B. zum Zwecke einer Badereise) ist keine Bestimmung getroffen. Je nach Lage des Einzelfalles wird in Anwendung des im § 9 Abs. 3 enthaltenen Grundsatzes der Verpflichtete verurteilt werden können, dem Berechtigten den Wert des Ersparten (aber nicht in einer Rente) zu zahlen. Bei Entfernung auf ganz kurze Zeit wird dem Berechtigten ein Anspruch nicht zuzugestehen sein. Handelt es sich um ein Mitbewohnungsrecht, so wird ein Vorteil des Verpflichteten in den Fällen des § 9 oft kaum hervortreten. Billiges Ermessen wird aber auch hier den Richter zu einer angemessenen Entscheidung führen.

In allen Fällen des § 9 bleibt die Verpflichtung zur Gewährung der wiederkehrenden Leistungen unberührt. Ist dem Berechtigten freie Beköstigung an dem Tische des Verpflichteten zugesichert, so wird sich diese Verpflichtung regelmäßig in natura nicht erfüllen lassen. Es wird analoge Anwendung des § 9 Abs. 2 geboten sein. Die sonstigen wiederkehrenden Leistungen wird der Berechtigte von dem Grundstück abzuholen haben, da sie

nach der Natur des Rechtsverhältnisses (BGB. § 269) dort zu entrichten sind. Das Melken einer dem Altsitzer bei den Kühen des Verpflichteten frei zu haltenden eisernen Kuh wird der Altsitzer durch einen Beauftragten vornehmen lassen müssen (vgl. OTrib. Arch. 58 S. 248).

9. Der § 10 endlich entscheidet die Frage, welchen Einfluß der Tod eines von mehreren Mitberechtigten auf den Umfang der Rechte des überlebenden übt, der bisherigen landrechtlichen Rechtsprechung entsprechend (OTrib. Rechtsf. 2 S. 142, Bd 4 S. 88, Arch. 7 S. 36). Demnach kann der überlebende Berechtigte die Leistungen, die für einen einheitlichen ungeteilt zu deckenden Bedarf bestimmt sind, wie Beleuchtung, Feuerung, Wohnung in einem besonderen Zimmer ꝛc., ganz, von den teilbaren Leistungen dagegen nur seinen Kopfteil fordern. Sache der Beteiligten ist es, einen von dieser Bestimmung abweichenden Willen im Vertrage zum Ausdrucke zu bringen. Die z. B. in einem Gutsüberlassungsvertrage getroffene Bestimmung: „Der Altenteil und das für die Überlasser hypothekarisch sichergestellte Restkaufgeld gehen nach dem Tode des einen der Altsitzer (Überlasser) ungeschmälert auf den Letztlebenden über", berechtigt die Erben des letztlebenden Altsitzers zur alleinigen Verfügung über die Hypothek (RG. Rsp. 2 S. 386).

10. Das Altenteilsrecht ist nicht übertragbar (BGB. §§ 399, 413), da sein Inhalt, insbesondere wenn der Altenteil in Gewährung von freier Wohnung, Bespeisung, Wartung, Krankenpflege besteht, nicht jedem beliebigen Dritten gegenüber und für jeden Dritten gleich bleibt. Daraus ergibt sich, daß, wenn ein Altenteil für Eheleute bestellt ist, der Mann nicht befugt ist, über den Anteil seiner Frau ohne ihre Zustimmung zu verfügen (§§ 1375, 1439, 1525 Abs. 2 BGB.). Die den Eheleuten zustehenden Altenteilsleistungen (z. B. Wohnung und Heizung in einem Zimmer) sind der Regel nach unteilbar. (RG. V 257. 05.)

11. Die Einzelrechte des Altsitzes sind insoweit pfändungs- und konkursfrei, als sie nach den rein persönlichen Verhältnissen des Altsitzers bemessen sind (Jaeger KO. Nr. 38 zu § 1).

12. Die unter der Herrschaft des früheren preuß. Rechtes durch den Altenteilsvertrag begründete Verpflichtung zur Eintragung ist durch das neue Recht nicht berührt (S. 657 Anm. IV).

13. Über das Schicksal des Altenteils bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks vgl. S. 536.

Anhang II.

Preußische Vorschriften über den Inhalt und das Maß der Grunddienstbarkeiten, der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und der Reallasten.

I. Nach Art. 115 EG. z. BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt und das Maß der in der Überschrift bezeichneten Rechte näher bestimmen, unberührt. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf Rechte, die nach dem Inkrafttreten des BGB begründet werden; für die vorher begründeten Rechte ist Art. 184 das. maßgebend.

Die bezeichneten landesgesetzlichen Vorschriften bleiben in Kraft; sie können aber auch geändert und es können neue landesgesetzliche Vorschriften über Inhalt und Maß jener Rechte erlassen werden (Art. 3, 218 das.). In jedem Falle sind aber die reichsrechtlichen Vorschriften zwingender Natur, z. B. für Grunddienstbarkeiten die §§ 1019 ff. BGB., und für neu zu begründende Rechte maßgebend; sie modifizieren die bestehenden Gesetze und legen der künftigen Landesgesetzgebung Schranken auf (RG. E. 54 S. 107).

II. Abgesehen von den zwingenden Vorschriften des BGB. sind für den Inhalt und das Maß der in Rede stehenden Rechte in erster Reihe die Vereinbarungen der Beteiligten maßgebend; nur ergänzend kommen die Bestimmungen der Landesgesetze in Frage. In den bisher landrechtlichen Gebieten Preußens fehlt es an Vorschriften, die den Inhalt und das Maß von privatrechtlichen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten

näher bestimmen (ALR. I 22 § 96 stimmt mit BGB. § 1091 überein); dagegen besteht eine große Zahl derartiger Bestimmungen für Grunddienstbarkeiten (ALR. I 22 §§ 55 ff.). Diese Bestimmungen sind nach Art. 89 Nr. 1 b PAG. z. BGG. aufrecht erhalten; dagegen ist Art. 630 code civ. nach Nr. 2 das. aufgehoben. Dem Inhalte nach werden Gebäude-, Wege-, Hütungs-, Schäferei-, Mastungs-, Holzungs- und andere Grundgerechtigkeiten unterschieden. Ihr Maß wird näher bestimmt.

1. Gebäudegerechtigkeiten.

a. Das Recht, auf der eigentümlichen Mauer eines anderen zu bauen oder darauf einen Balken zu legen. Wie nach BGB. § 1022 liegt dem Eigentümer der Mauer die Pflicht zu deren Unterhaltung ob; aber abweichend vom BGB. hat er das Recht (facultas alternativa), das Eigentum an der Mauer aufzugeben und es dem Berechtigten zu überlassen (ALR. I 22 § 56). In welcher Weise dies zu geschehen hat, ist zweifelhaft. Die Eigentumsüberlassung ist nur möglich im Wege der Auflassung und Eintragung. Dieser Weg ist gangbar, wenn beide Teile darüber einig sind. Weigert sich aber der Berechtigte, die Auflassung entgegenzunehmen, so wird der Eigentümer nicht für verpflichtet erachtet werden können, dieserhalb mit dem Berechtigten einen Prozeß zu führen. Es wird zur Befreiung von der Unterhaltungspflicht genügen, wenn er den Eigentumsverzicht nach § 928 BGB. erklärt und eintragen läßt. Die bloße formlose Äußerung des Dereliktionswillens (Förster-Eccius 3 § 187 a) genügt nicht zum Verzicht auf ein Grundstück oder auf einen Teil eines solchen. Ob dem Berechtigten das Recht, sich den derelinquierten Grundstücksteil anzueignen, nach Art. 129 EG. z. BGB. und § 56 ALR. I 22 zusteht, ist zweifelhaft, dürfte aber zu bejahen sein.

Während der Reparatur oder Neuaufführung einer Mauer, die das Gebäude eines anderen stützt, muß der Eigentümer der Mauer das Gebäude auf seine Kosten unterstützen, es sei denn, daß der Bau durch bloßen Zufall notwendig geworden oder bloß zum Besten des Berechtigten ausgeführt wird (§ 57, 58 das.).

b. Das Recht der Dachtraufe und des Ausgusses. Diese Rechte sind nicht identisch. Das erste gibt dem Hauseigentümer nur das Recht, das Regen- und Schneewasser auf das Nachbargrundstück tropfen zu lassen (OTrib. Arch. 11 S. 236). Will er das Regenwasser dem Nachbargrundstück in Rinnen zuführen, so muß er das Recht des Ausgusses erwerben (dies ist jedoch streitig; vgl. OTrib. Arch. 97 S. 32). Der Verpflichtete darf nicht so nahe an der Grenze bauen, daß dadurch das Traufrecht vereitelt wird. Das neue Gebäude muß so aufgeführt werden, daß die Traufe direkt auf den Grund und Boden des Verpflichteten fällt. Der Verpflichtete muß also die Traufe „unter" sein Dach nehmen (ALR. I 22 § 61; vgl. dazu Koch, Komment.). Der Berechtigte kann nicht verlangen, daß der Verpflichtete das herabgetropfte Wasser ableitet (OTrib. Arch. 11 S. 232).

Das Ausgußrecht besteht in der Befugnis, dem Nachbargrundstücke Wasser oder andere Flüssigkeiten durch Rinnen, Kanäle oder andere Anlagen zuzuführen. Ist damit das Recht verbunden, die Flüssigkeiten mittels eines Kanals über das dienende Grundstück abzuleiten, so muß der Berechtigte den Kanal, soweit er über das dienende Grundstück führt (a. M. OTrib. Arch. 61 S. 192), bedecken und mit einem eisernen Gitter nach dem dienenden Grundstücke versehen (ALR. I 22 § 60), die Anlage auch nach § 1020 Satz 2 BGB. in ordnungsmäßigem Zustand erhalten, soweit nicht die nach § 1021 Abs. 1 BGB. zulässigen anderweitigen Vereinbarungen getroffen sind.

c. Das Recht der freien Aussicht gibt nicht bloß das Recht zur Untersagung aller die Aussicht beeinträchtigenden Anlagen (OTrib. Arch. 84 S. 53), sondern auch die Befugnis, in einer an des Verpflichteten Hof oder Garten unmittelbar anstoßenden Mauer neue Fenster zu öffnen (ALR. I 22 § 62). Der Berechtigte braucht die Fenster nicht sechs Fuß über dem Boden des Zimmers oder Behältnisses zu erhöhen (ALR. I 8 § 138), aber er muß sie mit eisernen höchstens zwei Zoll voneinander stehenden Stäben oder mit einem

Drahtgitter versehen (OTrib. Arch. 64 S. 108; RG. Gruch. 26 S. 939; a. M. Dernburg SR. S. 177 Anm. 11).

2. Wegegerechtigkeit (ALR. I 22 §§ 63—79. Die §§ 63, 64 enthalten öffentlichrechtliche Bestimmungen, interessieren hier daher nicht). Unterschieden wird die Fußsteig-, die Fahr- und die Viehtriebgerechtigkeit. Wer eine Fußsteiggerechtigkeit hat, darf den Weg nur zum Gehen (nicht zum Radeln, Gierke SR. S. 663 Anm. 20) benutzen (§ 65). Wer die Fahrgerechtigkeit hat, darf auf dem Wege auch reiten, mit Karren fahren und Vieh an Stricken führen (§ 66). Dagegen schließt das Recht zu reiten, oder mit Karren zu fahren, oder Vieh zu führen, nicht das (umfangreichere) Recht zu fahren in sich ein (OTrib. Rechtsf. 1 S. 109). Das Recht des Viehtriebs ist in der Fahrgerechtigkeit nicht enthalten; ebensowenig aber dieses in jenem (§§ 67, 68). Die Fußsteig- und Fahrgerechtigkeiten dürfen nur auf dem durch Vereinbarung bestimmten (RG. Gruch 24 S. 482) Wegezug ausgeübt werden (§ 70). Unter den Voraussetzungen des § 1023 BGB. kann der Verpflichtete die Verlegung des Weges auf eine andere Stelle seines Grundstücks verlangen (a. M. für das bisher. Recht OTrib. Arch. 63 S. 31). Ist aber kein bestimmter Weg festgesetzt und die Dienstbarkeit auf allen Teilen des belasteten Grundstücks ausgeübt und ist eine solche Ausübung auch zum wesentlichen Inhalte der Grunddienstbarkeit erhoben, so kann Verlegung nicht verlangt werden (vgl. Anm. 1 S. 569 zu § 1023). Die Viehtriebgerechtigkeit ist der Regel nach auf keinen bestimmten Wegezug beschränkt (RG. Gruch. 24 S. 482; a. M. OTrib. Arch. 18 S. 94). Der Berechtigte muß (in Übereinstimmung mit dem Grundsatze des § 1020 BGB.) den Viehtrieb so einrichten, daß das Vieh durch Übertreten oder sonst keinen Schaden verursacht. Verzäunungen oder andere Verrickungen zum Zwecke der Schadensverhütung anzulegen oder zu unterhalten, ist weder der Verpflichtete noch der Berechtigte verbunden (§§ 73, 74), jeder von ihnen ist aber dazu berechtigt (OTrib. E. 39 S. 171, Arch 48 S. 194), wenn die Verzäunung ꝛc. den anderen nicht beschwert. Hat der Verpflichtete dergleichen Anlagen bisher unterhalten und läßt sie wieder eingehen, so ist der Berechtigte dadurch von der Schadensverhütungspflicht nicht entbunden (§ 74). Ist ein bestimmter Weg für den Viehtrieb festgesetzt und dieser weniger als 16, in der Biegung weniger als 24 Fuß breit, so kann der Verpflichtete Veranstaltungen, die er bisher zum Zwecke der Schadensverhütung unterhalten hat, wider den Willen des Berechtigten nicht eingehen lassen (§75). Die Viehtriebgerechtigkeit schließt das Recht, das Vieh lagern und weiden zu lassen, nicht ein (Koch Komment. zu § 72). Steht jemand das Recht der Durchfahrt durch einen Torweg zu, so darf dieser ohne Einwilligung des Berechtigten weder verengt noch erniedrigt werden (§ 76). Ist eine bestimmte Breite für die Wege durch Vertrag nicht festgesetzt, so muß der Fußsteig 3, wenn darauf geritten oder mit Karren gefahren werden soll 4, der Fahrweg 8 und in der Biegung 12, der Viehtriebweg 16 und in der Biegung 24 Fuß breit sein (§ 77—79).

Ist das Wegerecht auf einen bestimmten Zweck ausdrücklich eingeschränkt, so darf der Berechtigte den Weg zu keinem anderen Zwecke benutzen. Wer z. B. das Recht zu Ackerfuhren hat, darf nicht Steine abfahren (OTrib. Rechtsf. 1 S. 164), wer nur das Recht, Heu abzufahren, hat, darf nicht Torf abfahren (RG. Gruch. 24 S. 882); bei der Weideseparation ausgeworfene Kulturwege dürfen nicht für die Bedürfnisse eines Lagerplatzes oder einer Fabrik, die später angelegt sind, benutzt werden (OTrib Arch. 14 S. 23; RG. Blum Urt. u. A. 3 S. 279). Ist eine solche einschränkende Bestimmung nicht getroffen, so darf der Berechtigte den Weg zu allen seinen Bedürfnissen, nicht aber zu ganz neuen Anlagen benutzen. Hierüber vgl. Anm. I 2 S. 563 und aus der älteren Rechtsprechung OTrib. Arch. 9 S. 35, Bd 37 S. 185, Bd 98 S. 54. Über den Fall der Teilung des berechtigten oder belasteten Grundstücks vgl. §§ 1025, 1026 BGB.

3. Hütungsgerechtigkeiten (ALR. I 22 §§ 80—145). Der Berechtigte hat nur die Befugnis, sein Vieh weiden zu lassen, nicht das Recht, Gras, Rohr und Schilf zu mähen (§ 132; OTrib. Arch. 99 S. 369). Er muß sein Recht so ausüben, daß der Ver-

pflichtete an der Subſtanz der Sache keinen Schaden erleidet und an der nach Landesart gewöhnlichen Kultur und Benutzung nicht gehindert wird (§ 80; OTrib. Arch. 62 S. 42). Anderſeits darf der Verpflichtete durch Änderung der Kultur den erforderlichen Weidebedarf (OTrib. Arch. 58 S. 149) des Berechtigten nicht ſchmälern (§ 81); nur einen mit der Hütung belaſteten Wald kann er ſo weit bebauen, d. h. in Kultur legen (OTrib. Rechtsſ. 4 S. 183), Gebäude für das Forſtaufſichtsperſonal errichten und dieſem Perſonal Dienſtland im Walde anweiſen (OTrib. Arch. 5 S. 180), als es zur Herſtellung der Forſtaufſicht notwendig iſt (§ 82). Darüber, welche Maßregeln der Berechtigte zur Schonung der Intereſſen des Verpflichteten zu ergreifen hat, ſind ausführliche Beſtimmungen getroffen. Er muß das Vieh unter Aufſicht eines Hirten auf die Weide bringen oder ſonſtige Veranſtaltungen treffen (§§ 83, 84, 86), widrigenfalls er für den durch das Vieh angerichteten, ſelbſt zufälligen Schaden haftet (§ 85). Er darf kein unreines und mit anſteckenden Krankheiten behaftetes Vieh, in der Regel auch kein Schmiervieh (d. h. räudige, eingeſchmierte Schafe) auf die Hütung bringen (§§ 87, 88). Er darf die Felder und Wieſen des Verpflichteten nicht durch unzeitige Behütung beeinträchtigen (§§ 107, 108); insbeſondere iſt die Behütung von Wieſen zu geſchloſſenen Zeiten unſtatthaft (§§ 109—111, Anh. § 60; Ed. v. 31. Auguſt 1800, Nov. Cod. Const. X. S. 3094). Naſſe und durchbrüchige Wieſen müſſen auch im Herbſte, alſo überhaupt, mit der Hütung verſchont werden (§ 112). Weitere ſehr kaſuiſtiſche Beſtimmungen ſind in den §§ 113—131 enthalten.

Der Verpflichtete hat, wenn nichts anderes vereinbart iſt, das Recht der *Mithut* (§ 89). Er darf auch anderen Perſonen das Recht der Mitbehütung einräumen, ſoweit dadurch der zuerſt Berechtigte nicht beeinträchtigt wird (OTrib. Arch. 17 S. 115). Iſt die Zahl des Viehes nicht beſtimmt (*unbemeſſene Hütungsgerechtigkeit*), ſo darf der Berechtigte ſo viele Stücke Zug-, Rind- und Schafvieh (Schweine und andere Arten Vieh nur im Falle beſonderer Vereinbarung: §§ 99, 100) auf die Hütung bringen, als er in den letzten zehn Jahren vor dem Antrage des Verpflichteten auf Feſtſtellung der Zahl aufgetrieben hat (GemTeilO. v. 7. Juni 1821 §§ 32—34, 166, 167), wenn aber die Vorausſetzungen zur Anwendung dieſes Maßſtabs fehlen, ſoviel, als er mit dem von den *berechtigten* Grundſtücken (nicht auch von anderen ihm gehörigen oder gepachteten) gewonnenen Futter durchwintern kann (ALR. I 22 §§ 90, 91). Auch darf der Berechtigte in dieſem Falle nur *eigenes* Vieh auftreiben (OTrib. Arch. 70 S. 319); jedoch ſind Ausnahmen beſtimmt für den Fall, daß das Hütungsrecht einer ganzen Gemeinde zuſteht (§§ 92, 93; vgl. OTrib. E. 16 S. 18, Arch. 10 S. 152, Bd 30 S. 257). Iſt die Anzahl des Viehes beſtimmt (*bemeſſene Hütungsgerechtigkeit*), ſo darf der Berechtigte das (in dieſer Zahl nicht inbegriffene) noch ſäugende Jungvieh mit auf die Weide treiben (§ 98). Auch in dieſem Falle hat der Verpflichtete das Recht der Mithut, aber nur inſoweit, als dadurch das Recht des Berechtigten nicht beeinträchtigt wird.

Iſt dem Berechtigten die Hütung nur für eine gewiſſe Art von Vieh eingeräumt, ſo darf er Vieh von anderer Art nur inſofern auf die Weide bringen, als er durch Zufall oder höhere Gewalt dieſe Art von Vieh an Stelle des anderen zu halten zeitweiſe genötigt iſt (§ 101), und, wenn die Zahl beſtimmt war (bemeſſene Gerechtigkeit), muß auch die Zahl der neuen Art nach wirtſchaftlichen Grundſätzen mit jener Zahl dergeſtalt im Verhältniſſe ſtehen, daß das verpflichtete Grundſtück nicht mehr belaſtet wird (§ 102). Wird das Grundſtück, auf dem das Hütungsrecht laſtet, durch Zufall oder höhere Gewalt derart verändert, daß die bisherige Anzahl Vieh darauf nicht mehr erhalten werden kann, ſo muß der Berechtigte ſich eine Herabminderung der Zahl in demſelben Verhältniſſe, wie der Verpflichtete, unter gleichzeitiger Herabminderung ſeiner Gegenleiſtungen gefallen laſſen. Handelt es ſich aber um eine bemeſſene Gerechtigkeit, ſo muß nur der Verpflichtete die Anzahl ſeines Viehes vermindern (§§ 103—105). Reicht die Weide von Anfang an für das beiderſeitige Vieh nicht aus, ſo muß bei einer bemeſſenen Gerechtigkeit nach dem Grundſatze des § 89 der Berechtigte ſeinen Viehſtand verhältnismäßig vermindern (OTrib.

E. 58 S. 242). Reicht die Weide deshalb nicht mehr aus, weil der Verpflichtete seinen Viehstand vermehrt hat, so muß der Verpflichtete sowohl dem bemessen, als auch dem unbemessen Berechtigten gegenüber zurücktreten (§ 106), d. h. er muß seinen Viehstand so weit wieder herabmindern, daß die Hütung für das Vieh des Berechtigten ausreicht.

Eine besondere Art der Hütung ist die Koppelhütung. Eine solche liegt vor, wenn die Eigentümer mehrerer Grundstücke auf diesen Grundstücken gemeinschaftlich hüten (§ 135). Jedes Grundstück ist dann berechtigt und belastet. In der Rheinprovinz, mit Ausnahme der Kreise Duisburg und Rees, sowie in Neuvorpommern und Rügen ist die Koppelhut ohne Entschädigung aufgehoben (GemTeilO. v. 19. Mai 1851 § 5 Abs. 2).

Die Hütungsberechtigungen unterliegen der Aufhebung gegen Ablösung nach den Bestimmungen des ALR. I 22 §§ 138—145, der GemTeilO. v. 7. Juni 1821 §§ 2, 4—19, 22—24 und des G. v. 2. März 1850 Art. 9.

Eine besondere Art der Hütungsgerechtigkeit ist die Schäfereigerechtigkeit (ALR. I 22 §§ 146—169), d. h. das Recht, Schafe auf der ganzen Feldmark zu hüten. Nach § 146 war diese Gerechtigkeit präsumtiv ein Vorrecht der Gutsherrschaft. Das ist mit der Aufhebung des sogen. Obereigentums fortgefallen. Nur der historische Entstehungsgrund wirkt noch nach (Förster-Eccius 3 § 187 a Nr. 4). Von den in fremder Feldmark belegenen Grundstücken darf die Gutsherrschaft der Regel nach Schafe nicht zur Hütung bringen (§ 149). Ein Mithutrecht der Dorfeinwohner besteht nicht überall. Die Vermutung spricht aber nach dem Grundsatze des § 89 dafür. Ist die Gerechtigkeit unbemessen, so ist der Durchwinterungsmaßstab nicht entscheidend (§ 150). Die Hütung muß mit Schonung der Interessen der Dorfeinwohner ausgeübt werden; zu gewissen Zeiten ist sie entweder ganz unzulässig, oder nur mit Beschränkungen zulässig (§§ 161—169). In Gegenden, in denen die Gutsherrschaft die Schafe der Dorfbewohner nicht mit in ihre Herde aufnimmt, müssen die Schafe der Dorfbewohner in einer gemeinschaftlichen Herde gehütet werden. Hat die Gutsherrschaft Rustikaläcker in Kultur, so muß sie zum Lohne des Hirten der Dorfbewohner verhältnismäßig beitragen (§§ 154—156). Mit der Schäfereigerechtigkeit ist bisweilen der Hordenschlag (oder das Pferchrecht) verbunden, d. h. das Recht des Herdeneigentümers oder des Grundeigentümers, das Vieh über Nacht auf dem belasteten Grundstücke zu lassen. Der Grundeigentümer hat davon den Vorteil, daß ihm der Dung gehört. Das ALR. bestimmt darüber (§ 157) nur, daß, wo der Hordenschlag üblich ist, den zur Schafhütung berechtigten Dorfbewohnern der Vorteil davon nach Verhältnis ihrer Schafe in der Regel nicht versagt werden kann.

Die Schäfereigerechtigkeit unterliegt der Ablösung nach der GemTeilO. §§ 2, 39.

Besondere Bestimmungen über das Recht der Hütung in Waldungen sind in den §§ 170—179 ALR. I 22 enthalten, die insbesondere die Verhütung der Beschädigung von Schonungen bezwecken. Der Grundeigentümer muß die Schonungen durch Gräben, Zäune ꝛc. befrieden oder die Grenzen auf andere Art bezeichnen (§ 179). Die so bezeichneten Schonungen müssen mit der Hütung so lange verschont werden, bis für das Holz keine Beschädigung von dem Vieh mehr zu besorgen ist (§§ 170, 171). Der Grundeigentümer ist in der Anlage von Schonungen beschränkt. Er darf das Recht der Hütungsberechtigten durch Anlegung von Schonungen nicht einschränken (§§ 172, 173, 175), soweit die Anlegung im Interesse der Wiederkultur nicht nötig ist (Kultured. v. 14. September 1811 § 28). Ist sie nötig, würde darunter aber eine unentbehrliche Weide zu sehr leiden, so soll eine billige Einschränkung der Schonung nach dem Urteile von Schiedsrichtern stattfinden (§ 29 das.). Will der Waldeigentümer mehr in Schonung legen, als zur Weidekultur erforderlich ist, und kann dies ohne Beeinträchtigung der Interessen der Berechtigten nicht geschehen, so muß er diesen so lange eine andere Stelle zur Hütung anweisen, bis die Schonung wieder aufgegeben werden kann (§ 176).

Eine besondere Abart der Hütungsgerechtigkeit ist ferner das Mastungsrecht (§§ 187—196), d. h. das Recht, Schweine oder anderes Vieh in einen fremden Wald zu

treiben, damit es sich dort an den Baumfrüchten (Eicheln ꝛc.) mästet. Sie ist unter einer selbst unbestimmten Hütungsgerechtigkeit nicht mitbegriffen (§ 195), muß also besonders erworben werden. Es sind Schonzeiten für die Masthölzer bestimmt (§§ 190, 191), während deren nur das Lesen der Baumfrüchte (Sprengmast) zulässig ist (§ 193). Die Sprengmastgerechtigkeit berechtigt nicht zur Hütung (§ 194). Der Mastberechtigte kann den Eigentümer des Waldes und die Holzungsberechtigten nicht hindern, Masthölzer nach forstmäßigen Grundsätzen zu schlagen (§ 196).

4. Holzungsgerechtigkeiten (§§ 201—239). Zu diesen werden auch die Waldstreugerechtigkeiten gerechnet.

a. Die eigentlichen Holzungsgerechtigkeiten gehen auf Entnahme des für das Grundstück des Berechtigten „benötigten" Holzes aus einem fremden Walde. Hat der Eigentümer das Holz selbst zu liefern, so liegt keine Grundgerechtigkeit, sondern eine Reallast vor. Ist schlechtweg eine Gerechtigkeit auf das benötigte Holz eingeräumt, so umfaßt sie das Brenn- und Bauholz (auch das Schirrholz für eine Mühle; vgl. Rabe 13 S. 577), nicht aber Rohr und Schilf (§§ 201, 202). Nach dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten (vgl. BGB. § 1019) kann auch die Holzungsgerechtigkeit nicht weiter erstreckt werden, als der Vorteil des Grundstücks des Berechtigten reicht. Der § 203 spricht dies zwar nur bezüglich der unbestimmten (d. h. auf kein gewisses Quantum beschränkten) Holzungsgerechtigkeiten aus; es gilt aber auch für die bestimmten. Will der Berechtigte ein Recht auf Holzentnahme zum Verkauf oder zur Verwendung für andere Grundstücke erwerben, so kann dies im ersten Falle nur durch Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, im letzten nur durch Einräumung einer Grunddienstbarkeit auch für diese anderen Grundstücke geschehen (vgl. Anm. I 1 S. 562 f.). Parzellen, die dem Grundstücke des Berechtigten erst nach Bestellung der Grunddienstbarkeit zugeschrieben sind, nehmen an ihr nicht teil (OTrib. E. 16 S. 219, Bd 45 S. 184). Bauholz darf nur zur Unterhaltung oder Wiederherstellung der zur Zeit des Erwerbes der Grunddienstbarkeit vorhanden gewesenen Wohn- oder Wirtschaftsgebäude entnommen werden (§ 208), und zwar nach Maßgabe des jedesmaligen Bedürfnisses (OTrib. Schles. Arch. 4 S. 150, Strieth. Arch. 6 S. 137). Die Gerechtigkeit darf also nicht für mehr Gebäude in Anspruch genommen werden, als ursprünglich vorhanden waren. Stellt sich bei unverändertem Umfang und unveränderter Kulturart (OTrib. E. 36 S. 221) des Grundstücks des Berechtigten die Notwendigkeit der Verlegung oder Erweiterung der ursprünglich vorhanden gewesenen Gebäude heraus, so kann auch das dazu erforderliche Bauholz aus dem belasteten Walde genommen werden (§ 210). Zur Verlegung oder Erweiterung vorhandener Gebäude, die nur zur Bequemlichkeit oder zur Ersparung von Arbeitskräften vorgenommen wird, darf Holz nicht entnommen werden (OTrib. Arch. 1 S. 307, Bd 6 S. 65), wohl aber zu derartigen Bauten, die infolge der fortschreitenden, erhöhten Bodenkultur erforderlich werden (OTrib. E. 16 S. 223). Wird auf dem bisher nur zur Ackerwirtschaft benutzten Grundstück eine Fabrik errichtet, so darf für deren Zwecke Holz nicht entnommen werden (RG. V. 154. 95). Brennholz dient den Vorteilen des berechtigten Grundstücks insoweit, als es für dessen Bewirtschaftung, zur Heizung der in den Grundstücksgebäuden befindlichen Wohnräume, zum Kochen auf dem Grundstück ꝛc., erforderlich ist. Dabei kommt es nicht bloß auf die Bedürfnisse des Eigentümers, sondern auch seiner Familie, des Pächters, der Wirtschaftsbeamten, des Altsitzers an (OTrib. E. 15 S. 491). Das Brennholz darf nicht außerhalb des Grundstücks verwendet werden, z. B. nicht für die Bedürfnisse des nicht auf dem Gute wohnenden Eigentümers oder Pächters (§§ 205, 206). Ist eine Bau- oder Brennholzgerechtigkeit einer ganzen Dorfschaft oder Gemeinde eingeräumt, so kommt sie, wenn nichts anderes bedungen ist, nur den Wirten zu, die zur Zeit der Einräumung angesessen waren, und ihren Eigentumsnachfolgern (vgl. §§ 211, 212, die das OTrib. E. 16 S. 30 nur für den Fall der Verleihung angewendet wissen will). Der Berechtigte kann Holz nicht auf mehrere Jahre voraus entnehmen, sondern es nur für jedes Wirtschaftsjahr besonders fordern (§ 204). Daraus ist gefolgert, daß der

Berechtigte, wenn er sein Bedürfnis für das bestimmte Wirtschaftsjahr zu decken verabsäumt hat, das fehlende nicht nachfordern und, wenn der Verpflichtete die Entnahme verweigert hat, nur Entschädigung verlangen kann (OTrib. E. 71 S. 169).

Die dem Werte nach geringste Art der Brennholzgerechtigkeit ist das Recht auf Raff- und Leseholz (beide Ausdrücke bezeichnen dasselbe; OTrib. E. 79 S. 212, Arch. 99 S. 139), d. h. auf die abgefallenen trockenen Äste und auf den in abgeholzten Schlägen zurückgelassenen Abraum (§ 215. Über den Begriff des Abraums vgl. OTrib. Arch. 92 S. 118). Der Eigentümer ist der Regel nach nicht verpflichtet, Abraum zurückzulassen (OTrib. E. 29 S. 132), es sei denn, daß dem Berechtigten nach dem Vertrage das benötigte Brennmaterial zusteht und sein Bedürfnis nicht gedeckt werden würde, falls der Eigentümer den Abraum für sich verwertete (OTrib. Arch. 100 S. 30). Lagerholz, d. h. Stämme, die vor Alter umgefallen sind (§ 216; OTrib. E. 10 S. 442) und Windbrüche (§ 217), d. h. vom Winde abgebrochene Baumteile, fallen nicht unter das Raff- und Leseholz; ebensowenig dieses unter jene. Das Recht, Holz zu raffen und zu lesen, schließt nicht das Recht, Streu zu rechen oder Kien zu holen, in sich ein (§ 221).

Bemessenen Holzungsgerechtigkeiten gegenüber steht das Recht des Eigentümers nach, unbemessene schließen sein Holzungsrecht nicht aus (§§ 226, 227), sondern es tritt, wenn der Bestand zur Befriedigung des beiderseitigen Bedarfs nicht ausreicht, verhältnismäßige Einschränkung der Holznutzung für beide ein (vgl. OTrib. Präj. 1499 PräjS. I S. 133, E. 33 S. 388, Bd 39 S. 172, Bd 83 S. 43). Der Eigentümer darf bis zur Behebung des Mangels kein Holz aus dem Walde verkaufen (§ 228). Anders stellt sich die Sache (bei unbemessenen Gerechtigkeiten), wenn er den Mangel verschuldet hat. Hat der Eigentümer die Unzulänglichkeit durch üble Wirtschaft und (im Sinne von „oder" zu verstehen; vgl. OTrib. E. 20 S. 229) übertriebenen Verkauf selbst verursacht, so muß er dem Holzungsberechtigten nachstehen (§ 229), d. h. er darf bis zur Behebung des Mangels kein Holz schlagen (RG. JW. 1896 S. 86 Nr. 89). Unter übler Wirtschaft ist nicht bloß eine positive Beschädigung des Waldbestandes, sondern auch eine fahrlässige Vernachlässigung der Waldkultur zu verstehen (OTrib. E. 20 S. 229). Auf Antrag des Berechtigten kann in diesen Fällen der Eigentümer angehalten werden, den Wald in ordentliche Schläge einzuteilen (§ 230), d. h. ihn nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen zu bewirtschaften. Bezieht sich das Holzungsrecht nur auf eine bestimmte Holzart und ist diese im Walde nicht mehr vorhanden, so kann der Berechtigte den Eigentümer zur Wiederanpflanzung anhalten (§§ 231, 232) und, wenn der Mangel vom Eigentümer verschuldet ist, bis zur Behebung des Mangels Entschädigung in Holz anderer Art und, falls solches nicht vorhanden ist, in Geld beanspruchen (§§ 233, 234). Hat der Eigentümer des Waldes Anstalten und Vorkehrungen getroffen, durch die den Raff- und Leseholzberechtigten die Ausübung ihres Rechtes vereitelt wird, so muß er ihnen bis zur Behebung des Mangels stehendes Holz von gleichem Feuerungswert anweisen (§ 225; OTrib. Simon Rsp. 4 S. 359).

Auch die Holzungsberechtigten müssen bei Ausübung ihres Rechtes auf die Waldkultur Rücksicht nehmen. Sie müssen sich nach der vorgeschriebenen Forstordnung richten (§ 213). Wenn einem Berechtigten sein Bedarf an Holz nicht ohne Nachteil für die Forstkultur gewährt werden kann, so muß er sich die Einschränkung seines Rechtes insoweit gefallen lassen, als dessen Ausübung mit der Forstkultur unvereinbar ist (OTrib. E. 15 S. 283; a. M. Paris in Gruch. 24 S. 336). Ohne Vorwissen des Waldaufsehers darf der Berechtigte Holz weder fällen noch fortschaffen (§ 214). Bei einer unbestimmten Holzungsgerechtigkeit kann der Verpflichtete verlangen, daß sie in Ansehung des Brennholzes auf ein mit der rechtmäßigen Benutzung im Verhältnisse stehendes bestimmtes Holzdeputat festgesetzt werde (§ 235). Je nach dem Inhalte der bei dieser Änderung getroffenen Bestimmungen ist Umwandlung in eine bestimmte Grunddienstbarkeit oder in eine Reallast anzunehmen (OTrib. E. 33 S. 393, Bd 40 S. 166, Bd 43 S. 183; abweichend A. 20 S. 54); jedoch wird eine solche Umwandlung nicht vermutet; wer sie behauptet, hat die besonderen Umstände

nachzuweisen, aus denen sie sich ergibt (RG. E. 48 S. 323). Das Recht auf Festsetzung eines bestimmten Holzdeputats ist vor der Auseinandersetzungsbehörde geltend zu machen (GemTeilO. v. 7. Juni 1821 §§ 166 ff.; RG. JW. 1903 S. 15 Nr. 38). Weiter gehenden Beschränkungen sind die Raff- und Leseholzberechtigten unterworfen. Der Eigentümer kann das Sammeln der Berechtigten auf das Bedürfnis einschränken und auf bestimmte Tage beschränken, auch anordnen, daß das Sammeln nur unter Aufsicht eines Forstbeamten nach dessen Anordnungen geschehen dürfe (Kult. Ed. v. 14. September 1811 § 26). Der Berechtigte darf die trockenen Äste nicht mit Äxten, Beilen ꝛc. abschlagen, auch nicht mit Haken herunterholen (§ 219; vgl. OTrib. Arch. 15 S. 145). Er kann das Recht durch seine Familienmitglieder oder durch seine Bediensteten ausüben lassen, darf aber zum Abfahren des gesammelten Holzes innerhalb des Waldes nur die offenen Fahr- und Kommunikationswege benutzen (OTrib. Arch. 13 S. 16).

Über den Grundsatz, daß eine Grundgerechtigkeit nur in einer Belastung bestehen kann, die für die Benutzung des Berechtigten Vorteil bietet, hinaus wird im § 237 verlangt, daß der Holzungsberechtigte das Holz auch wirklich zur Befriedigung des Bedarfs des Grundstücks verwendet. Verkauft er es, so muß er den Wert dem Verpflichteten vergüten. Eine ganz verständige Vorschrift (die sowohl für die bemessene als die unbemessene Gerechtigkeit gilt; a. M. Dernburg SR. § 181 Nr. 1 2), denn dann gibt der Berechtigte selbst zu erkennen, daß das Holz für Grundstückszwecke nicht nötig war. Wird dem Berechtigten das Holz in einem von seinem Grundstücke sehr entfernten Revier angewiesen, so muß der Verpflichtete sich den Verkauf gefallen lassen, wenn er es nicht vorzieht, statt des Holzes dessen Wert nach der Forsttaxe zu entrichten (§§ 238, 239).

Steht dem Berechtigten eine Brennholzgerechtigkeit zu, so braucht er sich nicht gefallen zu lassen, daß ihm nur oder hauptsächlich Raff- oder Leseholz angewiesen wird (OTrib. E. 9 S. 36, Präj. 1048 PräjS. I S. 302).

Für den Fall der Teilung des Grundstücks des Berechtigten trifft § 1025 BGB. Vorsorge. Die Holzungsgerechtigkeit gilt als Bestandteil des Grundstücks des Berechtigten (§ 96 BGB.). Im Sinne des § 1025 gereicht die Gerechtigkeit nur den mit Gebäuden besetzten Teilen des Grundstücks zum Vorteile, geht also auf den Erwerber dieser Teile über und erlischt für die übrigen Teile (OTrib. Arch. 13 S. 86, 149). Soll die Gerechtigkeit auf den Erwerber der nicht mit Gebäuden besetzten Teile übertragen werden, so kann das nur in der Weise geschehen, daß der Eigentümer der Hofstelle in die Löschung auf dem ihm verbleibenden Restgrundstücke willigt und der Eigentümer des belasteten Grundstücks für die anderen Teile eine der alten inhaltlich gleiche Dienstbarkeit neu bestellt (OTrib. Arch. 49 S. 339). Läßt sich der Verpflichtete dazu nicht herbei, so erlischt die Gerechtigkeit für die Hofstelle trotz den von deren Eigentümern mit dem Parzellenerwerber getroffenen Vereinbarungen nicht (§ 875 BGB.; vgl. OTrib. E. 70 S. 49). Eine Übertragung auf die auf dem abveräußerten Teile zu errichtenden Gebäude ist auch wegen § 210 ALR. I 22 unzulässig. Werden einzelne Gebäude bei der Zerteilung mitveräußert oder wird ein Gebäude von der Zerteilung mitbetroffen, so findet § 1025 Satz 1 BGB. Anwendung. Die abweichende Rechtsprechung des OTrib. (E. 45 S. 259 ꝛc.) ist nach den Grundsätzen des BGB. nicht aufrecht zu erhalten.

b. Die Waldstreugerechtigkeit besteht in der Befugnis, abgefallenes Laub und Nadeln, sowie dürres Moos zum Unterstreuen unter das Vieh, behufs der Bereitung des Düngers, in dem Walde eines anderen einzusammeln (V. v. 5. März 1843 § 1). Nach dem allgemeinen Grundsatze des § 1019 BGB. kann eine Waldstreugerechtigkeit als Grunddienstbarkeit nicht bestellt werden, wenn sie dem Grundstücke des Berechtigten nicht zum Vorteile gereicht, also nicht für ein Grundstück, auf dem kein Vieh gehalten wird oder kein Bedarf an Dung ist (OTrib. Arch. 86 S. 333). Bei Bemessung des Bedarfs kommt der Dung, der aus eigenen Mitteln des Grundstücks des Berechtigten gewonnen wird, in Abzug (GemTeilO. § 52; ErgG. dazu v. 2. März 1850 Art. 4; OTrib. E. 18 S. 279). Die

Waldstreu kann zwar vorübergehend auch zu anderen wirtschaftlichen Zwecken, z. B. zur Bedeckung der Kartoffelgruben, benutzt, darf aber in ihrer Endbestimmung nur zum Unterstreuen unter das Vieh verbraucht und weder verkauft, noch sonst an andere überlassen werden. Verbrauch zu anderen Zwecken wird mit einer dem Waldeigentümer anheimfallenden Geldstrafe geahndet, und Veräußerung hat außerdem im Wiederholungsfalle den Verlust der Berechtigung auf ein Jahr, nach zweimaliger Verurteilung wegen Streuveräußerung den Verlust auf die ganze Dauer der Besitzzeit des Kontravenienten zur Folge (V. v. 5. März 1843 §§ 6, 7). Die Ausübung des Rechtes ist im Interesse der Forstkultur beschränkt. Der Berechtigte und die von ihm mit der Einsammlung beauftragten Leute müssen einen vom Waldeigentümer ausgefertigten Legitimationszettel bei sich haben, die Einsammlung ist nur in den vom Verpflichteten nach Maßgabe einer zweckmäßigen Bewirtschaftung des Forstes geöffneten Distrikten und nur in den Wintermonaten vom 1. Oktober bis 1. April und auch dann höchstens an zwei Tagen in der Woche zulässig. Auch dürfen nur gewisse Werkzeuge und Transportmittel gebraucht werden (§§ 3, 4, 5 das.).

Sämtliche Waldservituten unterliegen der Ablösung (GemTeilO. §§ 108 ff.).

5. Andere Grundgerechtigkeiten (ALR. I 22 §§ 240—242). Es werden hervorgehoben:

a. das Recht, auf einem fremden Grundstücke Kalk zu brennen. Das Recht ist nur dann eine Grundgerechtigkeit, wenn der Kalk in das Grundstück des Berechtigten verwendet werden soll. Es schließt die Befugnis, das zum Brennen erforderliche Holz unentgeltlich zu fordern, nicht in sich (§ 240);

b. das Recht, auf fremdem Grund und Boden Erde, Steine, Lehm 2c. zu holen. Auch dieses Recht ist nur dann eine Grundgerechtigkeit, wenn es lediglich den Vorteilen des Grundstücks des Berechtigten dient (RG. E. 8 S. 207; OTrib. Arch. 1 S. 247). Das Recht muß so ausgeübt werden, daß den Äckern, Wiesen, Hütungen und Holzpflanzungen des Berechtigten kein Schaden geschieht. Sind für die Ausübung nicht bestimmte Reviere ausgesetzt, so muß der Berechtigte sich zuvor beim Verpflichteten melden und die Anweisung eines schicklichen Ortes abwarten (§§ 241, 242; vgl. OTrib. Rechtsf. 3 S. 444).

Über den Plaggen-, Heide- und Bültenhieb, über Schilf-, Binsen-, Rohr- und Torfnutzung sind in der GemTeilO. §§ 52—54 und in dem ErgG. dazu Art. 4 besondere Bestimmungen enthalten.

Achter Abschnitt.

Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.

Vorbemerkungen und Übersicht.

I. 1. Nach der Auffassung des römischen Rechtes war das Pfandrecht lediglich akzessorischer Natur: es diente zur Sicherung einer Forderung, seine Gültigkeit hing von der des persönlichen Anspruchs ab (Dig. XX. 1 L. 5 pr.). Dem schloß sich das preußische Recht an: „Das dingliche Recht, welches jemandem zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden, und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt" (ALR. I 20 § 1). Nach dem PALR. war auch die Hypothek kein selbständiges Recht: sie sollte für die Erfüllung einer Forderung dem Gläubiger Realsicherheit bieten; sie entstand in Beziehung auf eine Forderung und hatte in ihr den Zweck ihres Fortbestehens; es hing die „Gültigkeit des

Hypothekenrechts an und für sich von der Gültigkeit des Anspruchs ab, zu dessen Sicherheit dasselbe bestellt worden" (ALR. I 20 § 415); war der Anspruch in sich ungültig, so war auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung (das. § 12). Die neuere Entwicklung des Hypothekenwesens in Deutschland und auch in Preußen führte jedoch dazu, der Hypothek eine von der Forderung losgelöste selbständige Existenz zu verschaffen, indem die Möglichkeit gewährt wurde, daß die Hypothek auch nach dem Erlöschen der ihr unterliegenden Forderung noch bis zu ihrer Löschung im Grundbuche dem Eigentümer zur Befriedigung seines Kreditbedürfnisses weiter dienen könne (ALR. I 16 Anh. § 52 zu § 484 und Deklar. v. 3. April 1824). Dadurch wurde ein Zwiespalt hervorgerufen; denn eine Vereinigung der Theorie des akzessorischen und des selbständigen Charakters der Hypothek ist eine logische Unmöglichkeit. Neuere Gesetzgebungen vermieden dies dadurch, daß sie die akzessorische Qualität der Hypothek fallen ließen und das Dogma von der Selbständigkeit der Hypothek zum Ausdrucke brachten. Dies geschah namentlich in Mecklenburg. Nach den Bestimmungen der HypothekenO. für ritterschaftliche Landgüter v. 12. November 1819 (§§ 22, 28, 38), der revidierten HypO. für Landgüter v. 18. Oktober 1849 (§ 16), der revidierten StadtbuchO. v. 21. Dezember 1857 (§ 19) und ihrer ErgänzungsO. v. 21. März 1859 bestand die Selbständigkeit der Hypothek in folgendem: nur das Grundstück ist belastet; dieser Belastung liegt nicht notwendig eine persönliche Verbindlichkeit zugrunde; der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist nicht persönlicher Schuldner für die Hypothek; diese ist nicht ein bloßes Sicherheitsrecht, sondern eine selbständige dingliche Belastung; dem Gläubiger haftet nur das Grundstück, nicht die Person des Eigentümers; dieser kann sogar selbst an seinem eigenen Grundstück eine Hypothek besitzen; die Verfolgung des Hypothekenrechts gegen das Grundstück kann durch Einreden, die dem persönlichen Schuldverhältnis entspringen, nicht gehemmt oder beseitigt werden. Der hierin ausgedrückte neue Gedanke fand Anklang. Bei der Reform des Hypothekenwesens in Preußen nahm man die selbständige Hypothek auf, weil man sich davon eine Förderung des Realkredits versprach. Der preuß. Entw. v. 1864 schlug im § 23 die Bestimmung vor: „Die Eintragung einer Forderung begründet eine selbständige Realobligation." Das HypothekenG. für Neuvorpommern u. Rügen v. 21. März 1868 gab im § 81 dem Eigentümer das Recht, „bestimmte Summen für sich selbst mit einem bestimmten Zinssatze eintragen zu lassen". Die Entwürfe eines Gesetzes über den Eigentumserwerb ꝛc. von 1868, 1869, 1871 kannten in ihren Bestimmungen, abgesehen von der Kautionshypothek, nur *eine* Hypothek: die selbständige, von der persönlichen Obligation abgelöste dingliche Verpflichtung, neben der eine persönliche obligatorische Schuld hergehen kann. Daneben sollte die akzessorische Hypothek des alten Rechtes nicht beibehalten werden. Mit „Hypothek" wurde auch das neue Institut bezeichnet. Bei der Beratung des Entw. v. 1871 erkannte man zwar das Prinzip als zweckmäßig und richtig und die Zulässigkeit seiner Einführung in die Gesetzgebung an, meinte aber, dem Eigentümer müsse die Wahl offen bleiben, ob er eine Hypothek mit den strengen Folgen der Realobligation oder nur eine Hypothek mit der bisherigen akzessorischen Qualität eintragen lassen wolle. Man hielt für den allein richtigen Standpunkt, das neue System der Verkehrshypotheken mit dem alten in Konkurrenz zu setzen und das Bedürfnis des Lebens entscheiden zu lassen, welches System den Sieg davon tragen werde. Es wurden beide Institute in das Gesetz aufgenommen und nicht nur begrifflich, sondern auch durch den Namen *Hypothek* und *Grundschuld* ausdrücklich unterschieden. (Mater. z. d. G. v. 5. Mai 1872, Ausg. von Werner 2 S. 21, 53, 106, 112, 131.) Das preuß. Recht erhielt durch das EigG. v. 1872 zwei Rechtsinstitute, welche die kündbare Belastung der Grundstücke bezweckten: die *Hypothek* als Sicherungsmittel für eine persönliche Forderung und die *Grundschuld* als dingliches von einem persönlichen Schuldverhältnis unabhängiges Recht. Das EigG. ordnete die Grundschuld im Zusammenhange mit der Hypothek in der Weise, daß jede Vorschrift durch ihre Fassung zu erkennen gab, ob sie für beide Formen oder nur für die eine oder andere gelten sollte (§§ 18–67). Als Belastungsformen wurden

beibehalten bezw. eingeführt: die Hypothek mit Angabe eines Schuldgrundes und einer bestimmten Summe in gesetzlicher Währung (§§ 19, 23), die Kautionshypothek für einen seinem Betrage nach noch unbestimmten Anspruch (§ 24), die Grundschuld mit Angabe einer bestimmten Summe, aber ohne Angabe eines Schuldgrundes (§§ 19, 23) und als die endgültige Eintragung vorbereitend und sichernd die Vormerkung (§ 22). Über die Hypothek wurde unter Verbindung mit der Schuldurkunde ein Hypothekenbrief, über die Grundschuld ein Grundschuldbrief erteilt. Ein Verzicht auf die Ausfertigung des Hypothekenbriefs war zulässig, doch mußte die nachträgliche Bildung des Briefes erfolgen, wenn bei der Hypothek eine Veränderung eingetragen wurde. Auf die Ausfertigung des Grundschuldbriefs durfte nicht verzichtet werden. (GBO. v. 1872 §§ 122, 129.) Die Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872, anfangs nur für den Geltungsbereich des ALR. und der HypO. v. 20. Dezember 1783 bestimmt, wurden nach und nach fast in alle übrigen Landesteile eingeführt, so daß sie am 1. Oktober 1896 im ganzen Gebiete der preuß. Monarchie mit alleiniger Ausnahme der Insel Helgoland und des ehemaligen Herzogtums Nassau Geltung hatten. Die Gesetzgebung Preußens hat zwar anderen deutschen Staaten, in denen das Immobiliarrecht in einer gleichen Rechtsentwickelung begriffen war, zum Vorbilde gedient, die Grundschuld hat jedoch nur in beschränktem Maße Eingang gefunden, nämlich in Oldenburg, Coburg-Gotha, Waldeck-Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe. (Vgl. Mot. III S. 604.)

2. Der Entw. I und das BGB. Dieser in einem großen Teile Deutschlands bestehende Rechtszustand durfte bei Ausarbeitung des BGB. nicht unbeachtet bleiben. Schon im Entw. I wurden die vorgefundenen Grundformen der Belastung, die Hypothek und die Grundschuld, in ihrer bisherigen Bedeutung beibehalten. Der 9. Abschnitt des III. Buches trug die Überschrift „Pfandrecht und Grundschuld". Der 1. Titel handelte vom „Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek)". Im 1. Titel waren die Bestimmungen über die Hypotheken ohne Brief an die Spitze gestellt, weil diese Hypothek, die sog. Buchhypothek, die Regel bilden sollte, von der die Briefhypothek als Ausnahme nur auf Grund eines Vertrags zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, daß über die Hypothek vom Grundbuchamt ein Brief zu erteilen sei, zugelassen war (§ 1106). Die Sicherungshypothek trat schon in ihren zwei Arten hervor: der Hypothek für eine noch festzustellende Forderung von bestimmtem Betrage (§ 1125) und der Hypothek für eine ihrem Betrage nach festzustellende Forderung (§ 1129). Zugleich waren hier die Vorschriften über die im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestverfahrens einzutragenden Sicherungshypotheken (Zwangshypothek, Arresthypothek) gegeben (§§ 1130 bis 1133). Die Erteilung eines Hypothekenbriefs war bei der Sicherungshypothek ausgeschlossen (§ 1127). Die Vorschriften über die Grundschuld waren in den 9. Abschnitt im Anschluß an die Bestimmungen über die Hypothek aufgenommen, weil die Grundschuld, wenn sie auch nicht, wie das Pfandrecht, zur Sicherung einer Forderung dient, sondern eine dingliche Belastung des Grundstücks ist, auf dem sie haftet, doch mit dem Pfandrechte den wirtschaftlichen Zweck gemein hat, eine Rechtsform zu sein, in der sich der Realkredit betätigt und dem Berechtigten die Beitreibung einer bestimmten Summe aus dem Grundstücke verbürgen soll, und weil sie deshalb vielfach den nämlichen Rechtsregeln folgt wie das Pfandrecht. Damit der Gegensatz zwischen Hypothek und Grundschuld nicht durch gemeinsame Vorschriften abgeschwächt und verdunkelt werde, waren beide Institute nicht, wie im PEigG., im Zusammenhange geregelt, sondern es war jedes für sich geordnet, und zwar zuerst die Hypothek wegen ihrer größeren Wichtigkeit und dann die Grundschuld. Das Sicherungsmittel der Vormerkung eines Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek oder Grundschuld hat der Entw. nicht übernommen (vgl. Anm. I 2 S. 187). Vgl. Mot. III S. 595.

Die Vielheit der Belastungsformen des Entw. I war bei der 2. Lesung zwar Gegenstand von Angriffen, schließlich wurden aber nicht nur die im Entwurfe vorgesehenen Formen beibehalten, sondern es wurde noch eine neue in der Rentenschuld hinzugefügt. Auch die Mehrheit der Kommission hielt eine Vereinfachung des Pfandrechts an Grundstücken für

Digitized by Google

wünschenswert und theoretisch zu rechtfertigen, auch nicht für ausgeschlossen, daß der Realkredit sich im Laufe der Zeit mit der Sicherungshypothek und der Grundschuld als den einzigen Belastungsarten abfinden würde; indessen überwog die Überzeugung, daß bei Regelung der Rechtsformen für den Realkredit vor allem vermieden werden müsse, die bisher vorhandene Geneigtheit des Kapitals zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses des Grundbesitzes, wenn auch nur für eine Übergangszeit, zu vermindern oder gar zu vernichten, was von der Beseitigung einer verkehrsfähigen akzessorischen Hypothek zu besorgen sei. (Prot. III S. 508 bis 517.) Die Frage, ob die Bestimmungen über die Hypothek oder die Vorschriften über die Grundschuld voranzustellen seien, wurde wesentlich aus praktischen Gründen, namentlich weil so der Gesetzesstoff am verständlichsten und zweckmäßigsten dargestellt werde, zugunsten der ersten Alternative entschieden (Prot. IV S. 497—500). An der systematischen Anordnung des Entw. I, in besonderen Abteilungen zunächst die Bestimmungen über die Hypothek ohne Brief aufzunehmen, daran die Vorschriften über die Hypothek mit Brief anzuschließen und dann die Bestimmungen über die Sicherungshypothek folgen zu lassen, wurde nicht festgehalten (Prot. VI S. 205 I). Als Regelfall setzt das BGB. die Erteilung des Hypothekenbriefs voraus und verlangt zu deren Ausschließung die Einigung des Eigentümers und des Gläubigers (§ 1116). Die Hypothek mit und ohne Brief und die Sicherungshypothek werden ohne äußerliche Unterbrechung im 1. Titel des 8. Abschnitts, der die Überschrift „Hypothek" hat, behandelt. Die Besonderheiten der Buchhypotheken (§§ 1139, 1154 Abs. 3) und der Sicherungshypotheken (§§ 1184 bis 1190) werden hervorgehoben, so daß kein Zweifel darüber aufkommen kann, welche Bestimmungen für alle Hypotheken und welche für eine einzelne der drei Arten gelten sollen. Die Bestimmungen über die Zwangshypothek und die Arresthypothek wurden in die ZPO. verwiesen (Prot. III S. 703 B, 711 I) und sind dort in den §§ 866 bis 868, 932 gegeben. Hinzugefügt sind die Bestimmungen über die Bestellung einer Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere (§§ 1187—1189). Im 2. Titel kommen unter I. die Bestimmungen über die Grundschuld, unter II. die Bestimmungen über die Rentenschuld. Diese sind durchweg neu, von jenen ist die Zulassung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber (§ 1195) neu hinzugefügt. Im 9. Abschnitt folgt das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten in zwei Titeln (§§ 1204—1272, §§ 1273—1296). Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung, Abänderung oder Aufhebung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder eines Rechtes an einer Hypothek ꝛc. ist bei der 2. Lesung aus dem preuß. Recht aufgenommen (BGB. §§ 883 ff.).

3. Die sog. **Generalhypothek** erkennt das BGB. nicht an. Nach römischem Rechte entschied lediglich der Wille des Verpfänders darüber, was dem Gläubiger als Pfand haften sollte. Es konnten daher Sachen und Rechte, gegenwärtige und zukünftige, einzelne sowie unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffene, ja sogar alle dem Verpfänder gehörenden und später zufallenden Gegenstände verpfändet werden. Das PALR. hat eine Verpfändung des ganzen Vermögens nicht vorgesehen. In dem französ. Gesetzbuche dagegen sind gesetzliche und gerichtliche Hypotheken am unbeweglichen Vermögen des Schuldners anerkannt. In den Geltungsgebieten des gemeinen Rechtes ist die Generalhypothek meist durch die Landesgesetzgebung abgeschafft. Die Mobiliarhypothek ist schließlich da, wo sie noch möglich war, durch die KO. v. 10. Februar 1877 (§§ 40 u. 41) erheblich eingeschränkt worden (EG. z. KO. v. 10. Februar 1877 § 11 ff.), und die Gesetze, die zur Ausführung der Konkursordnung in den einzelnen Staaten erlassen sind, haben der Verpfändung des ganzen Vermögens vielfach den Boden entzogen (vgl. PAG. z. KO. v. 6. März 1879 §§ 2—7), so daß die praktische Bedeutung der römischen Generalhypothek in Deutschland nahezu beseitigt war. Mit den Formen, an welche das BGB. die Entstehung des Pfandrechts knüpft, ist die Verpfändung eines Vermögens nicht vereinbar. Ihre Schädlichkeit für den Kredit ist längst erkannt. Ihre Wiederbelebung durch das

BGB. empfahl sich daher nicht. (Mot. III S. 597.) Eine besondere Übergangsvorschrift ist für die bestehenden Generalhypotheken in das EG. z. BGB. nicht aufgenommen. Die Generalhypotheken bleiben, mögen sie auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen, in Ansehung ihres Bestandes ebenso unangetastet, wie die sonstigen Hypotheken (EG. z. BGB. Art. 192); nur ist zur Sicherung des Gläubigers ihre Eintragung in das Grundbuch wegen seines öffentlichen Glaubens (BGB. § 892) erforderlich. (Mot. zum EG. z. BGB. S. 273.)

4. Das antichretische Pfandrecht an Grundstücken, wie es in Preußen nach den Vorschriften des ALR. bestand und in den Grundbuchgesetzen von 1872 anerkannt war, zielte darauf ab, dem Gläubiger den Besitz und Genuß des ihm verpfändeten Grundstücks zum Zwecke seiner Befriedigung einzuräumen. In der Regel wurde es in Verbindung mit einer Hypothek oder Grundschuld bestellt, es konnte als selbständiges Recht aber auch für sich allein bestehen. Zu seiner Begründung bedurfte es außer der Besitzübertragung des Grundstücks auf den Gläubiger der Eintragung in das Grundbuch, und zwar mußte es in der II. Abt. besonders eingetragen werden, auch wenn die Hypothek oder Grundschuld, mit der es verbunden, in der III. Abt. eingetragen war. (Turnau I S. 63 Nr. 3 und RG. E. 31 S. 328, Gruch. 36 S. 1089, Bd 40 S. 994, 998, Bd 43 S. 1000, Bd 44 S. 959, JW. 1895 S. 106 Nr. 13, 1896 S. 62 Nr. 28, S. 766 Nr. 50, 1902 S. 39 Nr. 41, V 120. 03; RG. JW. 11 S. 167, Bd 15 S. 125.) Das ant. Pfandrecht konnte auch mit den dadurch gesicherten Hypothekenforderungen ohne Einwilligung des Eigentümers an einen anderen unter Übergabe der dem Pfandrecht unterliegenden Grundstücke abgetreten werden (RG. JW. 1901 S. 856 Nr. 50), wenn es nicht als unübertragbar bestellt, nämlich den Gläubiger nicht nur für seine Person, solange er Hypothekengläubiger bleibe, eingeräumt war (RG. V 70. 02). Die 1. Kommission sah in der Antichrese ein veraltetes und abgestorbenes Rechtsinstitut, für dessen Erhaltung ein praktisches Bedürfnis nicht nachgewiesen werden könne; der Entw. I e. BGB. lehnte deshalb ab, das antichretische Pfandrecht an Grundstücken zuzulassen (Mot. z. BGB. III S. 628). Bei der 2. Lesung ist man auf die Antichrese an Grundstücken nicht wieder zurückgekommen. Hiernach — darüber ist man allseitig einverstanden — kann nach dem Inkrafttreten des BGB. ein antichretisches Pfandrecht an Grundstücken nicht mehr begründet werden. Das Grundbuch ist ihm seitdem selbst dann verschlossen, wenn seine Eintragung bewilligt und durch Vormerkung gesichert war (RG. E. 48 S. 61; dagegen Meisel in JW. 1901 S. 590). An beweglichen Sachen und Rechten dagegen kann ein Pfandrecht in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen (BGB. §§ 1213, 1214, 1273, 1289).

Die Ablehnung des antichretischen Pfandrechts an Grundstücken beschränkt sich auf das Gebiet des Sachenrechts. „Der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Vertrags, der darauf gerichtet ist, daß der Gläubiger ein Grundstück in Bewirtschaftung nehme, um sich aus seinen Nutzungen zu befriedigen, stehen sachenrechtliche Gründe nicht entgegen. Ein solcher Vertrag hat aber nur obligatorische Wirkung. Der Gläubiger, welchem das Grundstück übergeben wird, erlangt zwar hierdurch die Rechte des Inhabers (Besitzers). Weitere Wirkungen gegen Dritte aber können den unter den Vertragschließenden bestehenden Rechtsverhältnissen nicht beigelegt werden." (Mot. III S. 631.)

Der Umstand, daß das BGB. das Nutzungspfandrecht (Antichrese) als selbständiges dingliches Recht an einem Grundstücke nicht mehr kennt, steht nicht entgegen, daß die Beteiligten den annähernd gleichen wirtschaftlichen Erfolg insoweit zu erreichen suchen, als es die Schranken des BGB. zulassen. Werden jedoch, um dies zu erreichen, eine Hypothek und ein Nießbrauch an einem Grundstücke für den Gläubiger bestellt, dann darf der einzutragende Nießbrauch nicht mit charakteristischen Merkmalen des Nutzungspfandrechts ausgestattet werden, die dem Wesen des Nießbrauchs zuwiderlaufen. Es darf also namentlich nicht, abweichend von den Vorschriften des Gesetzes, ein Nießbrauch ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Gläubigers, also eventuell noch darüber hinaus, bis zur Tilgung der

Forderung schlechthin bestellt werden. Denn der Nießbrauch des BGB. ist im Gegensatze zum alten Nutzungspfandrechte streng an die Person des Gläubigers geknüpft, und er kann daher, wie dies § 1061 BGB. positiv bestimmt, nicht über den Tod des Gläubigers, und wenn der Gläubiger eine juristische Person ist, nicht über ihr Bestehen hinaus erstreckt werden. Es kann daher allerdings der Schuldner dem Gläubiger einen Nießbrauch an seinem Grundstücke bestellen, der bis zum Zeitpunkte der Tilgung der Forderung, nicht aber über die Lebensdauer des Gläubigers hinaus dauern soll, und es kann dabei vereinbart werden, daß der Gläubiger die Nutzungen auf die Forderung anrechnen muß. Diese Abrede ist nicht eintragungsfähig, der Nießbrauch aber kann trotzdem eingetragen werden. Denn eine zeitliche Beschränkung des Nießbrauchs auf eine kürzere Zeit als die Lebensdauer des Gläubigers (z. B. dahin, daß der Nießbrauch endigt mit dem Tode des Gläubigers, wenn aber die Forderung schon früher getilgt ist, mit dem Zeitpunkte der Tilgung) ist unbedenklich zulässig, und die Zweckbestimmung eines solchen Nießbrauchs als Mittel zur Schuldentilgung macht ihn nicht unzulässig. Dagegen ist die Eintragung eines Nießbrauchs, dessen Reinertrag auf die Hypothekenforderung angerechnet werden und der schlechthin bis zur vollständigen Tilgung der Forderung, ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Gläubigers dauern soll, nicht zulässig. (KG. RJA. 3 S. 214.) Vgl. Fuchs 1 S. 378 Nr. 8 a, Oberneck 1 S. 693, Dernburg SR. § 234 Anm. 3, Biermann SR. S. 299 Nr. 3, Achilles-Strecker 1 S. 69 Nr. 3, Neumann in DJZ. 1900 S. 152, OLG. Celle in Rsp. 6 S. 121.

Die in der Literatur bestrittene Frage, ob ein vor dem Inkrafttreten des BGB. begründetes antichretisches Pfandrecht nach Art. 184 EG. z. BGB. mit seinem bisherigen Inhalt und Range bestehen bleibt oder ob es nach Art. 192 das., wenn als selbständiges Recht begründet, in eine Buchhypothek des BGB. übergeht oder, wenn mit einer Hypothek oder einer Grundschuld verbunden, wegfällt, hat das RG. dahin beantwortet: Das vor dem Inkrafttreten des BGB. im Geltungsgebiete des ALR. begründete antichretische Pfandrecht ist als solches nicht infolge der Vorschrift des Art. 192 EG. z. BGB. weggefallen, sondern es besteht nach Art. 184 das. fort ohne Unterschied, ob es als selbständiges Recht oder ob es in Verbindung mit einer Hypothek oder einer Grundschuld bestellt ist (E. 47 S. 56, Gruch. 45 S. 1048).

5. Allgemeine Bestimmungen über das Pfandrecht, wie sie das PALR. in den §§ 1—70 I 20 enthielt, sind im BGB. nicht gegeben. Dieses regelt jede einzelne Pfandrechtskategorie besonders. Auf die Belastung der Grundstücke finden die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873—902) Anwendung, die wieder durch die Bestimmungen des allgemeinen Teiles ergänzt werden, soweit nicht deren Unanwendbarkeit aus den Vorschriften des Sachenrechts sich ergibt.

II. **Formen des Grundkredits.**

„Die im achten Abschnitte geregelten, den Bedürfnissen des Grundkredits dienenden Arten der Belastung eines Grundstücks, die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld, stimmen ihrem Inhalte nach darin überein, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke, d. h. aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Ertrag oder Erlöse des Grundstücks, zu zahlen ist. Während jedoch bei der Hypothek und der Grundschuld der Berechtigte, wenn die Voraussetzungen für die Geltendmachung seines Rechtes gegeben sind, eine einmalige Kapitalzahlung erlangen kann, hat er bei der Rentenschuld grundsätzlich nur auf eine in regelmäßig wiederkehrenden Terminen zahlbare Geldrente Anspruch.

„Hypothek und Grundschuld unterscheiden sich im wesentlichen dadurch, daß bei der Hypothek das dingliche Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke der Regel nach vom Bestand einer persönlichen Forderung des Gläubigers abhängt, während bei der Grundschuld eine solche Abhängigkeit ausgeschlossen ist. Das Recht des Grundschuldgläubigers wird, auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt war, in keiner Weise dadurch berührt, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt

ist oder erlischt. Vielmehr hat der Eigentümer gegebenenfalls nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr gegen den Grundschuldgläubiger.

„Der Grundsatz, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek von einer Forderung abhängt, erfährt dadurch eine Ausnahme, daß zugunsten desjenigen Erwerbers, der im übrigen nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist, auch die Forderung so, wie sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist, als bestehend gilt (§ 1138). Nur wenn eine Hypothek in der Weise bestellt ist, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich lediglich nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek), wird der aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs sich ergebende Schutz des Erwerbers nicht auf die Forderung erstreckt (§§ 1184, 1185 Abs. 2).

„Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief erteilt. Mit dem Briefe ist das Recht aus der Hypothek in der Art verbunden, daß die Geltendmachung der Hypothek durch die Vorlegung des Briefes bedingt ist (§§ 1160—1162) und die Übertragung des Rechtes durch die Übergabe des Briefes vermittelt wird (§ 1154). Die Erteilung des Briefes kann von den Beteiligten auch nachträglich ausgeschlossen werden. Bei der Sicherungshypothek ist sie überhaupt unzulässig (§ 1185 Abs. 1).

„Das BGB. stellt hiernach für die Belastung eines Grundstücks mit einer Kapitalschuld vier verschiedene Rechtsformen zur Verfügung: eine Verkehrshypothek mit Hypothekenbrief (sog. Briefhypothek), eine Verkehrshypothek ohne Hypothekenbrief (sog. Buchhypothek), die Sicherungshypothek (ohne Brief) und die Grundschuld (mit und ohne Brief). Diese Art der Regelung trägt der Verschiedenheit des geltenden Rechtes und der Verkehrsgewohnheiten Rechnung und ermöglicht es den Beteiligten, die den Verhältnissen des einzelnen Falles entsprechende Form der Belastung zu wählen." (Denkschr. S. 211.)

Briefhypothek und Buchhypothek.

„Die Briefhypothek und die Buchhypothek dienen dem mit Personalkredite verbundenen Grundkredite. Die eine wie die andere Form hatte schon ein weites Geltungsgebiet, die Briefhypothek namentlich in Preußen, die Buchhypothek in Bayern, Sachsen und Württemberg. Jede von ihnen hat ihre besonderen Vorteile und Nachteile." Vgl. darüber Anm. 4 zu § 1116 BGB.

Sicherungshypothek.

„Neben der Verkehrshypothek in ihren beiden Formen ist die Sicherungshypothek, welche das dingliche Recht des Gläubigers schlechthin von der Forderung abhängig macht, für die Fälle unentbehrlich, denen die sog. Kautionshypothek des geltenden Rechtes dient (§ 1190), sowie für die Fälle, in welchen die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem Orderpapiere durch Hypothek gesichert werden soll (§ 1187). Es erscheint aber überhaupt gerechtfertigt, daß den Beteiligten auch in solchen Fällen, in denen eine ihrem Grund und Betrage nach bestimmte Forderung hypothekarisch gesichert werden soll, die Möglichkeit gegeben wird, statt einer verkehrsfähigen Hypothek eine Sicherungshypothek zu begründen (§ 1184)." (Denkschr. S. 213.) Vgl. Vorbemerkungen zu §§ 1184—1190 und Anm. zu §§ 1187—1189 BGB.

Grundschuld und Rentenschuld.

Die Grundschuld ist die Rechtsform für den reinen Realkredit (vgl. Anm. zu § 1191 BGB.). Über den Grundschuldbrief auf den Inhaber vgl. Anm. zu § 1195 BGB.

Die Rentenschuld wird im BGB. mit Rücksicht darauf, daß für die dem Berechtigten gebührende Leistung nur das belastete Grundstück haften soll, als eine Unterart der Grundschuld selbständig geregelt. Von der gewöhnlichen Grundschuld unterscheidet sich die Rentenschuld dadurch, daß sie ein dingliches Recht begründet, das nicht auf Zahlung eines Kapitals, sondern auf Zahlung einer Geldrente in regelmäßig wiederkehrenden Terminen gerichtet ist (§ 1199 Abs. 1). Da im übrigen die Rentenschuld unter den Begriff der Grundschuld fällt, so finden auf sie die für die gewöhnliche Grundschuld geltenden Vorschriften An-

wendung, soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über die Rentenschuld ein anderes ergibt. Hiernach gilt namentlich in Betreff der Erteilung eines Briefes über die Rentenschuld dasselbe wie für die gewöhnliche Grundschuld. Auch bei der Rentenschuld kann daher der Brief auf den Inhaber gestellt werden (§ 1195 Abs. 1). (Denkschr. S. 229.) Vgl. im übrigen, namentlich über die Ablösung und die Umwandlung der Rentenschuld die §§ 1199 bis 1203 mit Anm.

III. **Übersicht.**

1. Die Begründung der Belastung.

Die Hypothek kann nur durch Eintragung der durch sie gesicherten Forderung (§ 1113), die Grundschuld nur durch Eintragung der Grundschuldsumme (§ 1191), die Rentenschuld nur durch Eintragung der Geldrenten und der Ablösungssumme (§ 1199) in das Grundbuch entstehen. Das Eintragungsprinzip gilt nach BGB. nicht nur für die auf Grund einer Einigung begründete Hypothek ꝛc. (§ 873 Abs. 1), sondern allgemein. Unmittelbar durch Gesetzesvorschrift, durch Urteil oder durch letztwillige Verfügung kann eine Belastung des Grundstücks nicht ins Leben gerufen werden (über die Ausnahmefälle, in denen kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek begründet wird, vgl. Anm. 4 b, c S. 275 f.). Auch gegen die in manchen Staaten an die Stelle der Legalhypotheken getretenen gesetzlichen Titel zur Hypothek, auf Grund deren die Eintragung einer Forderung unabhängig von dem Willen des Eigentümers verlangt werden kann, verhält sich das BGB. ablehnend. Nach dem formellen Konsensprinzipe kann nur von einer Verpflichtung des Eigentümers zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek die Rede sein (BGB. § 648). Das BGB. kennt eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek nur in dem Sinne, daß der Eigentümer eines Grundstücks, der gesetzlich zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist (vgl. §§ 52, 257, 321, 509, 843, 867, 1005, 1039, 1051, 1067 Abs. 2, 1391, 1668, 1844, 1986, 2128), diese Verpflichtung durch Hypothekenbestellung erfüllen kann (§ 232). Mit Rücksicht auf das öffentliche Recht ist indessen für angemessen erachtet, die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt zu lassen, wonach der Fiskus, eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder eine unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Stiftung berechtigt sind, zur Sicherung gewisser Forderungen die Eintragung einer Hypothek an Grundstücken des Schuldners zu verlangen, und wonach die Eintragung der Hypothek auf Ersuchen einer bestimmten Behörde zu erfolgen hat. In solchen Fällen kann nur eine Sicherungshypothek eingetragen werden und entsteht die Hypothek mit der Eintragung. (EG. z. BGB. Art. 91.) Für Preußen ist dieser Vorbehalt ohne Bedeutung, weil hier den Verwaltungsbehörden das Recht der Zwangsvollstreckung zusteht (V. v. 15. Nov. 1899 §§ 51—53, GS. S. 545) und nach § 39 GBO. die Grundbuchämter den Ersuchen der zuständigen Behörden um Eintragung von Hypotheken stattzugeben haben. (Mot. III S. 600.) Für die Übergangszeit vgl. Art. 188 Abs. 1 EG. z. BGB.

Zur Belastung des Grundstücks ist außer der Eintragung in das Grundbuch eine (dieser vorangegangene oder nachfolgende) Einigung des Eigentümers und des Gläubigers erforderlich (BGB. § 873). Die Einigung erfolgt in der Regel stillschweigend dadurch, daß der Eigentümer dem Gläubiger vor der Eintragung die Eintragungsbewilligung, nach der Eintragung den Hypothekenbrief bezw. die Benachrichtigung von der Eintragung aushändigt und daß diese Urkunden von dem Gläubiger angenommen werden. Fehlt die Einigung, hat der Gläubiger sich mit der Eintragung der Hypothek nicht einverstanden erklärt und deshalb die Valuta nicht gezahlt, so ist die eingetragene Hypothek nichtig und steht weder dem Gläubiger noch dem Eigentümer zu. Ist jedoch eine Einigung unmöglich, weil der Gläubiger unbekannt oder der Eigentümer zugleich der Gläubiger ist, wie in den Fällen der §§ 1188, 1195, 1196 BGB., so genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bezw. Grundschuld bestelle. Auch dann bedarf es keiner Einigung, wenn die Hypothek gegen oder ohne den Willen des Eigentümers begründet wird, wie bei der Eintragung der Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung,

zur Vollziehung des Arrestes (vgl. S. 685), für die Forderung gegen den Ersteher gemäß § 130 ZVG., in den Fällen des erwähnten Art. 91 EG. z. BGB., bei den Eintragungen auf Ersuchen einer zuständigen Behörde (GBO. § 39), insbesondere des Vormundschaftsgerichts um Eintragung einer Sicherungshypothek auf den Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes (RGFG. § 54).

Zum Erwerbe der Hypothek für den eingetragenen Gläubiger bedarf es, außer der Einigung und der Eintragung, der Entstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung und zum Erwerbe der Briefhypothek und Brief-Grund- oder Rentenschuld der Übergabe des Briefes an den Gläubiger seitens des Eigentümers, die durch die Vereinbarung ersetzt werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (BGB. § 1117). Solange diesen Erfordernissen nicht entsprochen ist, steht die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld dem Eigentümer zu (BGB. §§ 1163, 1192, 1199).

Die Eintragung der Hypothek ꝛc. erfolgt auf die Bewilligung des Eigentümers (GBO. § 19), ohne daß die Einigung nachzuweisen ist. Daß der Eigentümer bereits bei Erteilung der Eintragungsbewilligung als solcher eingetragen sei oder seine Eintragung gleichzeitig erlange (PEigG. §§ 13, 19 Nr. 1), ist nicht mehr erforderlich (Anm. c S. 97, Anm. 6 S. 99, Anm. 2 S. 105). Die Eintragung soll der Regel nach nur erfolgen, wenn der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist (GBO. § 40 Abs. 1; Ausnahmen im § 41). Die Eintragungsbewilligung wird ersetzt durch ein rechtskräftiges den Eigentümer dazu verurteilendes Urteil (ZPO. § 894); auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils darf nur eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen werden (ZPO. § 895). Ist vom Eigentümer die Erteilung des Briefes nicht ausdrücklich ausgeschlossen, so wird die Hypothek ꝛc. unter Erteilung des Briefes eingetragen; eines besonderen auf die Erteilung des Briefes gerichteten Antrags bedarf es nicht. Nur die Ausschließung der Erteilung des Briefes wird im Grundbuche vermerkt; die Erteilung des Briefes wird nur bei Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek eingetragen (BGB. § 1116). Zur Bildung des Hypothekenbriefs muß die Urkunde über die Forderung oder eine Erklärung des Eigentümers, daß eine Schuldurkunde nicht ausgestellt ist, vorgelegt werden (GBO. § 58). Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen (BGB. § 1185). Über die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für die Forderung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber vgl. § 1188, über die Bestellung einer Grundschuld mit Grundschuldbrief auf den Inhaber oder für den Eigentümer vgl. §§ 1195, 1196 Abs. 2 BGB.

Die Begründung der dinglichen Belastung durch Eintragung auf den Namen des Eigentümers ist nur bei der Grundschuld und Rentenschuld zugelassen (BGB. §§ 1196, 1199), nicht bei der Hypothek.

Berechtigt zum Antrag auf Eintragung der Belastung ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (GBO. § 13 Abs. 2), also sowohl der Eigentümer wie der Gläubiger und bei Hypotheken auch der persönliche Schuldner. Ferner der Notar, der die zur Eintragung erforderliche Bewilligung beurkundet oder beglaubigt hat (GBO. § 15); ein dritter Unbeteiligter nur auf Grund der Vollmacht eines Beteiligten. Für den Antrag sowie für die Vollmacht ist nur dann die Beobachtung der in § 29 GBO. vorgeschriebenen Form erforderlich, wenn durch den Antrag zugleich eine zur Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll (GBO. § 30). Wenn die Eintragungsbewilligung in der Form des § 29 GBO. oder die Ausfertigung des diese nach § 894 ZPO. ersetzenden Urteils beigelegt wird, genügt mithin ein privatschriftlicher Antrag.

Der Eigentümer braucht nicht selbst der Schuldner der einzutragenden Forderung zu sein, er kann auch für die Schuld eines anderen sein Grundstück mit einer Hypothek belasten.

Digitized by Google

Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung auf Antrag des Gläubigers auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels (auch eines nur vorläufig vollstreckbaren). Die Eintragung ist auf dem vollstreckbaren Titel zu vermerken (ZPO. §§ 866, 867). Die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung. Der nach § 923 ZPO. festgestellte Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird, ist als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für welchen das Grundstück haftet (ZPO. § 932). — Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück wegen einer im Verwaltungszwangsverfahren beizutreibenden Geldforderung und die Vollziehung eines Arrestes zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer solchen Forderung durch Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgt in Preußen nach §§ 51—53 V. v. 15. Nov. 1899. Vgl. den Anhang hinter § 1190 BGB.

Über die Fälle, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift eine Behörde befugt ist, das Grundbuchamt um die Eintragung einer Hypothek zu ersuchen, vgl. im Bd II die Anm. zu § 39 GBO.

Unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892) steht nur die auf Grund einer Einigung oder eines Urteils erfolgte Eintragung einer Hypothek, nicht die Zwangshypothek und die Arresthypothek, nicht die kraft Gesetzes entstehende und die auf Grund des Ersuchens einer zuständigen Behörde eingetragene Hypothek (vgl. Anm. I 1 und 2 S. 245 f.).

2. Änderung des Inhalts des Hypotheken- ꝛc. Rechtes.

Zur Änderung des Inhalts der Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldrechts bedarf es der Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und, ist das Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, auch der Zustimmung des Dritten (BGB. § 877 in Verb. mit §§ 873 u. 876). Insbesondere kann ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht nur mit Zustimmung des Nießbrauchers und ein verpfändetes Recht nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers geändert werden, sofern die Änderung den Nießbrauch bezw. das Pfandrecht beeinträchtigt (BGB. §§ 1071, 1276). Wird durch die Änderung eine schwerere Belastung und damit eine Verminderung des Wertes des Grundstücks herbeigeführt, so ist die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich, wenn das Gesetz nicht, wie z. B. im § 1119, davon absieht. Der § 878 BGB. findet Anwendung. Die Änderung wird erst durch ihre Eintragung in das Grundbuch vollzogen (§§ 877, 873). Die Eintragung erfolgt, wenn sie der bewilligt, dessen Recht im einzelnen Falle von der Änderung betroffen wird (GBO. § 19), auf den Antrag eines der Beteiligten (GBO. § 13 Abs. 2). Diese allgemeinen Vorschriften gelten für alle Arten von Änderungen. Ihre Anwendung ergibt für die im BGB. behandelten Fälle folgendes.

a. Die Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek oder einer Briefhypothek in eine Buchhypothek erfordert die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch sowie die Zustimmung des Dritten, falls die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht, weil diese durch die Umwandlung nicht betroffen werden. § 878 BGB. findet Anwendung. (BGB. § 1116 in Verb. mit §§ 873 u. 876.) Die Eintragung erfolgt auf die beglaubigte Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers, eventuell auch des Dritten (GBO. § 19). Wird die Erteilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen, so ist der Brief unbrauchbar zu machen (GBO. § 69). Wird nachträglich die Ausschließung der Erteilung des Briefes aufgehoben, so ist der gebildete Brief dem Gläubiger auszuhändigen (GBO. § 60). Alles dies findet auch auf Grund- und Rentenschulden Anwendung (BGB. §§ 1192, 1199; GBO. § 70). (RG. RJA. 2 S. 36.)

b. Zur nachträglichen Eintragung der Verzinslichkeit oder Erhöhung des Zinssatzes bis zu fünf vom Hundert, der Änderung der Zahlungszeit und des

Zahlungsorts genügt die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer. Der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Gläubiger bedarf es nicht, obwohl ihre Rechte dadurch betroffen werden (BGB. § 1119). Der Zustimmung des Dritten, mit dessen Rechte die Hypothek ꝛc. belastet ist, bedarf es nur dann, wenn das Recht von der Änderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsorts berührt wird (§§ 876, 877, Biermann Nr. 2, Planck Nr. 1 zu § 1119; a. M. Oberneck § 129 Nr. 5, Fuchs S. 407 Nr. 6). Die Änderung vollzieht sich erst mit der Eintragung (§ 877), zu der stets die Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers, eventuell auch die Zustimmung des Dritten erforderlich und, wenn die Änderung einer Belastung mit Brief in Frage steht, der Brief vorzulegen ist (BGO. §§ 19, 42, 43, 44). Die Änderung wird auf dem Briefe vermerkt (GBO. § 62). Die Entscheidung des KG. (JW. 4 S. 176), daß der Gläubiger einer Hypothekenforderung befugt sei, ohne Bewilligung des Eigentümers neue Kündigungsmodalitäten eintragen zu lassen, die diesen nur günstiger stellen, läßt sich nicht mehr aufrecht erhalten.

c. An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden. Zu der Änderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und, falls die neue Forderung nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zusteht, auch dessen Zustimmung sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so muß die Zustimmung des Dritten hinzukommen. Der § 878, der § 873 Abs. 2 und der § 875 Abs. 2 finden Anwendung (BGB. § 1180 in Verb. mit § 876). Der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht, da deren Rechte von der bloßen Änderung der Forderung nicht berührt werden. Zur Eintragung der Änderung sind die Bewilligungen des Eigentümers, des alten und des neuen Gläubigers und eventuell des Dritten mit dem Hypothekenbriefe dem Grundbuchamte vorzulegen, welches, sofern nicht die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird, die Änderung auf dem bisherigen Briefe unter Abtrennung der bisherigen und Verbindung der neuen Schuldurkunde zu vermerken hat (GBO. §§ 19, 65).

d. Zur Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek und einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek, einer Hypothek in eine Grundschuld und einer Grundschuld in eine Hypothek, einer Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld und einer gewöhnlichen Grundschuld in eine Rentenschuld ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und, falls die Hypothek ꝛc. mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch die Zustimmung des Dritten, sowie die Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch erforderlich. Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht. (BGB. §§ 1186, 1198, 1203.) Zur Eintragung sind die beglaubigte Einwilligung aller Beteiligten und der Hypothekenbrief, sofern ein solcher erteilt ist, vorzulegen. Auf diesem wird bei Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld die Umwandlung unter Abtrennung der Schuldurkunde vermerkt, wenn nicht die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird. (GBO. §§ 19, 65.) Bei Umwandlung einer gewöhnlichen Briefhypothek in eine Sicherungshypothek ist der Hypothekenbrief unbrauchbar zu machen, im umgekehrten Falle ein Brief auszufertigen, wenn dessen Erteilung nicht ausgeschlossen wird. Dies hat auch bei Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek zu geschehen. Die Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Grundschuld und umgekehrt wird kaum vorkommen. Obwohl das BGB. sie nicht erwähnt, wird sie zulässig sein, da der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek und dann der Umwandlung der gewöhnlichen Hypothek in eine Grundschuld nichts entgegensteht.

In einem Falle verwandelt sich kraft Gesetzes, ohne daß es der Einigung und Eintragung bedarf, eine Hypothek in eine Grundschuld, nämlich dann, wenn die Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht (vgl. z. B. § 1163). Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu (vgl. § 1143), so bleibt die Hypothek zwar als solche bestehen, aber dem Eigentümer

stehen, solange die Vereinbarung dauert, nur die Rechte eines Grundschuldgläubigers zu. (BGB. § 1177.)

3. Rangverhältnis, Rangvorbehalt, Rangänderung.

Die Hypothek ꝛc. wird in Preußen in der III. Abt. des Grundbuchs an der im Zeitpunkte der Vorlegung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamte zunächst freien Stelle eingetragen und erhält den dieser Stelle entsprechenden Rang in der Reihenfolge der Eintragungen. Werden mehrere Eintragungen gleichzeitig beantragt, so ist im Grundbuche zu vermerken, daß sie gleichen Rang haben, es sei denn, daß vom Eigentümer das Rangverhältnis abweichend bestimmt ist. (GBO. § 46; BGB. § 879.) Hat der Eigentümer sich bei der Bewilligung der Eintragung die Befugnis vorbehalten, ein anderes Recht mit dem Range vor der einzutragenden Hypothek ꝛc. eintragen zu lassen, so muß dieser Vorbehalt bei der zurücktretenden Hypothek ꝛc. vermerkt werden (BGB. § 881).

Wird das Rangverhältnis nachträglich geändert, so ist dazu die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Gläubigers sowie die Zustimmung des Eigentümers und, falls die zurücktretende Hypothek ꝛc. mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch die Zustimmung des Dritten erforderlich. Der Zustimmung der Berechtigten, die den Rang zwischen der zurücktretenden und der vortretenden Hypothek ꝛc. haben, bedarf es nicht, weil deren Rechte durch die Rangänderung nicht berührt werden. Die Rangänderung vollzieht sich erst mit ihrer Eintragung im Grundbuche. Eine Rangänderung kann nicht nur zwischen Hypotheken ꝛc., sondern auch zwischen Hypotheken ꝛc. und andern eigetragenen Rechten (der II. Abt.) herbeigeführt werden. Ist das zurücktretende Recht nicht eine Hypothek ꝛc., so ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich. Der § 873 Abs. 2 und der § 878 finden Anwendung. (BGB. § 880.) Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es auch dann nicht, wenn eine Hypothek ꝛc. vom Gläubiger unter Bestimmung eines vorgeschriebenen Rangverhältnisses der Teilhypotheken geteilt wird (BGB. § 1151). Zur Eintragung der Rangänderung bedarf es der Bewilligung aller dabei Beteiligten und der Vorlegung des Briefes über die zurücktretende Post, auf welchem die Rangänderung unter Ergänzung des Auszugs aus dem Grundbuche durch kurze Angabe des Inhalts der Eintragungen, die der vortretenden Post im Range gleich- oder nachstehen, (soweit sie noch fehlt) zu vermerken ist. (GBO. §§ 19, 42—44, 57 Abs. 3, 62.) Auf dem Briefe über die vortretende Post wird die Rangordnung nur auf Antrag vermerkt.

4. Erweiterung, Änderung, Beschränkung der Pfandhaft.

a. Eine Erweiterung der Pfandhaft tritt ein, wenn ein Grundstück einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben und dadurch zu dessen Bestandteile gemacht wird. Es erstrecken sich dann ohne weiteres die am anderen Grundstücke bestehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden auf das zugeschriebene Grundstück. Doch gehen Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, diesen Hypotheken ꝛc. vor. (BGB. §§ 1131, 890 Abs. 2.) Sie erstrecken sich auch nicht auf das andere Grundstück.

b. Eine Änderung der Pfandhaft tritt ein, wenn der Gläubiger einer Gesamthypothek von seiner Berechtigung Gebrauch macht, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Erforderlich ist, neben der Eintragung und der Erklärung des Gläubigers, die Zustimmung des Eigentümers und, wenn die Gesamthypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch die Zustimmung des Dritten. (BGB. §§ 1132 Abs. 2, 875, 876, 1183.) Der § 878 findet entsprechende Anwendung. Steht eine Gesamthypothek den mehreren Eigentümern der belasteten Grundstücke in den Fällen des § 1163 BGB. gemeinschaftlich zu, so kann jeder von ihnen, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek auf seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird (§ 1172). Dieselbe Befugnis hat jeder der mehreren Eigentümer der belasteten Grundstücke, wenn ihnen

infolge Verzichts des Gläubigers oder infolge seines Ausschlusses mit seinem Rechte im Aufgebotsverfahren nach § 1170 die Gesamthypothek gemeinschaftlich zufällt (§ 1175). Die Bestimmungen der §§ 1132, 1172, 1175 finden auch bei Gesamtgrundschulden und Gesamtrentenschulden Anwendung (§§ 1192, 1199); an die Stelle der Forderung tritt bei der Grundschuld die Grundschuldsumme und bei der Rentenschuld die Ablösungssumme.

c. Eine Beschränkung bezw. ein Erlöschen der Pfandhaft tritt in folgenden Fällen ein. Verzichtet der Gläubiger auf eine Gesamthypothek oder wird er mit seinem Rechte daran im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Verzichtet der Gläubiger aber auf die Hypothek nur an einem der Grundstücke oder wird er nur bei einem der Grundstücke mit seinem Rechte ausgeschlossen, so erlischt die Hypothek an diesem Grundstücke (§ 1175). Zur Löschung bedarf es des Verzichts des Gläubigers bezw. des Ausschlußurteils und der Zustimmung des Eigentümers (GBO. §§ 19, 22, 27). — Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, oder wird das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen, oder vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers, so erwirbt dieser Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstücke, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Kann dieser Eigentümer aber vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder seinem Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke des anderen Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek. (§ 1173.) Dies gilt auch, wenn der den Gläubiger der Gesamthypothek befriedigende Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke nicht der persönliche Schuldner ist (§ 1143 Abs. 2). Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger einer Gesamthypothek, oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur vom Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der ersatzpflichtige Eigentümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrags der Gesamthypothek anrechnen zu lassen. (§ 1174.) — Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke oder aus Gegenständen, auf die sich die Hypothek nach § 1120 ff. erstreckt (also nach § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung), so werden alle verhafteten Grundstücke frei (§ 1181). Dies erleidet jedoch eine Einschränkung in dem Falle, daß die belasteten Grundstücke nicht demselben Eigentümer gehören und der Eigentümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt wird, vom Eigentümer eines der andern Grundstücke oder seinem Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. Dann geht die Hypothek an dem dem Ersatzpflichtigen oder seinem Rechtsnachfolger gehörenden Grundstück auf den Ersatzberechtigten kraft Gesetzes so weit über, als der Gläubiger befriedigt ist. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden. (§ 1182.) Vgl. im übrigen Nr. 5 c S. 693.

5. Erwerb des Hypotheken- ꝛc. Rechtes durch Abtretung, Überweisung, kraft Gesetzes durch Erbfolge und Gütergemeinschaft.

a. Die Abtretung von Hypothekenforderungen und von Grund- und Rentenschulden ist in den §§ 1154, 1155 in Verb. mit §§ 1192, 1199 BGB. gleichmäßig geregelt. Bei der Sicherungshypothek finden jedoch nur die Vorschriften über Buchhypotheken Anwendung (§ 1185), und bei der Kautionshypothek ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen, wenn die Forderung nach § 398 durch Vertrag, ohne Eintragung der Abtretung, übertragen wird (§ 1190 Abs. 4). Die Übertragung der Forderung auf Rückstände von Zinsen und

anderen Nebenleistungen und auf Erstattung von Kosten bestimmt sich bei Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 398 ff. (§§ 1159, 1192, 1200.)

Zur Abtretung der **Briefhypothek** ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich. Der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch bedarf es nicht. Auf Verlangen des neuen Gläubigers hat der bisherige Gläubiger die Abtretungserklärung auf seine Kosten beglaubigen zu lassen. Ist die Abtretung in das Grundbuch eingetragen, so wird dadurch die schriftliche Form der Abtretungserklärung ersetzt. Hat jemand die Hypothek durch Abtretung und Übergabe des Briefes erworben und ergibt sich sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen kraft Gesetzes erfolgter Übertragungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn er als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen wäre (BGB. §§ 1154, 1155), d. h. er erwirbt, wenn er bona fide ist, auch ohne Eintragung die Hypothek mit der Forderung als bestehend so, wie das Grundbuch ergibt. Zur Eintragung der Abtretung einer Briefhypothek genügt es, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligung die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers vorgelegt wird (GBO. § 26). Der Brief ist vorzulegen und die Abtretung darauf zu vermerken (GBO. §§ 42, 43, 62, 70). Ausnahmen in den §§ 43, 44 GBO. Von der Regel, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der, dessen Recht durch sie betroffen wird, im Grundbuch als der Berechtigte eingetragen ist, besteht für Briefhypotheken ꝛc. die Ausnahme, daß es der Eintragung des abtretenden Gläubigers gleichsteht, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 BGB. (vgl. oben) nachweist (GBO. § 40 Abs. 2). Die Abtretung einer Grundschuld, für die ein Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt ist, erfolgt lediglich durch Übergabe des Briefes (§§ 1195, 793).

Zur Abtretung der **Buchhypothek**, wozu auch die Sicherungshypothek gehört (BGB. § 1185), ist die Einigung des bisherigen Gläubigers und des neuen Gläubigers sowie die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erforderlich (BGB. § 1154 Abs. 3 in Verb. mit § 873). Der § 878 findet Anwendung. Zur Eintragung bedarf es der Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers (GBO. § 19); die Abtretungserklärung genügt hier nicht (GBO. § 26 Abs. 1). Auch muß hier der bisherige Gläubiger im Grundbuch eingetragen sein, wenn nicht eine Ausnahme des § 41 GBO. vorliegt (GBO. § 40). Über eine Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem anderen indossablen Papiere wird ein Hypothekenbrief nicht erteilt (BGB. §§ 1187, 1185). Im Verkehre hat aber die Schuldurkunde die Bedeutung des Briefes, da sich die Übertragung des Rechtes ohne Eintragung in das Grundbuch vollzieht (BGB. § 1187 Satz 3). Deshalb soll die Schuldurkunde vorgelegt und die Übertragung darauf vermerkt werden, wenn diese in das Grundbuch eingetragen wird. Die Schuldurkunde braucht jedoch nicht vorgelegt zu werden, wenn eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll. (GBO. § 44.) Die Abtretungserklärung und die Eintragungsbewilligung werden gemäß § 894 ZPO. durch ein den bisherigen Gläubiger dazu verurteilendes rechtskräftiges Urteil ersetzt (vgl. Anm. IV S. 124). Zur bloßen Abtretung bedarf es der Zustimmung weder der gleich- und nachstehenden Berechtigten, noch des Dritten, mit dessen Rechte die Hypothek ꝛc. belastet ist. Diese Zustimmung kommt nur dann in Frage, wenn mit der Abtretung eine Änderung des Inhalts des Rechtes verbunden wird.

b. Der Abtretungserklärung wird im § 1155 BGB. der gerichtliche **Überweisungsbeschluß** gleichgestellt. Die Zwangsvollstreckung in Forderungen ist eine Art der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen. Der vollstreckbare Titel

lautet also nicht auf Abtretung einer Forderung, sondern auf Zahlung einer Geldsumme. Die Zwangsvollstreckung erfolgt durch Pfändung (ZPO. § 803), der nach Wahl des Gläubigers die Überweisung zur Einziehung oder die Überweisung an Zahlungs Statt folgen kann (ZPO. § 835). Die Bestimmungen der ZPO. über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, finden auch auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld entsprechende Anwendung (ZPO. § 857 Abs. 6).

„Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich.[1] Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich: die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses." (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 1 u. 3.) Die Pfändung der Forderung erfolgt durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts auf Antrag des Gläubigers unter Vorlegung des mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urteils oder eines anderen vollstreckbaren Schuldtitels (ZPO. §§ 828, 704 ff., 794 ff.). Das Vollstreckungsgericht hat dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen, und zugleich an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung zu enthalten (ZPO. § 829 Abs. 1). Das Verbot an den Drittschuldner ist nur dann wirksam, wenn der Gegenstand der Pfändung richtig bezeichnet ist und der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehrt (RG. E. 52 S. 257). Wie nach § 1274 BGB. die vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften der §§ 1154, 1192 BGB. erfolgt, so ist auch im § 830 ZPO. die Wirksamkeit der Pfändung von der Übergabe des Hypothekenbriefs bei einer Briefhypothek und von der Eintragung der Pfändung in das Grundbuch bei einer Buchhypothek abhängig gemacht. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner erfolgt auch hier gemäß § 829 Abs. 2 ZPO., und ist kein Drittschuldner vorhanden, so genügt die Zustellung des Gebots an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Hypothekenforderung zu enthalten (ZPO. § 857 Abs. 2). „Von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ist jedoch die Gültigkeit der Pfändung so wenig abhängig gemacht, wie die Wirksamkeit der Verpfändung einer durch Hypothek gesicherten Forderung von der im § 1280 BGB. vorgesehenen Anzeige an den Schuldner. Der Drittschuldner ist, sei es durch die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger, sei es durch die Eintragung der Pfändung, genügend gesichert; von der letzteren erhält er nach § 55 GBO. durch das Grundbuchamt Kenntnis. Nur für die Fälle, in denen der Pfändungsbeschluß vor der Eintragung dem Drittschuldner zugestellt wird, bleibt es in dem Sinne bei der Regel des § 829 Abs. 3 ZPO., daß dem Drittschuldner gegenüber die Pfändung schon mit der Zustellung als bewirkt gilt; der letztere wird dadurch außer Stand gesetzt, noch mit Wirksamkeit an den Schuldner zu zahlen." (Begr. des § 731 Entw. e. G. betr. Änd. d. ZPO.; Mugdan Mat. 8 S. 155.) Im § 830 ZPO. hat dies dadurch Ausdruck gefunden, daß im Abs. 1 Satz 1 als Erfordernis der Pfändung nur der Pfändungsbeschluß, nicht auch seine Zustellung an den Drittschuldner,

[1] Vor dem 1. Januar 1900 bedurfte es zur Begründung des Pfändungspfandrechts an einer Briefhypothek der Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger selbst dann nicht, wenn der Brief sich im Gewahrsam nicht des Schuldners, sondern eines Dritten befand (RG. E. 20 S. 307). Das Pfändungspfandrecht wurde vom Gläubiger durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner erworben, wenn diese vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden hatte. Mit dem Pfandrecht an der Hypothekenforderung erwarb der Gläubiger zugleich den dinglichen Anspruch auf Aushändigung des einen Annex der Forderung bildenden Briefes (RG. Gruch. 45 S. 1164; vgl. BGB. § 952 und Anm. 2 dazu S. 500). War aber ein späterer Pfändungspfandgläubiger im Besitze des Briefes und war ihm die frühere Pfändung unbekannt, so erwarb er das Pfandrecht an der Hypothekenforderung in deren grundbuchmäßigem Zustand, also ohne Belastung mit dem früheren Pfändungspfandrechte (RG. V 271. 02).

aufgestellt, daß im Abs. 1 Satz 3 zur Eintragung der Pfändung in das Grundbuch gleichfalls nur der Pfändungsbeschluß, nicht auch der Nachweis der erfolgten Zustellung an den Drittschuldner gefordert und daß im Abs. 2 des § 830 bestimmt ist: „Wird der Pfändungsbeschluß vor der Übergabe des Hypothekenbriefs oder der Eintragung der Pfändung dem Drittschuldner zugestellt, so gilt die Pfändung diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt." Anderen Personen als dem Drittschuldner gegenüber hat die Zustellung keine Bedeutung. Zur Wirksamkeit der Pfändung gegen andere bedarf es notwendig der Übergabe des Briefes bezw. der Eintragung der Pfändung. Selbst nach der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner kann dieser dem pfändenden Gläubiger die Hypothekenforderung dadurch entziehen, daß er sie löschen läßt oder einem gutgläubigen Erwerber abtritt. Der Satz des bisherigen Rechtes, daß die Rechtswirksamkeit der Pfändung von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner abhängig sei (RG. Gruch. 34 S. 1175), hat keine Geltung mehr. — „Wird die Übergabe" — des Hypothekenbriefs — „im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt, so gilt sie als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt" (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 2). Die Wegnahme ist vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner nicht zulässig. Die Übergabe des Briefes kann nicht dadurch ersetzt werden, daß dem Gläubiger der Anspruch auf Herausgabe des Briefes überwiesen wird (vgl. BGB. §§ 1154, 1117, 931). Befindet sich der Brief bei einem zur Herausgabe nicht bereiten Dritten, so muß der Gläubiger sich den Herausgabeanspruch seines Schuldners gegen diesen überweisen lassen und dann zunächst klagen. Dies gilt auch, wenn das Grundbuchamt den Brief für den Gläubiger (also mittelbar) besitzt (KG. Rsp. 11 S. 112). Über die Pfändung einer Briefhypothek, wenn der Hypothekenbrief sich noch in der Verwahrung des Grundbuchamts befindet, vgl. Danziger in Gruch. 50 S. 11. Ist der Gläubiger zur Zeit der Pfändung bereits im Besitze des Hypothekenbriefs, so bedarf es einer erneuten Übergabe nicht (Kiel in Seuff. A. 59 S. 478). Auch bei der Teilpfändung einer Briefhypothek ist die Übergabe des Briefes an den Gläubiger erforderlich. Auf Verlangen kann für den Gläubiger ein Teilbrief ausgefertigt werden. — Zur Vollziehung der Pfändung einer Buchhypothek ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich; die Vormerkung des Anspruchs auf Pfändung findet nicht statt (RG. E. 55 S. 378, Bd 56 S. 10). Die Eintragung der Pfändung erfolgt auf den unmittelbar an das Grundbuchamt unter Vorlegung des Pfändungsbeschlusses gerichteten Antrag des Gläubigers (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3); des Nachweises der erfolgten Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bedarf es nicht. Die Eintragung darf nur erfolgen, wenn der Schuldner als Gläubiger der gepfändeten Hypothek im Grundbuch eingetragen ist (GBO. § 40; Ausnahmen § 41). Fehlt es hieran, so kann der Gläubiger die Eintragung des Schuldners gemäß § 14 GBO. beantragen. Verweigert der als Gläubiger Eingetragene die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek auf den Schuldner, so muß sich der Gläubiger zunächst den Anspruch des Schuldners auf Berichtigung des Grundbuchs überweisen lassen. Über den Fall, daß dem Schuldner die gepfändete Hypothek als Eigentümerhypothek zusteht, vgl. Anm. II 2 zu § 1163 BGB. — Soweit es sich um die Pfändung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen einer Hypothekenforderung oder auf die Erstattung von Kosten handelt, die infolge der Kündigung der Hypothek und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung entstanden sind (BGB. § 1118), bedarf es dazu der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläuber bezw. der Eintragung der Pfändung (im Einklange mit § 1159 BGB.) nicht. Ebensowenig bedarf es im Falle des § 1187 BGB. der Eintragung der Pfändung, wenn bei der Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem anderen indossablen Papiere die Hauptforderung gepfändet wird. (ZPO. § 830 Abs. 3.)
Die Pfändung einer Briefhypothek, die sich auf einen nicht bestimmten Teilbetrag bezieht, kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weil ein Teilhypothekenbrief nur unter

Digitized by Google

Bezeichnung des Teilbetrags der Hypothek hergestellt werden kann (RG. RJA. 3 S. 107). Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein *Pfandrecht* an der Hypothekenforderung, Grund- oder Rentenschuld (ZPO. § 804).

Durch die Pfändung wird dem Gläubiger nur der Gegenstand der Zwangsvollstreckung gesichert; durch den Erwerb des Pfandrechts an der Forderung erwirbt er noch nicht das Recht, vom Drittschuldner seine Befriedigung zu verlangen. Dazu bedarf es eines besonderen Aktes, des *Überweisungsbeschlusses* des Vollstreckungsgerichts. Pfändung und Überweisung brauchen jedoch nicht zeitlich auseinanderzufallen; der Gläubiger kann mit dem Antrag auf Pfändung den Antrag auf Überweisung verbinden, und der Richter kann über beide Anträge in *einem* Beschlusse befinden. Geschieht dies, so kann die Wirkung der Überweisung nicht vor der erfolgten Pfändung, also vor der Übergabe des Briefes an den Gläubiger bezw. vor der Eintragung der Pfändung eintreten (ZPO. §§ 837 Abs. 1, 830 Abs. 1). Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt verlangen (ZPO. § 835). Die Überweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist (ZPO. § 836). Die Überweisung zur *Einziehung* ermächtigt den Gläubiger, die Forderung an Stelle des Schuldners und aus dessen Rechte zu seiner Befriedigung von dem Drittschuldner einzuziehen, in Höhe seiner Forderung das Hypothekenkapital nebst Zinsen in Empfang zu nehmen und löschungsfähige Quittung ohne Mitwirkung des Schuldners auszustellen (RG. JW. 23 S. A 147, Seuff. A. 59 S. 152). Die Forderung des Schuldners besteht fort und wird nur insoweit aufgehoben, als der Gläubiger schließlich durch die Einziehung befriedigt wird. Der Schuldner kann die Forderung abtreten und die Abtretung wird nach Aufhebung der Überweisung voll wirksam. (RG. E. 18 S. 399, Bolze 1 Nr. 319, 329.) Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Überweisung erworbenen Rechte verzichten und ein anderes Exekutionsobjekt angreifen; er kann auch auf die Überweisung allein verzichten und das Pfändungspfandrecht zurückbehalten (ZPO. § 843). Nach der Pfändung genügt zur Überweisung die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger (ZPO. § 837). Die Übergabe des Hypothekenbriefs kommt bei der Überweisung einer Briefhypothek nicht mehr in Frage, weil sie schon zur Pfändung erfolgt ist (a. M. Strecker GBO., der den § 830 übersieht). Die Eintragung der Überweisung einer Buchhypothek in das Grundbuch ist entbehrlich, eine Umschreibung auf den pfändenden Gläubiger jedenfalls unzulässig, da die Überweisung zur Einziehung eine Änderung des für den Gläubiger auf Grund der Pfändung bereits eingetragenen Rechtes nicht in sich schließt. (RG. JW. 26 S. A 302, Bd 28 S. A 137). Die Überweisung an *Zahlungs Statt* wirkt als Befriedigung. Die überwiesene Forderung geht auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß er, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist (ZPO. § 835 Abs. 2), die Überweisung an Zahlungs Statt ersetzt die Abtretungserklärung des Schuldners (ZPO. § 836). Der Gläubiger tritt als neuer Gläubiger in die Forderung ein, aber nur insowe t, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, und, da die Überweisung zum Nennwert erfolgt (§ 835 Abs. 1), nur zu dem der Höhe der beizutreibenden Forderung entsprechenden Betrage, der in dem Überweisungsbeschluß auszudrücken ist. Die Überweisung der *Briefhypothek* an Zahlungs Statt bedarf so wenig, wie deren Abtretung, der Eintragung in das Grundbuch; soll diese geschehen, so muß gemäß § 42 GBO. der Brief vorgelegt werden. Der Überweisungsbeschluß in Verbindung mit dem Besitze des Briefes berechtigt den Gläubiger, die Forderung als seine eigene geltend zu machen, und genügt zum Nachweise des Übergangs der Forderung auf ihn (BGB. § 1155 Satz 2). Zur Vollziehung der Überweisung bedarf es daher auch nur der Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger. Ist dagegen die *Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen*, so ist, wie zur Pfändung, auch zu der Überweisung an Zahlungs Statt die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (ZPO. § 837 Abs. 1 Satz 2). Die Eintragung ist jedoch, wie bei der Pfändung,

nicht vorgeschrieben, soweit es sich um die Überweisung der Ansprüche auf die im § 1159 BGB. bezeichneten Leistungen oder um die Überweisung der Hauptforderung bei einer Sicherungshypothek im Falle des § 1187 BGB. handelt. Auch bei einer Kautionshypothek im Sinne des § 1190 BGB. ist die Eintragung dann nicht erforderlich, es genügt vielmehr die Überweisung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 829, 835 ZPO., wenn der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungs Statt beantragt (vgl. BGB. § 1190 Abs. 4). (ZPO. § 837.) Der Gläubiger hat den Antrag auf Eintragung unmittelbar an das Grundbuchamt zu richten, eine Vermittlung des Gerichts findet nicht statt. Der Antrag kann in privatschriftlicher Form gestellt werden (GBO. § 30). Zur Eintragung der Überweisung an Zahlungs Statt bedarf es nur der Vorlegung des Überweisungsbeschlusses (ZPO. § 837 Abs. 1 Satz 2). Ist die Buchhypothek mit der Pfändung gleichzeitig dem Gläubiger an Zahlungs Statt überwiesen, so muß das Grundbuchamt auf den Umschreibungsantrag des Gläubigers sowohl die Pfändung wie die Überweisung in das Grundbuch eintragen (RG. JW. 28 S. A 133). Wenn auch die Zustellung dieses Beschlusses an den Drittschuldner und an den Schuldner vorgeschrieben ist (ZPO. § 835 Abs. 3, § 829 Abs. 2), so ist im § 837 zur Überweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung doch die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger für genügend erklärt. Nach Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner kann dieser nicht mehr wirksam an den Schuldner zahlen. An den Gläubiger darf er bei der Buchhypothek erst dann zahlen, wenn dessen Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist, da sich erst hiermit die Rechtsänderung vollzieht. Da der Gläubiger jeden beliebigen Teil der Forderung seines Schuldners zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen kann, so muß, wenn die Forderung nicht zu ihrem ganzen Betrage gepfändet und zu überweisen ist, ihm auf seinen Antrag der ihm zukommende Teil mit dem Vorzugsrechte vor dem Überrest überwiesen werden (vgl. Mot. z. ZPO. Ausg. v. Hahn S. 459). Der Grundbuchrichter darf aber das Vorzugsrecht auch auf Antrag nur dann eintragen, wenn dies im Überweisungsbeschlusse hervorgehoben ist; denn wie die Überweisung erteilt werden soll, hat ausschließlich das Vollstreckungsgericht zu entscheiden (ZPO. §§ 828, 802), und an dessen Entscheidung ist der Grundbuchrichter gebunden (v. Wilmowsky-Levy Anm. 1. zu § 736 ZPO. ä. F., Rothenburg in Gruch. 37 S. 668; a. M. Förster-Eccius 1 § 99 Anm. 41 u. RG. JW. 17 S. 95). — Weder die Pfändung noch die Überweisung steht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. — Vgl. auch die Übersicht vor § 1273; ferner über die Pfändung von Hypothekenzinsen und anderen Nebenleistungen Anm. 2 zu § 1159, über die Pfändung von Inhaberhypotheken Anm. III 6 zu §§ 1187—1189, über die Pfändung von Eigentümerhypotheken Anm. 11 zu § 1163 u. Anm. 10 Abs. 3 zu § 1190 BGB. — Ist ausnahmsweise eine gepfändete Hypothek gemäß § 844 ZPO. auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts versteigert, so kann ihre Umschreibung im Grundbuche nur auf Grund einer Bescheinigung des Vollstreckungsgerichts, daß die Hypothek dem Ersteher übereignet sei, erfolgen; eine Bescheinigung des Gerichtsvollziehers genügt nicht. Die Umschreibung ist unzulässig, wenn die Hypothek nicht in vollem Umfange, sondern nur in Höhe der (geringeren) Vollstreckungsforderung gepfändet, aber in vollem Umfange versteigert ist. (RG. JW. 17 S. 98, Bd 5 S. 177; vgl. auch RG. Gruch. 37 S. 422, E. 35 S. 77).

c. *Kraft Gesetzes* erfolgt die Übertragung der Hypothek mit oder ohne Forderung, der Grund- oder Rentenschuld in den Fällen der §§ 268, 426 Abs. 2, 774, 1143, 1163, 1164, 1168, 1173, 1174, 1182 BGB. und des § 868 ZPO. Die Personen, deren Rechte durch die Übertragung betroffen werden, sind verpflichtet, die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderliche Erklärung abzugeben, und, wenn dazu die Vorlegung eines Hypotheken- ꝛc. Briefes erforderlich ist, den Brief dem Grundbuchamte vorzulegen (BGB. §§ 894, 896; über die Kosten § 897). In den Fällen der §§ 268, 774, 1143, 1163, 1168, 1173 Abs. 1 genügt die Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß er die Umschreibung der Hypothek ꝛc. auf den Namen des ihn Befriedigenden bezw. des Eigentümers bewillige; auch genügt die

Quittung des befriedigten Gläubigers und in den Fällen des § 1163 das Anerkenntnis des Sachverhalts durch den Gläubiger, auf Grund dessen die Hypothek auf den Eigentümer übergeht bezw. ihm zusteht (GBO. §§ 19, 21). In den Fällen der §§ 426 Abs. 2, 1164, 1173 Abs. 2, 1174, 1182 muß das Anerkenntnis der übrigen Gesamtschuldner, betreffend ihre Ausgleichungspflicht (§ 426 Abs. 2) bezw. das Anerkenntnis des Eigentümers, betreffend seine Ersatzpflicht (§§ 1173 Abs. 2, 1174, 1182), hinzukommen. Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung steht beim Nachweise des Gläubigerrechts des Besitzers des Hypothekenbriefs einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleich (BGB. § 1155 Satz 2). In den Fällen des § 868 Abs. 1 u. 2 ZPO. genügt die dort bezeichnete vollstreckbare Entscheidung des Gerichts bezw. der Nachweis der erfolgten, zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassenen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung zur Umschreibung der Sicherungshypothek auf den Eigentümer.

d. Mit dem Tode des Gläubigers gehen mit seinem Vermögen als Ganzem auch die dazu gehörigen Hypotheken, Grund- und Rentenschulden auf die Erben über (BGB. § 1922), welche entweder gesetzliche oder durch Verfügung von Todes wegen eingesetzte Erben sind (§§ 1924 ff., 2087 ff.). Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 2032); diese können über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen (§ 2040). Die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand erlangt der einzelne Miterbe erst dadurch, daß ihm dieser bei der Erbauseinandersetzung von den übrigen Miterben überwiesen wird (vgl. BGB. §§ 2042 ff., 2204, RFGG. §§ 86 ff.). Durch ein Vermächtnis geht auf den Bedachten nicht unmittelbar der vermachte Gegenstand über, sondern es wird für ihn nur der obligatorische Anspruch begründet, vom Beschwerten (Erben oder Vermächtnisnehmer) die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (BGB. § 2174). Das sog. Vindikationslegat ist dem BGB. fremd.

Die Umschreibung der zum Nachlasse gehörigen Hypotheken ꝛc. auf den Namen des oder der Erben kann, beim Vorhandensein mehrerer Erben von jedem einzelnen, unter Nachweis der Erbfolge beantragt werden. Zum Nachweise genügt in allen Fällen ein vom Nachlaßgericht erteilter Erbschein (BGB. §§ 2353 ff.). Für die gesetzliche Erbfolge ist eine andere Art des Nachweises ausgeschlossen. Die Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todeswegen kann zwar gleichfalls durch einen Erbschein nachgewiesen werden (BGB. § 2355), es genügt aber die Vorlegung der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todeswegen und des Protokolls über die Eröffnung der Verfügung (BGB. §§ 2260, 2273, 2300; GBO. § 36 Abs. 1). Bei der Eintragung mehrerer Erben als Gläubiger muß ihr Verhältnis als Miterben bezeichnet werden (GBO. § 48). Ist ein Testamentsexekutor ernannt, so ist dies auf Grund des ihm über seine Ernennung vom Nachlaßgericht erteilten Zeugnisses (BGB. § 2368) oder des seine Ernennung enthaltenden Testaments (GBO. § 36) von Amts wegen miteinzutragen, es sei denn, daß die Hypothek ꝛc. der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt, insoweit also das Verfügungsrecht des Erben nicht ausgeschlossen ist (BGB. § 2211; GBO. § 53). Ist bei der Erbauseinandersetzung eine zum Nachlasse gehörende Hypothek ꝛc. einem von mehreren Erben überwiesen und soll dieser als neuer Gläubiger eingetragen werden, so genügt zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichts. Dieses darf nur ausgestellt werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen und die Erklärungen der Erben vor dem Nachlaßgerichte zu Protokoll gegeben oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind. (GBO. § 37.) Zur Umschreibung einer Nachlaßhypothek ꝛc. auf den Vermächtnisnehmer bedarf es neben dem Nachweise der Erbfolge des Beschwerten der Bewilligung desselben bezw. des Testamentsvollstreckers. Besteht das Vermächtnis darin, daß für den Bedachten eine Hypothek ꝛc. auf bestimmte Nachlaßgrundstücke eingetragen werden soll, so kann dies nur auf Bewilligung des oder der Erben bezw. des Testamentsvollstreckers geschehen.

e. Haben Ehegatten vor oder nach Eingehung der Ehe durch Ehevertrag die all-

gemeine Gütergemeinschaft vereinbart, so werden mit Eingehung der Ehe bezw. mit dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut). Von dem Gesamtgut ist nur das Vorbehaltsgut ausgeschlossen (BGB. §§ 1440, 1369, 1370). Die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Infolge der mit dem Eintritte der Gütergemeinschaft kraft Gesetzes eintretenden Rechtsänderung wird das Grundbuch unrichtig. Deshalb kann jeder Ehegatte von dem anderen gemäß § 894 BGB. die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs, also die Erklärung verlangen, daß er die Umschreibung der für einen jeden von ihnen eingetragenen Hypotheken 2c. als Gesamtgut bewillige. (BGB. § 1438.) Ohne Antrag kann die Berichtigung nicht bewirkt werden; es kann auch die beantragte Eintragung auf den Namen eines der Ehegatten abgelehnt werden, weil Gütergemeinschaft bestehe (München. RJA. 4 S. 110). Der Nachweis, daß zwischen Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft besteht oder daß ein Gegenstand zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten gehört, wird durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung im Güterrechtsregister (BGB. §§ 1558 ff.) geführt (GBO. § 34). Bei der Umschreibung der gemeinschaftlichen Hypotheken 2c. auf die Namen beider Eheleute ist zu vermerken, daß diese in der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft leben (GBO. § 48). Das Bestehen der nach dem Tode eines Ehegatten fortgesetzten Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1483 ff.) ist nur auf Grund des vom Nachlaßgerichte dem überlebenden Ehegatten darüber erteilten Zeugnisses (BGB. § 1507) als nachgewiesen anzunehmen (GBO. § 36 Abs. 2). Auf Grund dieses Zeugnisses wird auf Antrag die zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzte Gütergemeinschaft zu den gemeinschaftlichen Hypotheken 2c. vermerkt. Wird eine Hypothek 2c., die zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, bei der Auseinandersetzung auf einen der Beteiligten übertragen und soll dieser als neuer Gläubiger eingetragen werden, so genügt zum Nachweise der Auseinandersetzung und der Eintragungsbewilligung der Beteiligten ein Zeugnis des Nachlaßgerichts (GBO. §§ 38, 37).

Auf das Gesamtgut bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft — zur Fahrnis gehören Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden nach § 1551 Abs. 2 BGB. — finden, soweit sie hier in Betracht kommen, die für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften des BGB. und des § 38 GBO. Anwendung (BGB. §§ 1519 ff., 1549 ff.). Bei der Fahrnisgemeinschaft tritt jedoch fortgesetzte Gütergemeinschaft nur ein, wenn sie durch Ehevertrag vereinbart ist, und bei Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft tritt sie überhaupt nicht ein (§§ 1557, 1542 ff.).

Von den unter a bis e erörterten Erwerbsarten steht nur die Abtretung (a) unter Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892; vgl. Anm. 1—3 S. 245 ff.). Das BGB. stellt nicht nur das dingliche Recht, sondern bei der Hypothek auch die Forderung, soweit sie zur Stütze des dinglichen Rechtes dient, unter jenen Schutz. Wer im Vertrauen auf das Grundbuch sich eine Hypothekenforderung abtreten läßt, darf sich darauf verlassen, daß er das Recht auch in Ansehung der Forderung gerade so erwirbt, wie es durch das Grundbuch nachgewiesen wird. (BGB. § 1138; Mot. III S. 602.)

6. Verpfändung der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld.

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten nicht nur für das Pfandrecht an einer Hypothekenforderung, sondern auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld (§ 1291). Die Bestellung des Pfandrechts erfolgt nach den für die Übertragung geltenden Vorschriften (§ 1274).

Zur Verpfändung einer Briefhypothek 2c. ist Erteilung der Verpfändungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypotheken- 2c. Briefes erforderlich. Die schriftliche Verpfändung des Hypothekenbriefs bewirkt auch bei Übergabe des Hypothekenbriefs kein Pfandrecht, weder an der Hypothekenforderung, noch am Hypothekenbriefe (RG.

Gruch. 49 S. 365). Der Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch bedarf es nicht. Auf Verlangen des Pfandgläubigers hat der Gläubiger die Verpfändungserklärung auf seine Kosten beglaubigen zu lassen. Ist die Verpfändung im Grundbuch eingetragen, so wird dadurch die schriftliche Form der Verpfändungserklärung ersetzt. Auf die Übergabe des Briefes finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 BGB. Anwendung. (BGB. § 1274 in Verb. mit § 1154.) Zur Eintragung der Verpfändung genügt es, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligung die Verpfändungserklärung vorgelegt wird (GBO. § 26 Abs. 2). Der Brief ist vorzulegen und die Verpfändung darauf zu vermerken (GBO. §§ 42, 43, 62, 70). Ausnahmen in den §§ 43, 44 GBO. Von der Regel, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der, dessen Recht durch sie betroffen wird, im Grundbuch als der Berechtigte eingetragen ist, besteht für Briefhypotheken ꝛc. die Ausnahme, daß es der vorgängigen Eintragung des verpfändenden Gläubigers nicht bedarf, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht gemäß § 1155 BGB. durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen kraft Gesetzes erfolgter Übertragungen nachweist (GBO. § 40 Abs. 2). Ist eine Forderung durch ein Pfandrecht an einer Hypothek ꝛc. gesichert, so geht mit der außerhalb des Grundbuchs sich vollziehenden Übertragung der Forderung auch das eingetragene Pfandrecht auf den neuer Gläubiger über (BGB. § 401). Soll die Übertragung eingetragen werden, so genügt statt der Eintragungsbewilligung die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers; ebenso genügt für die Eintragung der Belastung einer solchen Forderung die Verpfändungserklärung (GBO. § 26 Abs. 2). Die Eintragung hat übrigens nicht die Wirkung, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf das Bestehen der Forderung oder auf die Person des Forderungsberechtigten erstreckt (Denkschr. z. GBO. S. 43); denn der § 1138 BGB. stellt nur die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, unter den Schutz des § 892 BGB.

Zur Verpfändung der Buchhypothek ꝛc. ist die Einigung des Gläubigers mit dem Pfandgläubiger und die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch erforderlich (BGB. § 1274 in Verb. mit § 1154 Abs. 3). Zur Eintragung bedarf es der Eintragungsbewilligung des Gläubigers (GBO. § 19); die Verpfändungserklärung genügt nicht (GBO. § 26 Abs. 1). Der Gläubiger muß im Grundbuch eingetragen sein, wenn nicht eine der Ausnahmen des § 41 GBO. vorliegt (GBO. § 40). Bei einer Hypothek für die Forderung aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem anderen indossablen Papiere (BGB. §§ 1187, 1185) muß die Schuldurkunde vorgelegt und die Verpfändung darauf vermerkt werden (BGB. § 1187 Satz 3), wenn nicht eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll (GBO. § 44 Abs. 2).

Die Verpfändungserklärung und die Eintragungsbewilligung werden gemäß § 894 ZPO. durch ein den Gläubiger dazu verurteilendes rechtskräftiges Urteil ersetzt (vgl. Anm. IV. S. 124).

Die Wirksamkeit der Verpfändung einer Hypothek ꝛc. ist nicht davon abhängig, daß der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt, weil zur Übertragung einer Hypothek ꝛc. der Abtretungsvertrag nicht genügt, sondern entweder die Übergabe des Briefes oder die Eintragung in das Grundbuch hinzukommen muß (BGB. § 1280).

Das BGB. gibt dem Pfandgläubiger zwei Rechte. Er kann seine Befriedigung aus der verpfändeten Forderung auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften, also durch gerichtliche Pfändung und Überweisung (vgl. 2 b S. 689 ff.), im Notfalle durch Verkauf der Forderung (ZPO. § 844), suchen (BGB. § 1282 Abs. 2 in Verb. mit § 1277). Eine teilweise gepfändete Forderung kann auch nur zum gepfändeten Teile veräußert werden (RG. Gruch. 37 S. 422). Ist auf Grund einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts gemäß § 844 ZPO. die öffent-

liche Versteigerung einer Briefhypothek erfolgt, so steht der Umschreibung der Hypothek für den Ersteher nicht der Umstand entgegen, daß zugleich mit der Anordnung dem Gläubiger die Hypothek zur Einziehung überwiesen ist. Wohl aber darf der Grundbuchrichter die Umschreibung für den Ersteher abweisen, wenn die Pfändung der Hypothek nicht wirksam erfolgt, wenn z. B. nur ein Teilbetrag der in ganzer Höhe versteigerten und umzuschreibenden Hypothek gepfändet worden ist (KG. JW. 28 S. A. 126). Ist die Hypothekenforderung nach § 844 versteigert, so genügen zur Umschreibung auf den Ersteher die gerichtliche Versteigerungsanordnung und das Versteigerungsprotokoll nicht, sondern es bedarf dazu einer Bescheinigung des Vollstreckungsgerichts über die Übereignung der Forderung (KG. Z. d. NotVer. 1902 S. 589). Eine Zwangsvollstreckung in eine eingetragene Forderung durch Vorrechtseinräumung für die ebenfalls eingetragene zur Vollstreckung stehende Forderung ist durch § 844 ZPO. nicht gestattet (RG. E. 25 S. 411). Außerdem hat der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht. Hier soll nur der Regelfall berücksichtigt werden, daß die Forderung des Pfandgläubigers eine Geldforderung ist. In diesem Falle kann der Pfandgläubiger, wenn die verpfändete Hypothek ꝛc. fällig ist, mit Umgehung des Umwegs der Zwangsvollstreckung, und ohne eines vollstreckbaren Titels für seine Forderung zu bedürfen, die verpfändete Hypothekenforderung ohne Mitwirkung des Gläubigers so weit einziehen oder deren Abtretung an Zahlungs Statt vom Gläubiger so weit verlangen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist (BGB. § 1282 Abs. 1 in Verb. mit § 1228 Abs. 2). Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Hypothek von einer Kündigung ab, so ist der Pfandgläubiger auch zur Kündigung berechtigt (§ 1283 Abs. 3). Der Schuldner kann nur an den zur Einziehung berechtigten Pfandgläubiger Zahlung leisten (§ 1282 Abs. 1); dieser hat den Gläubiger von der Einziehung unverzüglich zu benachrichtigen, sofern dies nicht untunlich ist (§ 1285 Abs. 2). Der Pfandgläubiger kann sich aus dem eingezogenen Betrage befriedigen, er kann in Höhe seiner Forderung das verpfändete Hypothekenkapital nebst Zinsen in Empfang nehmen und ohne Mitwirkung des Pfandschuldners löschungsfähige Quittung ausstellen (KG. JW. 23 S. A 147). Seine Forderung gilt insoweit als von dem Gläubiger berichtigt, als ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt (§ 1288 Abs. 2). Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Hypothek ꝛc., so ist zur Einziehung nur der Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht wegen seiner früheren Bestellung den übrigen Pfandrechten vorgeht (§ 1290 in Verb. mit § 1209). Das Pfandrecht an einer Hypothek ꝛc. erstreckt sich auch auf die Zinsen der Hypothenforderung. Der Gläubiger der verpfändeten Hypothek darf jedoch so lange über die Zinsen, insbesondere auch durch Einziehung verfügen, als der Pfandgläubiger ihm nicht angezeigt hat, daß er von dem ihm zustehenden Einziehungsrechte Gebrauch macht. Die Verfügungen des Gläubigers der verpfändeten Hypothek über die Zinsen sind unwirksam, sofern sie für einen längeren Zeitraum als drei Monate nach der Anzeige des Pfandgläubigers, daß er von seinem Einziehungsrecht Gebrauch mache, im voraus getroffen werden. Die Haftung für Zinsrückstände erlischt, wenn seit der Fälligkeit der Zinsen ein Jahr verstrichen und bis dahin die Anzeige des Pfandgläubigers nicht erfolgt ist. (BGB. § 1289 in Verb. mit § 1123 Abs. 2 u. §§ 1124, 1125.)

Zur Aufhebung des Pfandrechts an einer Hyppthek ꝛc. durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe. Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich, die dem gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Zustimmung ist unwiderruflich. (BGB. §§ 1273, 1255.) Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Gläubigerrecht an der Hypothek in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Gläubiger ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat (§§ 1273, 1256). Zur Aufhebung und zum Erlöschen des Pfandrechts

bedarf es in keinem Falle der Löschung im Grundbuche, da die Vorschrift des § 875 BGB. hier keine Anwendung findet (vgl. Anm. 1 S. 142). Unterbleibt die Löschung, dann ist freilich der Gläubiger der verpfändeten Hypothek der Gefahr ausgesetzt, daß der Pfandgläubiger seine Forderung mit dem Pfandrecht an einen gutgläubigen Erwerber abtritt, dem gegenüber die Berufung auf die Aufhebung des Pfandrechts ausgeschlossen ist (BGB. §§ 891, 892). Zur Löschung des Pfandrechts im Grundbuch ist neben der Löschungsbewilligung des Pfandgläubigers (mit Rücksicht auf § 1256 BGB.) die Zustimmung des Gläubigers der verpfändeten Hypothek erforderlich. Dieser bedarf es jedoch nicht, wenn die Löschung zur Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Nachweises seiner Unrichtigkeit beantragt wird, z. B. auf Grund des Nachweises, daß das Pfandrecht durch Verzicht des Pfandgläubigers erloschen ist. (GBO. § 27 Abs. 2.) Die Löschung des Pfandrechts ist auf dem vorzulegenden Hypothekenbriefe zu vermerken (GBO. §§ 42, 62, 70).

Die verpfändete Hypothek ꝛc. kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Dasselbe gilt im Falle der Änderung des Hypothekenrechts, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt. (BGB. § 1276 in Verb. mit § 876 Satz 3.)

7. Die Geltendmachung des Hypotheken-, Grund- und Rentenschuld-Rechtes.

Durch die Eintragung der Hypothek-, der Grund- oder Rentenschuld wird für den Gläubiger der Anspruch begründet, daß ihm als Kapital bezw. Ablösungssumme die im Grundbuch eingetragene bestimmte Geldsumme und die eingetragenen Zinsen bezw. Renten sowie die gesetzlichen Zinsen und gewisse Kosten aus dem Grundstücke zu zahlen sind (BGB. §§ 1113, 1115, 1118, 1191, 1199, 1200). Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147). Die Zwangsvollstreckung findet statt aus rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen, sowie aus anderen vollstreckbaren Titeln (ZPO. §§ 704, 794). Von letzteren wird im Anhange hinter § 1190 das Nötige mitgeteilt werden. Hier soll nur von den Endurteilen die Rede sein, die mit der dinglichen Klage aus der Hypothek ꝛc. erzielt werden.

Abgesehen von dem Falle des § 1133, wo der Gläubiger (auch bei der Rentenschuld hinsichtlich der Ablösungssumme, § 1201 Abs. 2) wegen Gefährdung der Sicherheit der Hypothek sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen berechtigt ist, kann der Gläubiger Befriedigung nicht früher beanspruchen, als bis sein Anspruch aus der Hypothek ꝛc. fällig ist. Ist in der Eintragungsbewilligung ein bestimmter Zahlungstag oder eine bestimmte Zahlungsfrist festgesetzt, so tritt die Fälligkeit an dem bestimmten Tage bezw. mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist ein (vgl. BGB. 187—193). Hängt die Fälligkeit der Hypothek ꝛc. von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für das dingliche Recht nur wirksam, wenn sie vom Gläubiger dem Eigentümer oder vom Eigentümer dem Gläubiger erklärt wird, ohne Unterschied, ob der Eigentümer auch der Schuldner ist oder nicht (BGB. § 1141 Abs. 1).[1] Die Kündigung des Schuldners allein genügt nicht, um die Hypothek ꝛc. für den Gläubiger fällig zu machen, doch berechtigt sie den Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers (§ 1142). Zugunsten des Gläubigers gilt als Eigentümer, wer im Grundbuch als solcher eingetragen ist (§ 1141 Abs 1 Satz 2; über die Bestellung eines Vertreters zur Entgegennahme der Kündigung für den nicht im Inlande wohnhaften oder seinem Aufenthalte nach unbekannten Eigentümer vgl. § 1141 Abs. 2). Ist dem zurzeit eingetragenen Eigentümer gekündigt, so ist die Kündigung auch gegen seinen Rechtsnachfolger wirksam. Ist nach erfolgter Kündigung die Hypothek ꝛc. durch Übertragung auf einen neuen Gläubiger übergegangen, so muß dieser die dem bisherigen

[1] Der Prozeßbevollmächtigte gilt als ermächtigt, durch Verlesung des Klagantrags auf Rückzahlung das eingeklagte Kapital zu kündigen, und anderseits eine solche Kündigung entgegenzunehmen (RG. E. 53 S. 212, JW. 1903 S. 238 Nr. 8).

Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist (BGB. § 1156 Satz 2). Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung einer Briefhypothek ist unwirksam, wenn der Gläubiger die im § 1155 bezeichneten Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist (§ 1160 Abs. 2). Sind die Kündigungsbedingungen in der Eintragungsbewilligung festgestellt, so müssen sie erfüllt werden. Ist dies nicht der Fall, so wird die Hypothek mit der Forderung fällig, zu deren Sicherheit sie bestellt ist. Die Fälligkeit der Forderung richtet sich nach den das Schuldverhältnis bestimmenden Normen. Ist nicht, wie beim Kaufe (§ 433 Abs. 2), im Gesetz eine Zeit für die Leistung bestimmt, und ist sie auch aus den Umständen nicht zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann (BGB. § 271). „Ist für die Rückerstattung eines Darlehns eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, daß der Gläubiger oder der Schuldner kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehnen von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Darlehnen von geringerem Betrag einen Monat. Sind Zinsen nicht bedungen, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt." (BGB. § 609.) Ist die Kündigungsbefugnis vom Verzuge des Schuldners in der Zinszahlung abhängig, so hat eine Kündigung, die im voraus für den Fall des späteren Eintritts des Verzugs erfolgt, keine Wirkung; es kann dann erst nach dem Eintritte des Verzugs gekündigt werden (RG. Gruch. 48 S. 817). Aus dem durch Art. 39 EG. z. BGB. aufgehobenen Gesetz über die vertragsmäßigen Zinsen v. 14. Novbr. 1867 ist die Bestimmung des § 247 BGB. beibehalten: „Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber." Verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes in eine Grundschuld, so bleiben in Ansehung der Kündigung die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (BGB. § 1177 Abs. 1 Satz 2). Für die Grund- und Rentenschuld, welche von einer Forderung nicht abhängig sind, hat das BGB. besondere Vorschriften über die Zahlungszeit. Ist in der Eintragungsbewilligung nichts Abweichendes bestimmt, so wird die Grundschuld erst nach vorgängiger Kündigung, die sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zusteht, fällig. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. (BGB. § 1193.) Bei der Rentenschuld steht, abgesehen von dem erwähnten Falle des § 1133 Satz 2 BGB., nur dem Eigentümer das Recht der Ablösung zu; dem Gläubiger kann es nicht eingeräumt werden (BGB. § 1201). Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur dahin zulässig, daß der Eigentümer nach zwanzig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann. Hat der Eigentümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen. (BGB. § 1202; EG. z. BGB. Art. 117; PAG. z. BGB. Art. 32.) Die vom Gläubiger dem Eigentümer und von diesem dem Gläubiger erklärte Kündigung einer Hypothek ꝛc., die infolge ihrer Berücksichtigung bei der Feststellung des geringsten Gebots bestehen bleibt, ist gegenüber dem Ersteher des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren nur wirksam, wenn sie spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgt, bei dem Gericht angemeldet und bekannt gemacht ist (ZVG. §§ 54, 56, 52). Soweit eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek ꝛc. nicht besteht, hat der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag des berücksichtigten Kapitals zu zahlen. In Ansehung der Zahlungszeit und

der Kündigung bleiben jedoch die für die berücksichtigte Hypothek ꝛc. getroffenen Bestimmungen maßgebend (das. § 50, vgl. auch §§ 125, 132). Eine Bestimmung, daß die Kündigung nur zu bestimmten Terminen stattfindet, hat das BGB. nur für die Miete gegeben (§ 565). Es kann daher, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, die Kündigung der Hypothekenforderung, der Grundschuld und der Rentenschuld, abgesehen von der Bestimmung des § 247 (oben), in jedem Zeitpunkte von dem zur Kündigung Berechtigten erfolgen. Wer seinen Anspruch auf den Ablauf einer gesetzlichen Kündigungsfrist stützt, hat nicht noch zu behaupten, daß diese Kündigungsfrist vereinbart oder daß keine besondere Kündigungsfrist vereinbart worden, vielmehr bleibt es dem Gegner überlassen, die Vereinbarung einer anderen als der gesetzlichen Kündigungsfrist zu behaupten und zu beweisen (RG. JW. 1904 S. 174 Nr. 15). Für die Kosten der Kündigung haftet das Pfandgrundstück kraft der Hypothek, ohne daß es deren Eintragung bedarf (§ 1118).

Vgl. auch Anm. 2 c Abs. 3 zu § 1115 und die Anm. zu § 1141 BGB.

Zur Verurteilung des beklagten Eigentümers genügt, daß die eingeklagte Hypothek ꝛc. im Laufe des Prozesses fällig wird oder in anderer Weise ihre volle Begründung erhält (RG. E. 1 S. 425, Bd 8 S. 415, Bd 17 S. 147, JW. 1884 S. 313 Nr. 49, 1892 S. 470 Nr. 41, 1902 Beil. 5 S. 222). Eintritt der Fälligkeit während der Revisionsinstanz ist aber unbeachtlich (RG. JW. 1904 S. 174 Nr. 15). Behauptungen, mit welchen ein neuer Fälligkeitsgrund erst nach Erhebung der Klage oder in der Berufungsinstanz vorgebracht wird, dürfen nicht als eine unzulässige Klageänderung enthaltend unberücksichtigt gelassen werden, es sei denn, daß die Zulassung der neuen Behauptung eine Beschränkung der Verteidigung zur Folge haben würde (RG. JW. 1894 S. 240).

Die drohende dingliche Klage aus der Hypothek ꝛc. kann der Eigentümer dadurch abwenden, daß er den Gläubiger befriedigt. Diese Berechtigung steht ihm zu, wenn die Hypothek ꝛc. ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner, z. B. infolge seiner oder des Gläubigers Kündigung, zur Leistung berechtigt ist (BGB. § 1142).

Ist der Kläger als Gläubiger der eingeklagten Hypothek ꝛc. im Grundbuch eingetragen, so genügt zur Begründung der Klage die Berufung auf den Inhalt des Grundbuchs; dazu bedarf es bei der Briefhypothek ꝛc. der Vorlegung des Briefes nicht. Der Geltendmachung der Briefhypothek kann der beklagte Eigentümer jedoch widersprechen, wenn der Kläger nicht den Brief vorlegt (BGB. § 1160 Abs. 1). Ist dem Gläubiger der Brief noch nicht ausgehändigt und steht deshalb die Hypothek ꝛc. dem Eigentümer zu (BGB. § 1117 Abs. 1, § 1163 Abs. 2), so muß der Gläubiger, falls der beklagte Eigentümer noch im Besitze des Briefes ist, die Herausgabe des Briefes unter Darlegung des Rechtsgrundes, welcher den Eigentümer zur Übergabe des Briefes an ihn verpflichtet, verlangen. Die Klage auf Herausgabe des Briefes kann mit der dinglichen Klage aus der Hypothek verbunden werden. Hat sich der Eigentümer widerrechtlich in den Besitz des Briefes gesetzt, nachdem dieser dem Gläubiger bereits übergeben war, so kann der Gläubiger ohne weiteres die Klage auf Zahlung aus dem Grundstück erheben und den Widerspruch des Eigentümers mit der Replik der Arglist zurückweisen (vgl. RG. E. 37 S. 316, JMBl. 1896 S. 156).

Ist der Kläger nicht als Gläubiger der eingeklagten Hypothek ꝛc. im Grundbuch eingetragen, so ist zu unterscheiden, ob eine Briefhypothek ꝛc. oder eine Buchhypothek ꝛc. geltend gemacht wird. Steht eine Briefhypothek ꝛc. in Frage, so muß der Kläger sein Gläubigerrecht durch Vorlegung des Briefes und einer zusammenhängenden, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen kraft Gesetzes erfolgter Übertragungen nachweisen, sofern die Klage nicht ausschließlich auf Rückstände von Zinsen oder auf Kosten gerichtet ist (BGB. § 1160 Abs. 1 u. 3 in Verb. mit § 1155). Ist der Gläubiger einer Buchhypothek nicht als solcher im Grundbuch eingetragen, so ist er überhaupt nicht Gläubiger, wenn sein Erwerb auf Rechtsgeschäft beruht

(BGB. § 1154 Abs. 3 in Verb. mit § 873). Hat er die Hypothek ꝛc. außerhalb des Grundbuchs durch Erbfolge oder infolge allgemeiner Gütergemeinschaft erworben, so muß er sein Gläubigerrecht durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen bezw. durch Auszug aus dem Güterrechtsregister nachweisen. Hat er die Hypothek ꝛc. kraft Gesetzes erworben (vgl. z. B. BGB. §§ 268, 426, 774, 1143), so muß er die gesetzlichen Grundlagen solchen Erwerbes beweisen; am einfachsten geschieht dies durch öffentlich beglaubigte Anerkenntnisse der durch die Übertragung Betroffenen.

Da der Anspruch auf löschungsfähige Quittung erst durch die Zahlung entsteht und die Verpflichtung des Gläubigers zur Erteilung einer solchen unmittelbar aus dem Gesetz entspringt (BGB. § 368), so ist die Möglichkeit, die Quittung zu verschaffen, die Voraussetzung nicht für die Verurteilung des Schuldners, sondern nur für die Vollstreckung des Urteils. Es bedarf deshalb zur Begründung der dinglichen Klage nicht des Erbietens zur Quittungsleistung und bei der Verurteilung nicht des besonderen Ausdrucks der Verpflichtung, zu quittieren (RG. Gruch. 38 S. 990).

Der Antrag der dinglichen Klage und der Urteilstenor gehen auf *Zahlung* bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder korrekter auf Zahlung aus dem Grundstück (§ 1113, so auch Gierke SR. S. 855, Fuchs 1 Nr. 6 zu § 1113, Jaeger KO. S. 404 Fußnote; a. M. Planck, Biermann, Kober). Der Antrag, die Betreibung der Geldsumme aus dem Grundstücke zu dulden, paßt jedenfalls dann nicht, wenn gemäß § 592 ZPO. im Urkundenprozesse geklagt oder gemäß § 688 ZPO. ein Mahnbefehl extrahiert wird. (Vgl. Eccius in Gruch. 44 S. 529.) Bei Verbindung der dinglichen mit der persönlichen Klage geht der Antrag, wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, auf Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in das sonstige Vermögen des Beklagten. Die Verbindung der persönlichen mit der dinglichen Klage ist stets zulässig, also auch dann, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist. Es werden dann eben zwei Personen, die eine persönlich, die andere dinglich belangt. In dem *dinglichen Gerichtsstande* kann aber mit der dinglichen Klage die persönliche Klage nur dann verbunden werden, wenn auch diese sich gegen den Eigentümer richtet (ZPO. § 25). Aus der Verpflichtung des dinglich haftenden Eigentümers, die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke bereitzustellen, ergibt sich, daß der im dinglichen Prozeß unterliegende Schuldner auf Grund des § 91 ZPO. auch persönlich zur Kostentragung verpflichtet ist (RG. JW. 1901 S. 183). Vgl. auch Biermann SR. Nr. 2 u. 4 und Kober Nr. III 1 u. 2 zu § 1147.

Passiv legitimiert gegen die dingliche Klage ist der Eigentümer des Grundstücks und, wenn dieser in Konkurs verfallen ist, die Konkursmasse (RG. JW. 1901 S. 183). Ist der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen, so genügt die Bezugnahme darauf (BGB. § 1148). Hat er außerhalb des Grundbuchs das Eigentum erworben (z. B. durch Erbfolge) und sich nicht eintragen lassen, so muß der klagende Gläubiger den Eigentumsübergang nachweisen. Hat von zwei Miteigentümern eines Grundstücks jeder seine Hälfte getrennt oder haben beide Miteigentümer das Grundstück gemeinschaftlich für eine Schuld verpfändet, ohne mit dem Gläubiger zu vereinbaren, daß das Hypothekenrecht nur am ungetrennten Grundstück ausgeübt werden dürfe, dann kann der Gläubiger die hypothekarische Klage gegen den einzelnen Miteigentümer auf seinen Anteil erheben (RG. JW. 1897 S. 593 Nr. 86). In solchem Falle steht dem Gläubiger aber die Zwangsvollstreckung auch nur in Beziehung auf den Anteil des verurteilten Miteigentümers zu. Ist das Grundstück als Ganzes verpfändet, sind aber später daraus ideelle Teile gebildet, die mehreren Miteigentümern zustehen, ist z. B. bei der Auseinandersetzung drei Miterben das für die Hypothek haftende Nachlaßgrundstück zu gleichen Anteilen zum Miteigentum überwiesen, so kann der Gläubiger die Anteile der einzelnen Miteigentümer zum Gegenstande der Pfandverfolgung machen, wenn die Teilung in rechtsbeständiger Weise erfolgt ist, insbesondere die Anteile der Miteigentümer feststehen. Wollte man ihm diese Befugnis nicht

zusprechen, so würde er in den Fällen, wo die Person eines der Miteigentümer (infolge Erbgangs ꝛc.) nicht feststeht, oft schwierige und zeitraubende Ermittlungen anstellen müssen, um zu erfahren, gegen wen er die Pfandklage zu richten habe, während er durch Verfolgung seines Rechtes gegen einen feststehenden Miteigentümer ohne Schwierigkeit seine Befriedigung erreichen könnte. (RG. E. 20 S. 270.) Daraus, daß dem Gläubiger die ganze verpfändete Sache haftet, folgt nicht seine Befugnis, einen beliebigen Teil der Sache zum Gegenstande der Pfandverfolgung zu machen. Die Zerlegung in Teile ist ein Recht des Eigentümers, nicht des Gläubigers. Solange eine solche Zerlegung in rechtswirksamer Weise nicht stattgefunden hat, kann der Gläubiger die Sache nur so, wie sie ihm verpfändet ist und vom Eigentümer besessen wird, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen. Wenn aber durch die vom Eigentümer bewirkte Zerlegung neue selbständige reale Teile entstanden sind, was bei Grundstücken nur durch Abschreibung des Grundstücks und durch Wiedereintragung der einzelnen Teile als selbständiger Grundstücke zu ermöglichen ist (GBO. § 6), dann kann sich der Gläubiger an jeden Teil wegen seiner ganzen Forderung halten.

Da der Anspruch des Gläubigers auf *Zahlung* aus dem Grundstücke geht (BGB. § 1113), hat der Eigentümer die Geldmittel zur Zeit der Fälligkeit der Forderung aus dem Grundstücke zu beschaffen (so jetzt auch Gierke SR. S. 854). Er kann daher dem klagenden Gläubiger nicht entgegenhalten, daß er zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück stets bereit gewesen sei, mithin zur Klage keine Veranlassung gegeben habe und daß daher die Prozeßkosten dem Kläger aufzuerlegen seien (ZPO. § 93, Fuchs S. 391 Nr. 6 a, Dresden und Königsberg Seuff. A. 59 S. 205, 207, KG. Rsp. 6 S. 386, Celle Seuff. A 57 S. 118 mit anderer Begründung Berg in Gruch. 48 S. 774; a. M. Marienwerder, Rsp. 1 S. 259). Der Gläubiger kann die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erlangen (ZVG. § 16 Abs. 1); es muß also rechtskräftig festgestellt werden, daß der Eigentümer aus dem Grundstücke zu zahlen und dieser Pflicht nicht genügt hat. Außer durch Zahlung kann der Eigentümer den Prozeß und die Kosten dadurch vermeiden, daß er dem Gläubiger eine vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Nr. 5 ZPO. ausstellt. Alles dies trifft auch auf die Konkursmasse des Eigentümers zu, die aber überdies dadurch geschützt ist, daß ihr Verwalter die Zwangsversteigerung beantragen und durchführen kann (KG. Rsp. 6 S. 386). Mehrere Miteigentümer des Pfandgrundstücks sind auf die dingliche Klage als Gesamtschuldner zu verurteilen; denn die Verpflichtung, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen, besteht im wesentlichen in der Duldung, daß der Gläubiger, wenn er nicht durch Zahlung befriedigt wird, seine Befriedigung aus dem Grundstück entnehme, und diese Duldungspflicht ist eine unteilbare Leistung der mehreren Miteigentümer im Sinne des § 431 BGB. (RG. JW. 1902 S. 198.)

Ist die Hypothekenforderung zur Zeit der Klagerhebung verpfändet, so kann der Gläubiger nicht Zahlung an sich allein fordern, sondern nur darauf klagen, daß an ihn *und* den Pfandgläubiger gemeinschaftlich gezahlt oder daß die eingeklagte Summe für ihn *und* den Pfandgläubiger hinterlegt werde (BGB. § 1281; RG. E. 52 S. 141).

Der dingliche Anspruch, dessen Befriedigung aus dem Grundstücke gesucht wird, kann nicht bloß im ordentlichen Verfahren, sondern auch im *Urkundenprozeß* und im *Mahnverfahren* geltend gemacht werden, da als ein Anspruch, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gilt (ZPO. §§ 592, 688). Im Urkundenprozesse muß der Gläubiger sämtliche Klagebehauptungen, bei einer Hypothek also nicht bloß die Eintragung im Grundbuche, sondern auch den Schuldgrund gleichzeitig mit der Klage urkundlich nachweisen (ZPO. § 592). Ist im Eintragungsvermerke die Forderung nach ihrem Schuldgrunde bezeichnet, so reicht dazu der Hypothekenbrief, auch wenn damit die Schuldurkunde nicht verbunden ist, bezw. bei Buchhypotheken die Benachrichtigung von der Eintragung (GBO. § 55) aus, da sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Forderung erstreckt

(BGB. § 1138). Andernfalls ist die Schuldurkunde vorzulegen. Auch die Fälligkeit der Hypothek muß urkundlich nachgewiesen werden.

Aus einer bloß vorgemerkten Hypothek steht dem Gläubiger die dingliche Klage nicht zu (vgl. Anm. g S. 199).

Für die dingliche Klage ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke das Pfandgrundstück belegen ist. Im dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind und wenn dafür dieselbe Prozeßart zulässig ist. (ZPO. §§ 24, 25, 260.) Das Gericht kann jedoch anordnen, daß der dingliche und der persönliche Anspruch in getrennten Prozessen verhandelt werden, und es kann über den einen oder den anderen Anspruch ein Teilurteil erlassen (ZPO. §§ 145, 301). Vgl. auch Anm. II 9 zu § 1132 BGB.

Die persönliche Klage gegen den Eigentümer führt zu demselben Ergebnisse, wie die dingliche, wenn bis zur Einleitung der Zwangsvollstreckung kein Wechsel im Eigentume des Grundstücks stattfindet; denn der Gläubiger kann auch auf Grund des persönlichen Schuldtitels die Zwangsvollstreckung in das Grundstück beantragen (ZPO. § 866), und er kommt bei der Kaufgelderverteilung auf Grund seines, wenn auch nicht vollstreckbaren dinglichen Rechtes an der durch dieses bestimmten Stelle zur Hebung. Tritt dagegen nach Zustellung der Klage und vor Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Wechsel in der Person des Eigentümers ein, so ist die Zwangsvollstreckung nur dann möglich, wenn in dem Urteil auch der dingliche Anspruch zum Ausdrucke gebracht ist (ZVG. §§ 17, 20, 23; BGB. § 135; vgl. Bd II Ergänzung II). Beide Klagen, auch wenn sie verbunden sind, können verschiedene Schicksale haben.

Durch die Erhebung der hypothekarischen Klage wird auch die Verjährung der persönlichen Forderung unterbrochen, wenn der beklagte Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist; denn auch mit der hypothekarischen Klage wird Befriedigung, wenn auch nur aus dem Grundstücke, gesucht (BGB. § 209; vgl. RG. Gruch. 34 S. 939).

Über die gegen die dingliche Klage zulässigen Einreden vgl. § 1137 BGB. mit Anm. Die Einrede der Vorausklage, die Einrede des Eigentümers, daß zunächst gegen den persönlichen Schuldner geklagt werden müsse, ist durch die Bestimmung der §§ 1137, 1113, 1147 BGB. ausgeschlossen.

Die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erfolgt durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung nach den Vorschriften des ZVG. (ZPO. §§ 866, 869).

Die Zwangsvollstreckung kann durch Befriedigung des betreibenden Gläubigers nicht nur von dem Eigentümer und dem Schuldner, sondern von einem jeden abgewendet werden, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren (BGB. §§ 268, 1150).

Die Zwangsversteigerung darf nur angeordnet werden, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen oder wenn er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist (ZVG. § 17; vgl. Bd II Ergänz. II §§ 2, 3). Wer der Schuldner ist, ergibt sich aus dem Urteil oder, wenn eine Rechtsnachfolge auf seiten des Schuldners eingetreten ist, aus der diesem beigefügten Vollstreckungsklausel. Die Zwangsvollstreckung gegen den, welcher nach der Klagezustellung das Eigentum des Grundstücks erworben hat, darf nur beginnen, wenn er in dem Urteil oder der Vollstreckungsklausel als Schuldner namentlich bezeichnet ist (ZPO. § 750). Eine vollstreckbare Ausfertigung darf gegen den Rechtsnachfolger des im Urteile bezeichneten Schuldners und gegen denjenigen Besitzer der im Streit befangenen Sache erteilt werden, gegen die das Urteil nach § 325 wirksam ist (ZPO. § 717). Von der Regel des § 325 Abs. 1 u. 2 ZPO., wonach der Sondernachfolger das gegen seinen Vorgänger ergangene Urteil nur dann gegen sich gelten lassen muß, wenn er beim Erwerbe der im Streite befangenen Sache die Rechtshängigkeit gekannt hat, läßt § 325 im Abs. 3

die Ausnahme zu: „Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat." Durch Veräußerungen kann also die Verfolgung des hypothekarischen Anspruchs nicht vereitelt werden. Um jedoch den Ersteher vor Täuschung zu sichern, ist der Fall der Veräußerung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung durch einen Zusatz abweichend dahin geregelt: „Gegen den Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks wirkt das Urteil nur dann, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist." Jene Ausnahmevorschrift (§ 325 Abs. 3 ZPO.) tritt nur dann ein, wenn das Urteil auf eine Klage ergangen ist, mit der ein Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek ꝛc. geltend gemacht war. War die Klage wegen einer persönlichen Forderung angestellt und demnächst im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek eingetragen, so ist der Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auf Grund des Urteils, das gegen den zur Zeit der Klagezustellung eingetragenen Eigentümer ergangen ist, gegen den späteren Erwerber des Grundstücks nicht zulässig (vgl. OTrib. Gruch. 23 S. 750; anders Arch. 50 S. 192). Hat sich der Eigentümer in einer nach § 794 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, so ist die Urkunde gegenüber dem Sondernachfolger des Schuldners nur dann wirksam, wenn die Unterwerfung in dem Grundbuch eingetragen ist. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung an Stelle der Eintragung (BGB. § 874) genügt nicht. (ZPO. § 799; Begr. des § 705 b.)

Wird durch § 325 Abs. 3 ZPO. die Einleitung, so wird durch § 26 ZVG. die Fortsetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens gesichert: „Ist die Zwangsversteigerung wegen des Anspruchs aus einem eingetragenen Rechte angeordnet, so hat eine nach der Beschlagnahme bewirkte Veräußerung des Grundstücks auf den Fortgang des Verfahrens gegen den Schuldner keinen Einfluß." Ob der neue Eigentümer vor der Beschlagnahme beim Erwerbe Kenntnis gehabt hat oder nicht, ist von keiner Bedeutung. Einer Vollstreckungsklausel gegen ihn bedarf es auch dann nicht, wenn für die Forderung erst im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek auf Grund desselben vollstreckbaren Titels eingetragen ist, welcher der Anordnung der Zwangsversteigerung zugrunde liegt.

Der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger wird durch Zahlung aus dem Bargebote befriedigt, wenn er nicht mit dem Ersteher das Bestehenbleiben seines Rechtes an dem Grundstücke vereinbart (ZVG. §§ 49, 52, 59, 91 Abs. 2).

Streitig ist, ob der Eigentümer für die Kosten der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (ZPO. § 788) persönlich haftet. Vgl. Berg in Gruch. 48 S. 774.

8. a. Zur Aufhebung der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld durch Rechtsgeschäft ist die Erklärung des Gläubigers, daß er sein Recht aufgebe, die Zustimmung des Eigentümers und die Löschung der Hypothek ꝛc. im Grundbuch erforderlich. Ist die Hypothek ꝛc. mit dem Rechte eines Dritten (z. B. einem Pfandrecht oder einem Nießbrauche) belastet, so ist zur Aufhebung der Hypothek ꝛc. auch die Zustimmung des Dritten erforderlich. (BGB. §§ 875, 876, 1183, 1171, 1276.) Zur Löschung einer gepfändeten und zur Einziehung überwiesenen Hypothek ist die Zustimmung des Vollstreckungsschuldners nicht erforderlich (ZPO. § 836). Das nämliche gilt nach § 1282 BGB. im Falle der vertragsmäßigen Verpfändung, wenn die Forderung fällig geworden ist. (KG. JW. 23 S. A 147.) Über die Erfordernisse der Löschung und die Behandlung des Briefes vgl. die §§ 19, 22, 27, 42, 69, 70 GBO.

b. In folgenden Fällen erlischt die Hypothek ꝛc. ohne Löschung mit der Wirkung, daß die etwa nachstehenden Rechte im Range vorrücken.

Der Untergang des Grundstücks hat das Erlöschen der daran bestehenden Rechte zur Folge (vgl. Anm. 3 S. 143). In Preußen erlöschen mit der Aufhebung des Bergwerkseigentums alle Ansprüche auf das Bergwerk, von welcher Art sie auch sein mögen, insbesondere die Hypotheken und andere Realrechte (A. BergG. §§ 156—162; PAG. z. GBO. Art. 26).

Die unter einer auflösenden Bedingung eingetragene Hypothek ꝛc. erlischt mit dem Eintritte der Bedingung (BGB. § 158 Abs. 2). Will der Eigentümer sich solche Hypothek ꝛc. vorbehalten, so muß dies im Grundbuche vermerkt werden. Dasselbe gilt für die mit einem Endtermin eingetragenen Hypotheken (§ 168). — Nach § 871 Entw. I sollte die Hypothek ꝛc. auch dann erlöschen, wenn der Besteller der Hypothek das Eigentum am belasteten Grundstück infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins verliert. Dies kann nach BGB. nicht vorkommen, da eine Auflassung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung unwirksam ist (§ 925 Abs. 2).

Die Hypothek ꝛc. für Rückstände von Zinsen (oder Renten) oder anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, es sei denn, daß einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht (BGB. §§ 1178, 1192 Abs. 2, 1200).

Verzichtet der Gläubiger einer Gesamthypothek ꝛc. auf die Hypothek an einem Grundstück, oder wird ein solcher Gläubiger mit seinem Rechte an einem der Grundstücke gemäß § 1170 BGB. im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen, so erlischt die Hypothek an diesem Grundstücke (BGB. § 1175) und wird von Amts wegen gelöscht (GBO. § 49 Abs. 2), während die Hypothek an den übrigen Grundstücken den sämtlichen Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufällt.

Befriedigt der Eigentümer eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks den Gläubiger, oder wird auf ihn das Gläubigerrecht übertragen, oder vereinigen sich Schuld und Forderung in seiner Person, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Doch geht auch die Hypothek als Gesamthypothek an denjenigen mithaftenden Grundstücken auf ihn über, deren Eigentümer ihm ersatzpflichtig sind. (BGB. § 1173.)

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger einer Gesamthypothek, oder vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person des Gläubigers oder des Schuldners, so geht die Hypothek an den Grundstücken derjenigen Eigentümer auf den Schuldner über, von denen dieser Ersatz verlangen kann, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt (BGB. § 1174).

Wird der Gläubiger (im Wege der Zwangsvollstreckung) aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek. Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek aus einem der belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei. (BGB. § 1181.) Soweit aber im letzten Falle der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird, vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über (§ 1182).

Eine zu Unrecht gelöschte oder eine kraft Gesetzes entstandene nicht eingetragene Hypothek ꝛc. erlischt mit der Verjährung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Eigentümer (§ 901). Außerdem kennt das BGB. eine Ersitzung der Freiheit des Grundstücks von Hypotheken ꝛc. nicht.

Für Preußen kommt als Erlöschungsgrund auch die mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses eintretende Befreiung des enteigneten Grundstücks von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen, namentlich von Reallasten, Hypotheken und Grundschulden, in Betracht (G. v. 11. Juni 1874 § 45; Art. 109 EG. z. BGB.).

Das Erlöschen der Forderung hat auf den Bestand der Hypothek, welche für sie bestellt ist, keinen Einfluß; ebensowenig der Ausschluß des Gläubigers mit seinem Rechte

im Wege des Aufgebotsverfahrens, der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek ꝛc. und die Vereinigung von Eigentum und Hypothek ꝛc. in einer Person, sofern eine Einzelhypothek ꝛc. in Frage steht. In allen diesen Fällen geht die Hypothek auf den Eigentümer (BGB. § 1163 Abs. 1, § 1170 Abs. 2, § 1171 Abs. 2, §§ 1168, 889, 1177) bezw. den persönlichen Schuldner über (§ 1164). Die bei Gesamthypotheken eintretenden Abweichungen ergeben sich aus der obigen Zusammenstellung.

9. Vormerkung.

Wer einen (auch nur künftigen oder bedingten) Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld hat, kann durch Eintragung einer Vormerkung für die endgültige Eintragung den Rang der Vormerkung sichern. Die Eintragung erfolgt auf Grund einer Bewilligung des Eigentümers oder einer einstweiligen Verfügung. Zur letzteren bedarf es der Glaubhaftmachung nur des Anspruchs, nicht seiner Gefährdung. (BGB. §§ 883, 885.) Die Eintragung erfolgt auch auf Vorlegung eines den Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek ꝛc. verurteilenden vorläufig vollstreckbaren Urteils (ZPO. § 895). Verfügungen des Eigentümers, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen werden, sind insofern unwirksam, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (BGB. § 883 Abs. 2). Die Vormerkung wird auf Antrag des Gläubigers oder des Eigentümers und, falls sie durch einstweilige Verfügung angeordnet wird, auch auf Ersuchen des Prozeßgerichts eingetragen (ZPO. § 941). Gelöscht wird sie auf die Bewilligung des Gläubigers und, wenn sie durch einstweilige Verfügung angeordnet oder auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragen ist, auch auf Vorlegung einer die einstweilige Verfügung bezw. das vorläufig vollstreckbare Urteil aufhebenden vollstreckbaren Entscheidung (GBO. § 25). Vgl. im übrigen die §§ 883—888 BGB. mit Anm. S. 185 ff.

Die Vormerkung dient auch zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Inhalts (Nr. 2 S. 685), oder Ranges (Nr. 3 S. 687), auf Abtretung (Nr. 5 S. 688), Verpfändung (Nr. 6 S. 695) und Aufhebung (Nr. 8 S. 704) der Hypothek ꝛc. (BGB. § 883).

Zur Sicherung der Eintragung einer Zwangshypothek oder der Pfändung einer Buchhypothek kann eine Vormerkung nicht eingetragen werden (RG. E. 56 S. 10).

IV. Der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer und auf den persönlichen Schuldner.

1. Der Hauptgrund für die Bestimmung des § 889 BGB., wonach ein Recht an einem fremden Grundstücke nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, ist die Rücksicht auf das Institut der Eigentümerhypothek, das ohne Schädigung des Interesses des Realkredits und ohne unberechtigte Bevorteilung der nachstehenden Berechtigten nicht abgewiesen und durch das Institut der Offenhaltung der Stelle nicht ersetzt werden kann. Vgl. darüber Mot. III S. 203 ff. und Prot. III S. 600.

2. Der Grundsatz, daß Rechte an einer fremden Sache durch Vereinigung mit dem Eigentum erlöschen, wenn der Eigentümer das Recht oder der Berechtigte das Eigentum erwirbt (ALR. I 16 § 482, I 20 § 55, I 21 § 184, I 22 § 52), ist im preuß. Rechte nicht streng durchgeführt. Der Anh. § 52 zu § 484 I 16 ALR. bestimmte, daß Hypothekenrechte nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentume des verpflichteten Grundstücks in Einer Person aufgehoben werden, solange nicht deren Löschung erfolgt ist, und daß der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht an einen anderen abtreten kann. Durch die Deklaration v. 3. April 1824 (GS. S. 77) wurde diese Bestimmung dahin deklariert, daß der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine darauf hypothekarisch versicherte Forderung auszahlt und die Forderung nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll, auch wenn ihm keine Zession, sondern nur eine Quittung erteilt worden ist. Auf dieser Grundlage wurden die Rechte des Eigentümers an der auf ihn übergegangenen Hypothek durch die §§ 63—67 PEigG. v. 1872 systematisch

kodifiziert. Der Eigentümer wurde durch die Befriedigung des Hypothekengläubigers sowie durch den Erwerb der Hypothek von Todes wegen berechtigt, die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (§§ 63—65). Dieselben Befugnisse erlangte der Gläubiger, wenn er das Grundstück erwarb (§ 66). Vorausgesetzt wurde eine endgültige Hypothek; auf Kautionshypotheken fanden diese Vorschriften keine Anwendung (§ 67). Es machte keinen Unterschied, ob der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner war oder nicht. Er erwarb in allen Fällen mit der Hypothek auch die durch sie gesicherte Forderung, nur ruhte diese so lange, als sie mit der Schuld in der Person des Eigentümers vereinigt war. (OTrib. E. 5 S. 51, Bd 81 S. 68, Gruch. 22 S. 782; RG. E. 3 S. 266, Bd 7 S. 217, Gruch. 27 S. 469.) Zum Erwerbe der Hypothek durch den Eigentümer war erforderlich, daß eine gültige Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt war, bestand. Fehlte es an einer solchen, so war auch die Hypothek, obschon als solche eingetragen, nicht entstanden und es konnte nicht von einem Übergange auf den Eigentümer, sondern nur von ihrer Löschung die Rede sein.

Im Entw. I e. BGB. war der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer in folgender Weise geregelt. Von der Regel, daß mit dem Erlöschen der Forderung auch die für diese bestehende Hypothek erlischt (§ 1092), ist die Ausnahme zugelassen: „Die Hypothek erlischt dadurch nicht, daß der Gläubiger von dem Eigentümer des belasteten Grundstückes befriedigt wird." (§ 1094 Abs. 1.) Es wird aber eine gültige Forderung vorausgesetzt, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. Fehlt es an einer solchen, so ist die Hypothek trotz ihrer Eintragung nicht entstanden. Der Eigentümer kann sie nicht erwerben, vielmehr ist das Grundbuch, welches die nicht bestehende Hypothek als bestehend nachweist, von vornherein unrichtig und seine Richtigstellung kann von jedem, dessen Recht durch die unrichtige Eintragung beeinträchtigt wird, verlangt werden (§ 843). Ist dagegen die Forderung und mit ihr die Hypothek gültig, so wird unterschieden, ob der Eigentümer, welcher die Gläubiger befriedigt, zugleich der Schuldner ist oder nicht. Ist der Eigentümer nicht der Schuldner, so geht mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes auf ihn über (§ 1094 Abs. 2. u. 4). Ist der Eigentümer der Schuldner, so erlischt die Forderung infolge ihrer Tilgung und es bleibt nur die Hypothek erhalten. Die Hypothek verliert insoweit ihre akzessorische Natur, der Eigentümer erwirbt nur die Hypothek (§ 1094 Abs. 3). Er kann die Hypothek in eine Grundschuld umwandeln (§ 1144), sie aber nicht mit dem bisherigen Range auf eine andere Forderung von gleichem Umfang übertragen. Der Rechtsübergang ist auch hier eine unmittelbare gesetzliche Folge der Befriedigung des Gläubigers (§ 1094 Abs. 4). Wenn die Hypothek vom Eigentümer oder das Eigentum vom Gläubiger erworben wird, so erlischt zwar nach § 291 das Schuldverhältnis unwiderruflich, wenn Forderung und Schuld sich in derselben Person vereinigen; auf den Bestand der Hypothek ist dies jedoch nach § 835 ohne Einfluß, die Hypothek bleibt als Eigentümerhypothek bestehen (§ 1097). Die Sicherungshypothek geht auf den Eigentümer ausschließlich dann über, wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist und den Gläubiger befriedigt (§ 1128). Das Aufgebot einer erloschenen Hypothek kann nur zu deren Löschung führen, der Eigentümer erwirbt sie nicht (§ 1103); die bestehende Hypothek, welche wegen Unbekanntschaft des Gläubigers unter Hinterlegung des Betrags der Forderung aufgeboten wird, geht auf den Eigentümer über. (§ 1104; Mot. III S. 201—205, 725 ff., 766; Prot. III S. 599.)

3. Während der Entw. I die Eigentümerhypothek nur als Ausnahme kannte, gilt sie nach den Beschlüssen der 2. Komm. im BGB. als Regel (Prot. III S. 599). Die Hypothek bleibt zugunsten des Eigentümers nicht nur in den Fällen des früheren Rechtes und des Entw. I, sondern in allen Fällen aufrecht erhalten, in denen die dadurch gesicherte Forderung erlischt, und auch die Entstehung der Hypothek ist von der Entstehung der Forderung unabhängig gemacht. Entsteht die Forderung nicht, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu; erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1). In einer Reihe von Fällen hat die Befriedigung des Gläubigers, entgegen der Regel des § 362, nicht die Folge, daß die Forderung erlischt und demgemäß der Eigentümer die Hypothek erwirbt (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), sondern es ist damit die Wirkung verbunden, daß die Forderung mit der Hypothek (§ 1153) auf den übertragen wird, der den Gläubiger befriedigt. Eine solche Übertragung tritt kraft Gesetzes ein, wenn die Befriedigung des Gläubigers erfolgt durch einen Gesamtschuldner, der von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann (§ 426 Abs. 2), durch einen Bürgen (§ 774), durch den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist (§ 1143 Abs. 1), oder durch einen zur Befriedigung des Gläubigers Berechtigten (§§ 1150, 268). Ferner geht, wenn der Gläubiger durch den

persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, aber von diesem oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, befriedigt wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen, die Hypothek auf den Schuldner über (§ 1164). Dagegen entsteht eine Eigentümerhypothek, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168). Ein solcher Verzicht kann insbesondere in Frage kommen, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine andere Sicherheit gewährt oder wenn der Gläubiger nach teilweiser Tilgung einer auf mehreren Grundstücken eingetragenen Schuld sich mit der Hypothek an einem der Grundstücke begnügen will. Der Eigentümer kann verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichte, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird (§ 1169). Dem Verzichte steht es gleich, wenn infolge einer Schuldübernahme das Recht des Gläubigers aus der für die Forderung bestehenden Hypothek erlischt (§ 418). Ebenso erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn der unbekannte Gläubiger gemäß §§ 1170, 1171 im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. Im § 1170 Abs. 2 ist dies ausdrücklich vorgeschrieben; für die Fälle des § 1171 ergibt es sich nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 daraus, daß spätestens mit der Erlassung des Ausschlußurteils der Gläubiger als befriedigt gilt, die Forderung also erloschen ist (§ 1171 Abs. 2, § 362). Die Vorschriften über den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer gelten auch, abweichend vom bisherigen Rechte (§ 67 PEigG.), für die Sicherungshypothek, da deren Anwendung im § 1185 Abs. 2 nicht ausgeschlossen ist. Einen besonderen Fall der Eigentümerhypothek kennt das BGB. bei der Briefhypothek. Entsprechend der Bestimmung des § 1117, wonach der Gläubiger die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks zugestellt wird, schreibt § 1163 Abs. 2 weiter vor, daß die Hypothek bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zusteht.

In den Fällen der Eigentümerhypothek verwandelt sich die Hypothek, da sie von einer Forderung nicht mehr abhängt, in eine Grundschuld; dabei bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (§ 1177 Abs. 1). Der Eigentümer kann demgemäß die ihm zugefallene Hypothek in eine Grundschuld umschreiben lassen. Solange die Grundschuld mit dem Eigentum in seiner Person vereinigt ist, gelten für ihn die Beschränkungen, denen bei der Grundschuld nach § 1197 der Gläubiger unterliegt, welcher zugleich Eigentümer ist. Er kann also zwar sein Recht in dem von einem anderen betriebenen Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren geltend machen, den auf die Hypothek entfallenden Betrag des Erlöses für sich als den gegenwärtigen Gläubiger der Hypothek liquidieren, er kann aber nicht selbst die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Weiterhin gebühren ihm Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Eigentümerhypothekars wird die Hypothek für die Masse verwertet. Diese hat also ein Absonderungsrecht (KO. § 47). Der Konkursverwalter kann auch wegen einer solchen Hypothek das verhaftete Grundstück des Gemeinschuldners im Wege der Zwangsvollstreckung versteigern lassen (KO. §§ 117, 126, ZVG. §§ 172 ff.).

Die Verfügung des Eigentümers über die ihm anfallende Hypothek kann dadurch ausgeschlossen werden, daß dieser sich einem anderen gegenüber verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese Verpflichtung wird dinglich, also mit Wirkung auch gegen den Nachfolger im Eigentume, durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert. (§ 1179.) Von Bedeutung ist dies namentlich für einen Nachhypothekar, der durch den Wegfall einer Vorhypothek seine Sicherheit verbessern will.

Die Hypothek bleibt auch dann bestehen, wenn sie sich mit dem Eigentum in der Person des Gläubigers vereinigt, insbesondere, wenn der Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt (§ 1143). Die Fortdauer der Hypothek

ergibt sich in diesen Fällen aus der allgemeinen Bestimmung des § 889, derzufolge ein Recht an einem Grundstücke nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Von der Eigentümerhypothek im engeren Sinne unterscheidet sich diese Hypothek dadurch, daß sie sich nicht in eine Grundschuld verwandelt, daß vielmehr trotz der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in der Person des Gläubigers die bisherige Verbindung zwischen der Forderung und der Hypothek aufrecht erhalten und so der Eigentümer in die Lage versetzt wird, die Forderung mit der Hypothek in unveränderter Gestalt auf einen Dritten weiter zu übertragen. Solange aber die Forderung dem Eigentümer zusteht, ist die Hypothek nach Maßgabe der für die Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften des § 1197 denselben Beschränkungen unterworfen, wie die Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2); insbesondere kann der Eigentümer auf Grund der Hypothek nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

(Nach der Denkschr. des Bundesrats S. 214.)

4. Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek finden auch auf die Grund- und die Rentenschuld Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß diese Belastungen keine Forderung voraussetzen (§§ 1192, 1199). Vgl. Anm. 2 zu § 1192. Sie gelten grundsätzlich auch bei der Gesamthypothek. Aus ihrer besonderen Natur ergeben sich aber mehrfache Abweichungen, die in der Einleitung zu § 1132 mitgeteilt werden.

Ihre Anwendung ist auf den Kapitalbetrag, also bei Hypotheken und Grundschulden auf die eingetragene bestimmte Geldsumme der Forderung bezw. der Grundschuld und bei Rentenschulden auf die eingetragene Ablösungssumme, eingeschränkt. Die Rückstände von Zinsen, Renten und anderen Nebenleistungen, sowie Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, unterliegen den Vorschriften über die Eigentümerhypothek nicht. Die dafür bestellte Hypothek, Grund- und Rentenschuld erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (§§ 1178, 1192 Abs. 2, 1200 Abs. 1).

Voraussetzung der Eigentümerhypothek ist der rechtsgültige Bestand einer Hypothek. Ist eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld nichtig, weil sie z. B. ohne Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger zur Eintragung gelangt ist, so steht sie auch dem Eigentümer nicht zu. Besondere Vorschriften über den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer sind bezüglich der im Wege der Zwangsvollstreckung und der zur Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück eingetragenen Sicherungshypotheken in den §§ 868, 932 Abs. 2 ZPO. gegeben. Vgl. den Anhang hinter § 1190.

5. Dem persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist, kann gegen den Eigentümer ein Anspruch darauf zustehen, daß dieser den Gläubiger befriedige. Ein solcher Fall ist namentlich gegeben, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers jedoch fortbesteht, weil die Schuldübernahme nicht zustande gekommen ist (§ 416). Ist hier der persönliche Schuldner genötigt, den Gläubiger zu befriedigen, so erlangt er mit der Befriedigung einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer, der ihm gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war. Durch die Befriedigung des Gläubigers würde aber zugleich der derzeitige Eigentümer nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek erwerben. Ihm würde also trotz des ihm selbst oder seinem Rechtsvorgänger zur Last fallenden pflichtwidrigen Verhaltens aus der Leistung des Schuldners ein Vorteil erwachsen. Die Billigkeit erfordert aber, daß die durch diese Leistung freigewordene Hypothek dem Schuldner zur Sicherung seines Ersatzanspruchs zufällt. Das BGB. läßt daher die Hypothek auf den Schuldner insoweit übergehen, als dieser von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann (§ 1164 Abs. 1 Satz 1). Geht die Hypothek hiernach zum Teile auf den Eigentümer über, so darf, wie § 1164 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich vorsieht, der Eigentümer seine Hypothek nicht zum

Nachteile des ersteren geltend machen. Eine Erweiterung erfährt der Schutz des persönlichen Schuldners noch durch die Vorschrift des § 1164 Abs. 2, wonach es der Befriedigung des Gläubigers durch diesen Schuldner gleichsteht, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen. (Denkschr. S. 221.) Steht eine Gesamthypothek in Frage, so geht die Hypothek nur an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers auf den Schuldner über, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1174). Befriedigt der Schuldner den Gläubiger nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek, so kann er den ihm gebührenden Teilbetrag nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Betrags der Hypothek geltend machen (§ 1176). Zum Schutz des ersatzberechtigten Schuldners gegen ihn benachteiligende Eingriffe des Gläubigers dienen die §§ 1165, 1166 BGB.

6. Einen besonderen Fall der Eigentümerhypothek kennt das BGB. bei der Briefhypothek. Damit der Eigentümer in der Lage ist, diese Hypothek Zug um Zug bei Empfang des Gegenwerts zu bestellen, ist bestimmt, daß der Gläubiger die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief vom Eigentümer übergeben wird. Der Übergabe ist die Vereinbarung gleichgestellt, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117; GBO. § 60). Dementsprechend sieht § 1163 Abs. 2 weiter vor, daß bis zu dem für den Erwerb des Gläubigers maßgebenden Zeitpunkte die Briefhypothek dem Eigentümer zusteht. (Denkschr. S. 216.)

7. Infolge der Bestimmungen des BGB. über die Eigentümerhypothek wird die von einer gültigen Hypothek im Grundbuch eingenommene Stelle, abgesehen von der Löschung, niemals frei und dem Einrücken der nacheingetragenen Gläubiger zugänglich. Es kann deshalb in der Zwangsversteigerung der Widerspruch gegen eine liquidierte Hypothek nicht auf den bloßen Legitimationsmangel des Liquidanten gestützt werden (RG. E. 15 S. 223, Bd 56 S. 217, 260, JW. 1903 S. 113 Nr. 49). Liquidiert z. B. der Gläubiger eine ihm für Handwerkerforderungen bestellte Sicherungshypothek zu ihrem vollen Betrage, ohne daß der Eigentümer (Subhastat) dagegen Widerspruch erhebt, so kann der nachstehende Gläubiger durch den Nachweis, daß den vorstehenden Gläubigern die Hypothek nicht für alle liquidierten Handwerkerforderungen hafte, sich nicht die Befugnis verschaffen, in die von diesen Forderungen nicht besetzte Stelle vorzurücken. Denn die Sicherungshypothek wird zu dem nicht valutierten Betrage nicht beseitigt, sondern bleibt als Grundschuld für den Eigentümer bestehen. Daraus, daß der Eigentümer dem Liquidate des Gläubigers der Sicherungshypothek nicht widersprochen hat, kann nur ihm ein Nachteil, niemals aber dem nachstehenden Gläubiger ein Vorteil erwachsen, da dieser auf den von dem Gläubiger der Sicherungshypothek beanspruchten Platz kein Recht hat. (RG. V 225. 05.)

V. Der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuld-Brief.

1. Abweichend vom § 122 der PGBO. unterstellte der Entw. I als Regelfall die Hypothek ohne Brief und bestimmte dementsprechend im § 1106, daß vor oder nach Eintragung der Hypothek durch Vertrag zwischen dem Eigentümer des Grundstücks und dem Gläubiger die Erteilung eines Hypothekenbriefs bestimmt werden könne und daß dies in das Grundbuch einzutragen sei. Übereinstimmend mit dem preuß. Rechte sollte die Erteilung eines Briefes über die Grundschuld nicht ausgeschlossen werden können (Entw. I § 1138). In erster Beziehung folgt das BGB. der preuß. Bestimmung, in der anderen behandelt es Hypothek und Grundschuld gleichförmig. Überhaupt finden die Vorschriften des BGB. und der GBO. über den Hypothekenbrief auch auf den Grundschuld- und den Rentenschuldbrief Anwendung, soweit sich nicht ein anderes daraus ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt (BGB. §§ 1192, 1199, GBO. § 70).

2. Über die Hypothek, die Grund- und die Rentenschuld wird vom Grundbuchamte von Amts wegen ein Hypothekenbrief, ein Grundschuldbrief, ein Rentenschuldbrief erteilt, wenn die Erteilung nicht durch Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und durch Eintragung ausgeschlossen wird (BGB. § 1116, GBO. 56). Wird also eine Hypothek ꝛc. schlechthin bewilligt, so ist damit eine Briefhypothek ꝛc. bestellt. Nur bei der Sicherungs-

hypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs durch das Gesetz ausgeschlossen (BGB. § 1185). Wird aber die Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt, so muß über diese ein Brief erteilt werden, wenn es nicht ausgeschlossen ist. Die Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs ꝛc. kann von vornherein oder erst nachträglich erfolgen. Auch kann die Ausschließung wieder aufgehoben werden. (BGB. § 1116; vgl. Lit. a S. 685.) Eine Bestimmung, wie sie die PGBO. im § 129 Abs. 1 dahin enthielt, daß bei einer ohne Brief eingetragenen Post nachträglich ein Brief gebildet werden müsse, wenn eine Veränderung eingetragen werde, hat weder das BGB., noch die GBO.

3. Welchen Inhalt der Hypothekenbrief ꝛc. haben muß, um als solcher gelten zu können, bestimmt § 56 Satz 2 GBO. Was der Brief außerdem enthalten soll, ist im § 57 GBO. angegeben; doch ist der Landesjustizverwaltung die Vervollständigung der Angaben vorbehalten (GBO. § 97; für Preußen vgl. §§ 37—40 AVf. v. 20. November 1899). Die nicht notwendigen Angaben, die hauptsächlich die Prüfung der Sicherheit ermöglichen sollen, dürfen fehlen, ohne daß die Gültigkeit des Briefes dadurch Einbuße erleidet. Ist eine Urkunde über die Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ausgestellt, so soll die Urkunde oder ein Auszug daraus mit dem Hypothekenbriefe verbunden werden. Zum Nachweise, daß eine Schuldurkunde nicht ausgestellt ist, genügt eine darauf (in der Form des § 29 GBO.) gerichtete Erklärung des Eigentümers. (GBO. § 58.) Über eine Gesamthypothek ꝛc. soll nur ein Brief erteilt werden. Liegen jedoch die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so soll jedes Amt für die Grundstücke seines Bezirks einen besonderen Brief erteilen; die Briefe sind miteinander zu verbinden. (GBO. § 59.) Über mehrere im Range gleichstehende oder unmittelbar aufeinander folgende Hypotheken ꝛc. desselben Gläubigers ist diesem auf seinen Antrag mit Zustimmung des Eigentümers ein Brief in der Weise zu erteilen, daß der Brief die sämtlichen Hypotheken umfaßt (GBO. § 66). Über eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, nicht auch über eine Hypothek, kann der Brief auf den Inhaber ausgestellt werden (BGB. § 1195). Für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden (BGB. § 1187); dabei ist die Erteilung des Briefes ausgeschlossen (BGB. § 1185). Wird die für den Inhaber des Briefes eingetragene Grund- oder Rentenschuld in Teile zerlegt, was die Regel bildet, so ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen (GBO. § 70 Abs. 2; über die Eintragung § 51 GBO.).

4. Der Hypothekenbrief ist nicht, wie der Wechsel, der Träger des Rechtes, über welches er ausgestellt ist (a. M. Gierke SR. S. 889 f.; vgl. auch Biermann SR. Nr. 1 zu § 1116). Er hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist abhängig vom Inhalte des Grundbuchs. Ist das Recht, worüber der Brief lautet, nicht im Grundbuch eingetragen, so hat der Brief keinen Wert. Der Brief ist aber nicht lediglich Beweisurkunde. Er vermittelt den Erwerb des eingetragenen Rechtes, über das er ausgestellt ist, und dient zur Erhöhung der Verkehrsfähigkeit des Rechtes. Die Briefhypothek ꝛc. entsteht zwar mit ihrer Eintragung, der Gläubiger erwirbt sie aber erst, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (BGB. § 1117 Abs. 1), die Berufung auf § 952 Abs. 2 steht dem Gläubiger nicht zu; bis dahin steht die Hypothek, wenngleich für den Gläubiger eingetragen, dem Eigentümer zu (BGB. § 1163 Abs. 2). Deshalb schreibt § 60 GBO. für den Fall, daß von vornherein eine Briefhypothek ꝛc. begründet wird, die Aushändigung des Briefes an den Eigentümer vor, wenn nicht von diesem eine abweichende Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBO. getroffen ist, z. B. durch die Vereinbarung mit dem Gläubiger, daß dieser berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (BGB. § 1117 Abs. 2). Die Übergabe des Briefes kann nicht allein durch körperliche Besitzübertragung (BGB. § 854), sondern auch in jeder Weise erfolgen, die zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen genügt (BGB. § 1117 Abs. 1 Satz 2, § 929 Satz 2, §§ 930, 868, 688, 931, 398 ff.). Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei (BGB. § 1117 Abs. 3); der Eigentümer

hat also das Gegenteil zu beweisen. Ist die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, so steht dem Gläubiger nach § 873 BGB. die Hypothek schon von der Eintragung an zu und gehört ihm daher, falls nachträglich ein Brief erteilt wird, gemäß § 952 Abs. 2 der Brief schon vor der Aushändigung. Mit dieser Regelung im Einklange bestimmt § 60 GBO., daß der Brief im Falle der nachträglichen Erteilung dem Gläubiger auszuhändigen ist, wenn nicht von diesem eine abweichende Bestimmung formgerecht getroffen ist.

Zur Abtretung der Briefhypothek ꝛc. ist erforderlich, daß der bisherige Gläubiger den Brief dem neuen Gläubiger übergibt. Die Übergabe des Briefes kann durch nichts, auch nicht durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch, ersetzt werden (BGB. §§ 1154, 1155). Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann die Abtretung erst wirksam erfolgen, nachdem der Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt oder infolge des Ausschlusses des Gläubigers mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens kraftlos geworden (BGB. §§ 1162, 1170 Abs. 2 Satz 2, § 1171 Abs. 2 Satz 2) und an seiner Stelle vom Grundbuchamt ein neuer Brief erteilt ist (GBO. § 68). Die Erteilung des neuen Briefes ist im Grundbuche zu vermerken (GBO. § 68 Abs. 3). Die Eintragung der Abtretung soll nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt oder auf Grund des ergangenen Ausschlußurteils die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird (GBO. § 42). Die Eintragung der Abtretung ist vom Grundbuchamt auf dem Briefe zu vermerken (GBO. § 62). Wird eine Hypothek ꝛc. geteilt, so kann für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief ꝛc. hergestellt werden, der für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes tritt. Zu dieser Operation bedarf es der Zustimmung des Eigentümers auch dann nicht, wenn das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander geändert wird. (BGB. §§ 1151, 1152.) Wie der Teilhypothekenbrief ꝛc. hergestellt wird, bestimmt § 61 GBO. Die Verpfändung von Hypotheken ꝛc. und die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Hypothek ꝛc. erfolgen nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (BGB. §§ 1274, 1291, 1069, 1080; vgl. Nr. 6 S. 695 ff.). Über die Pfändung und Überweisung von Briefhypotheken im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. Lit. b S. 689 ff.

Ohne Übergabe des Briefes erfolgt die Übertragung der Briefhypothek ꝛc. kraft Gesetzes (vgl. Lit. c S. 693), ihr Übergang auf den Erben (vgl. Lit. d S. 694) und auf das Gesamtgut der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (vgl. Lit. e S. 695). Die Eintragung solcher Übertragung bezw. solchen Übergangs in das Grundbuch stellt eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894 BGB. dar. Dazu bedarf es der Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamte (GBO. § 42), welche von dessen Besitzer verlangt werden kann (BGB. § 896).

5. Abgesehen von dem Erwerb und der Übertragung der Briefhypothek ꝛc. (vgl. Nr. 4), bedarf der Gläubiger zur Geltendmachung seines Rechtes des Briefes in folgenden Fällen. Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger den Hypothekenbrief ꝛc. nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grund unverzüglich zurückweist (BGB. § 1160 Abs. 2). Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers Aushändigung des Hypothekenbriefs ꝛc. und, wenn er den Gläubiger nur teilweise befriedigt, von diesem die Vermerkung der teilweisen Befriedigung auf dem Briefe und die Vorlegung des Hypothekenbriefs ꝛc. zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung beim Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs bei dem Grundbuchamt, einem Gericht oder einem Notar verlangen (§§ 1144, 1145; GBO. § 61). Dasselbe Recht hat, wer den Gläubiger im Falle des § 268 befriedigt (§ 1150), ferner der persönliche Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, falls er die Hypothek ꝛc. erwirbt oder ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat (§ 1167). Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigentümer die Rechte zu, wie in dem Falle, daß er den Gläubiger teilweise befriedigt (§ 1168 Abs. 3). Der Geltend-

machung der Briefhypothek ꝛc. kann widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt (§ 1160 Abs. 1). Bei einer Briefhypothek ꝛc. soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird, damit darauf die Eintragung vermerkt werden kann (GBO. §§ 42, 62). Nur bei der Eintragung eines Widerspruchs bedarf es der sofortigen Vorlegung des Briefes in gewissen Fällen nicht (GBO. § 42 Abs. 1 Satz 2, § 54 Abs. 2); der Besitzer des Briefes ist aber zur Vorlegung vom Grundbuchamt anzuhalten (GBO. § 62 Abs. 2). Dem Gläubiger ist im Zwangsversteigerungsverfahren der ihm zugeteilte Betrag des Meistgebots nur gegen Vorlegung des Briefes oder des Ausschlußurteils, wodurch der Brief im Aufgebotsverfahren für kraftlos erklärt ist, auszuzahlen (ZVG. §§ 126, 136).

6. Weicht der Inhalt des Hypothekenbriefs ꝛc. vom Inhalte des Grundbuchs ab, so entscheidet das Buch. Dagegen kann der Hypothekenbrief ꝛc. im einzelnen Falle die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausschließen, nämlich dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief ꝛc. oder einem darauf befindlichen Vermerke hervorgeht. Vgl. § 1140 BGB. mit Anm.

7. Aus den Zwecken, welchen der Hypothekenbrief ꝛc. dient, ergibt sich, daß, solange eine Briefhypothek ꝛc. als solche besteht, auch ein Brief dazu vorhanden sein muß. Fehlt der Brief, so ist die Hypothek nicht mehr verkehrsfähig. Ist der erteilte Brief für kraftlos erklärt oder kraftlos geworden (§§ 1162, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2), so kann eine Verfügung über die Hypothek wirksam erst dann getroffen werden, wenn ein neuer Brief erteilt ist. Demgemäß darf eine Eintragung bei einer Briefhypothek nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt oder in den Fällen der §§ 1162, 1170, 1171 BGB. auf Grund des Ausschlußurteils die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird (GBO. §§ 42, 67). Nur wenn die Hypothek durch Löschung aufgehoben oder die Erteilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen werden soll, bedarf es eines neuen Briefes nicht; dann genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils (GBO. § 42 Abs. 2 Satz 2). Aus der Abhängigkeit des Briefes von dem Rechte, worüber er erteilt ist, folgt, daß der Brief fortdauernd mit dem Grundbuch in Übereinstimmung gehalten werden muß. Jede Eintragung, die bei der Hypothek ꝛc. erfolgt, muß auf dem Briefe vom Grundbuchamte mit Siegel und Unterschrift vermerkt werden. Ist die Eintragung eines Widerspruchs ausnahmsweise ohne gleichzeitige Vorlegung des Briefes zulässig (GBO. § 42 Abs. 1 Satz 2, § 54), so muß doch nachträglich der Widerspruch auf dem Briefe vermerkt werden (GBO. § 62). Ändert sich der Inhalt des Grundbuchs, so muß der dem Briefe beigegebene Auszug aus dem Grundbuch auf Antrag ergänzt werden (GBO. § 57 Abs. 3). Tritt nachträglich ein anderes Grundstück in die Mithaft ein, das im Bezirke desselben Grundbuchamts liegt, so ist, falls nicht die Erteilung eines neuen Briefes über die Gesamthypothek beantragt wird, die Mitbelastung auf dem bisherigen Briefe zu vermerken und der Inhalt des Briefes in Ansehung des anderen Grundstücks zu ergänzen (GBO. § 63). Liegt das in die Mithaft eintretende Grundstück im Bezirk eines anderen Grundbuchamts, so muß von diesem Amte für das Grundstück seines Bezirks ein besonderer Brief erteilt werden, der mit dem anderen Briefe zu verbinden ist (§ 59 Abs. 2). Wird eine Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke verteilt (BGB. §§ 1132 Abs. 2, 1172 Abs. 2, 1175), so muß für jedes Grundstück ein neuer Brief erteilt werden (GBO. § 64). Tritt nach § 1177 Abs. 1 BGB. eine Grundschuld an die Stelle der Hypothek oder wird eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld in eine andere Belastungsart umgewandelt, oder wird an die Stelle der Forderung, für welche eine Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt, so muß entweder ein neuer Brief erteilt oder der bisherige in Übereinstimmung mit der Rechtsänderung gebracht werden (vgl. Nr. 2 S. 685). — Über die Hypothek ꝛc. wird nur ein Brief erteilt; Duplikate gibt es nicht. Bei einer Gesamthypothek werden, auch wenn die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter belegen sind, die von den verschiedenen Ämtern erteilten Briefe miteinander zu einem Briefe verbunden (GBO. § 59). Von den bei der Teilung

der Briefhypothek ꝛc. herzustellenden Teilhypothekenbriefen tritt ein jeder für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes (BGB. § 1152), so daß auch für jede Teilhypothek nur ein Brief besteht. Umgekehrt ist es zulässig, daß für mehrere im Range gleichstehende oder unmittelbar aufeinander folgende Hypotheken ꝛc. desselben Gläubigers ein einziger, sämtliche Hypotheken umfassender Brief erteilt wird (GBO. § 66). — Wird das Recht, worüber der Brief erteilt ist, durch Löschung aufgehoben, so verliert damit auch der Brief seine Bedeutung; er wird deshalb unbrauchbar gemacht (GBO. § 69). Im Zwangsversteigerungsverfahren ist die Löschung der durch den Zuschlag erloschenen Hypotheken ꝛc. von der Vorlegung der darüber erteilten Briefe nicht abhängig (ZVG. §§ 131, 52, 91, 130). Wird der Brief vorgelegt, so hat das Gericht ihn unbrauchbar zu machen; ist das Recht nur zum Teile erloschen, so ist dies auf dem Briefe zu vermerken und der Brief dem, der ihn eingereicht hat, zurückzugeben. Wird der Brief nicht vorgelegt, so kann das Gericht ihn von dem Berechtigten einfordern (das. § 127 Abs. 1).

VI. **Bestehende Hypotheken und Grundschulden.**

A. Abweichend vom Grundsatze des Art. 184 Satz 1 EG. z. BGB., wonach Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit ihrem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte bestehen bleiben, gelten nach Art. 192 ff. das. die zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehenden Pfandrechte — dazu gehören antichretische Pfandrechte an Grundstücken nicht, RG. E. 47 S. 56 — als Hypotheken und die zu dieser Zeit bestehenden Grundschulden als Grundschulden des neuen Reichsrechts, damit den Übelständen begegnet wird, die entstehen würden, wenn Pfandrechte mit ihrem bisherigen Inhalte mit Hypotheken oder Grundschulden des BGB. zusammentreffen. Es ist daher im Art. 192 Abs. 1 die für die Mehrzahl der bestehenden Hypotheken zutreffende Regel aufgestellt, daß diese künftig als Normalhypotheken im Sinne der §§ 1113 ff. BGB. beurteilt werden, und daß sie, wenn der Betrag der gesicherten Forderung nicht bestimmt ist, als Sicherungshypotheken im Sinne des § 1190 Abs. 1 BGB. zu behandeln sind. Die Korrektur dieser Regel ist in Berücksichtigung der partikular-rechtlichen Verschiedenheiten im Art. 193 den Landesgesetzen vorbehalten, wodurch eine Hypothek, für die eine Urkunde vorhanden ist, zu einer Briefhypothek und die Urkunde zu einem Hypothekenbriefe im Sinne der §§ 1116 ff. BGB. gemacht und die Behandlung einer Hypothek als Sicherungshypothek (BGB. §§ 1184 ff.) bestimmt werden kann. Notwendig ist nur die Unterordnung unter eine der Kategorien des BGB. und ausgeschlossen bleibt die Aufrechterhaltung des dem bisherigen Rechte entsprechenden Rechtsinhalts. Der Abs. 2 des Art. 192 trägt, im Anschluß an die Bestimmung des Art. 60, den Fällen der sog. Revenüenhypothek Rechnung. Vom Vorbehalt im Art. 194 ist in Preußen kein Gebrauch gemacht. Die Gleichstellung der bestehenden Grundschuld mit der Grundschuld der §§ 1191 ff. BGB. im Art. 195 rechtfertigt sich durch die Ähnlichkeit beider und durch die Gründe, die zu den Vorschriften des Art. 192 geführt haben. Es ist nicht verkannt, daß eine solche Regelung in bestehende Rechte eingreift und daß dadurch die Stellung des Eigentümers und der sonstigen Realberechtigten in mancher Hinsicht ungünstiger werden kann, z. B. durch die bei Anwendung des § 1119 BGB. eintretende höhere Zinsbelastung; man hielt sie jedoch bei Hypotheken nicht für bedenklich, weil der Zweck der Hypothek, die Ermöglichung der sicheren Beitreibung eines Geldbetrags, nur in geringem Maße und praktisch wenig fühlbar durch die Anpassung beeinträchtigt werde, auch eine drückende Erschwerung der Lage des Eigentümers und der sonstigen Realberechtigten nicht zu besorgen sei. (Nach dem Mot. z. EG. S. 273—275.) Aber nur solche Pfandrechte sind umgewandelt, welche bei der Anlegung des Grundbuchs nach den Bestimmungen des bisherigen Rechtes als solche bestanden. Waren sie, wenn auch noch in den Pfandbüchern eingetragen, in diesem Zeitpunkte bereits erloschen, so bleiben sie erloschen und können im Wege der Berichtigung des Grundbuchs nur gelöscht werden. Ob ein Pfandrecht bestand oder erloschen war, bestimmt sich gemäß Art. 189 EG. z. BGB.

nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes (RG. V 460. 03). Wohl zu beachtende Folgen der Überleitung der bestehenden Hypotheken und Grundschulden in die Belastungsformen des BGB. bestehen darin, daß dem Gläubiger einer übergeleiteten Hypothek oder Grundschuld alle Rechte zustehen, die dem Gläubiger einer nach dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Hypothek oder Grundschuld gebühren (RG. E. 47 S. 158, JW. 1902 S. 122) und daß alle Veränderungen, die bei den bestehenden Hypotheken ꝛc. nach der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eintreten oder vorgenommen werden, nach den Vorschriften beurteilt werden müssen, die das BGB. für die betreffende Kategorie der Belastungen gibt (vgl. RG. E. 47 S. 229). Für die Entstehung der Hypothek ist nicht das neue, sondern dasjenige Recht entscheidend, unter dessen Herrschaft die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt ist (RG. E. 52 S. 111). Über die Zeit, zu welcher in Preußen das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, vgl. Nr. 3 S. 93.

Das Einführungsgesetz zum BGB. bestimmt:

Art. 192. Ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist. Ist der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek.

Ist das Pfandrecht dahin beschränkt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, so bleibt diese Beschränkung bestehen.

Art. 193. Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein Pfandrecht, welches nach Art. 192 nicht als Sicherungshypothek gilt, als Sicherungshypothek oder als eine Hypothek gelten soll, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, und daß eine über das Pfandrecht erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

Art. 194. (Kommt für Preußen nicht in Betracht.)

Art. 195. Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Grundschuld gilt von dieser Zeit an als Grundschuld im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und eine über die Grundschuld erteilte Urkunde als Grundschuldbrief. Die Vorschrift des Art. 192 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß eine zu der im Abs. 1 bezeichneten Zeit bestehende Grundschuld als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, aber als Sicherungshypothek gelten soll und daß eine über die Grundschuld erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

Nach Art. 192 EG. soll jedes an einem Grundbuche bestehende Pfandrecht, auch wenn es nach dem bisherigen Rechte der Eintragung nicht bedurfte und nicht eingetragen war und nach BGB. eintragungspflichtig sein würde (RG. JW. 1904 S. 403), in einer der im BGB. anerkannten Belastungsformen aufrecht erhalten bleiben, mag es auch ein dem BGB. fremdes Rechtsgebilde sein, wie die Revenüenhypothek (Art. 192 Abs. 2). Nur Rechte, die in den früheren Landesgesetzen nicht als Pfandrecht anerkannt waren, sind mit der Anlegung des Grundbuchs untergegangen. Hierzu gehören in Preußen die nicht valutierten Hypotheken nicht; denn auch die für eine nicht zur Entstehung gelangte Forderung bestellte Hypothek entbehrte nicht der pfandrechtlichen Wirkung. Solche Hypotheken sind mit dem infolge der Anlegung des Grundbuchs erfolgten Inkrafttreten des BGB. nach §§ 1163, 1177 BGB. in Grundschulden neuen Rechtes umgewandelt. (RG. E. 48 S. 48, Bd 51 S. 398; anders KG. JW. 20 S. A 311, 316). Eine Hypothek, die unter der Herrschaft des bisherigen preuß. Rechtes (EigG. §§ 63 ff.) noch nicht zur Verfügung des Eigentümers gekommen ist, steht, als ein lediglich infolge der neuen Gesetzgebung eintretender Erwerb, dem zu, welcher in dem Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs Eigentümer des belasteten Grundstücks war. Stand das Grundstück im Miteigentume mehrerer nach Bruchteilen, so wird der auf jeden Miteigentümer fallende Betrag der Hypothek durch den ihm am Grundstücke gebührenden Eigentumsbruchteil bestimmt. (RG. E. 51 S. 398.) Der Grundsatz, daß eine unter der Herrschaft des bisherigen preuß. Rechtes nicht valutierte Hypothek nach dem Inkrafttreten

des neuen Liegenschaftsrechts zu einer Eigentümergrundschuld geworden ist, gilt dann nicht, wenn die Hypothek beim Inkrafttreten des BGB. wegen einer ihr unterliegenden Forderung nicht nur nicht rechtwirksam bestand, sondern auch durch nachträgliche Valutierung oder Unterlegung einer Forderung nicht mehr rechtwirksam werden konnte, wenn nämlich der Eigentümer vor dem Inkrafttreten des BGB. das Pfandgrundstück veräußert und damit das Recht verloren hatte, über das Pfandgrundstück zu verfügen und die Hypothek zur Konvaleszenz zu bringen (RG. E. 27 S. 173, Bd 32 S. 225, Bd 44 S. 295, Gruch. 47 S. 672). Hierin ändert auch der Umstand nichts daß der Erwerber des Pfandgrundstücks die unwirksame Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hatte (RG. E. 32 S. 222). Das RG. hat bisher nur hierauf aufmerksam gemacht, ohne eine Entscheidung zu treffen (Gruch. 47 S. 112).

Selbstverständlich sind Hypotheken und Grundschulden des bisherigen Rechtes, die wegen gänzlichen Fehlens oder wegen formeller oder materieller Ungültigkeit der Eintragungsbewilligung (RG. E. 23 S. 271; Bd 52 S. 111, Bd 54 S. 83), oder die wegen eines Mangels im Eigentume des Verpfänders nichtig (Turnau I S. 770 Nr. 22), oder welche gemäß §§ 103—107 PGBO. lediglich zum Zwecke der Löschung aufgeboten oder infolge der Zwangsversteigerung erloschen waren (ZVG. v. 1883 § 22 Abs. 3, § 124 Abs. 1 Nr. 2, § 125; PEigG. § 42 Abs. 2), infolge der neuen Gesetzgebung nicht wieder aufgelebt, sondern nur löschungsfähig geblieben.

Eine Kautionshypothek des bisherigen preuß. Rechtes (EigG. § 24) gilt von der Zeit an, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in vollem Umfange des eingetragenen Höchstbetrags als Sicherungshypothek des § 1190 BGB., vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist, noch fortbesteht und also Forderungen aus ihm noch entstehen können. Sie wird unter den gleichen Vorbedingungen, wie eine gewöhnliche Hypothek, zu einer Eigentümerhypothek, ohne daß es dazu (wie bisher; Turnau I S. 384, 535) der vorgängigen Umschreibung in eine Hypothek mit fest bestimmtem Betrage bedarf (vgl. Anm. 10 zu § 1190 BGB.). Ist über sie ein Hypothekenbrief erteilt, so bleibt sie nicht Briefhypothek, sondern wird Buchhypothek (§ 1185); der Brief hat keine Geltung mehr und auch keine Bedeutung für die Abtretung, die nur durch Eintragung in das Grundbuch erfolgen kann (§ 1154 Abs. 3). Sind Forderungen für den Gläubiger aus dem Rechtsverhältnisse, zu dessen Sicherung die Kautionshypothek dient, bereits entstanden, so steht ihm in Höhe ihres Betrags nach der Anlegung des Grundbuchs an Stelle der bisherigen Kautionshypothek eine Höchstbetragshypothek des BGB. (§ 1190) zu. Sind in dem kritischen Zeitpunkte noch keine Forderungen entstanden oder die entstandenen getilgt und ist es ausgeschlossen, daß aus dem Rechtsverhältnisse, das durch die Kautionshypothek gesichert werden soll, Forderungen zur Entstehung kommen, weil das Rechtsverhältnis (z. B. die vormundschaftliche Verwaltung des Mündelvermögens, die Errichtung eines Gebäudes) beendet ist, so stellt die Kautionshypothek kein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 EG. z. BGB. dar, sie ist und bleibt erloschen und eignet sich nur zur Löschung. (RG. JW. 21 S. A 150; RG. E. 49 S. 162, Bd 52 S. 59, 111, 411, Bd 55 S. 217, 378; Planck 6 S. 339 Nr. 3; Stegemann in Gruch. 46 S. 322). Sind z. B. die entstandenen Forderungen vor dem kritischen Zeitpunkte durch Hingabe und Annahme von Wechseln an Zahlungs Statt getilgt, so ist zu ihrem Betrage die Hypothek erloschen. Sind dagegen die nach jenem Zeitpunkte fälligen Wechsel dem Gläubiger nur Zahlungshalber gegeben, so bestehen die Forderungen fort, die Kautionshypothek wandelt sich zu ihrem Betrage mit der Anlegung des Grundbuchs in eine Höchstbetragshypothek des § 1190 BGB. um und der Eigentümer erwirbt diese durch Einlösung der Wechsel als Grundschuld. (RG. E. 52 S. 411.) Da in Sachsen das Grundbuch mit dem 1. Januar 1900 als angelegt angesehen ist (Sächs. AusfVerord. z. BGB. v. 26. Juli 1899 § 1), so gilt dort eine ältere Kautionshypothek seit dem 1. Januar 1900 als Sicherungshypothek des BGB. (RG. E. 55 S. 217). Wer auf eine angeblich zur Eigentümerhypothek gewordene Kautions-

hypothek auf Grund einer Zession des Eigentümers oder einer gegen ihn ergangenen Pfändung und Überweisung Anspruch macht, muß nachweisen entweder, daß das Kreditverhältnis, das durch die Kautionshypothek gesichert werden soll, auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes fortbestanden hat, oder daß aus ihm unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes Ansprüche für die Kautionsgläubiger begründet sind, die erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtes ihre Erledigung gefunden haben. (RG. E. 55 S. 378.)

Ist eine Kautionshypothek für eine in ihrer Höhe limitierte Forderung zu einem über diese hinausreichenden Betrage bestellt, z. B. eine Hypothek von 3000 M. für eine Forderung von 1500 M., und ergibt sich aus der Eintragungsbewilligung und dem mit ihr im Zusammenhange stehenden Schuldverhältnisse, daß der Eigentümer auch nicht mehr als 1500 M. hat bewilligen wollen und daß die Forderung nicht über diesen Betrag hinaus anwachsen konnte, so ist die Eintragungsbewilligung perplex und insoweit, als sie über mehr als 1500 M. erteilt ist, unwirksam (vgl. ALR. I. 4 132 u. I. 12 § 64), und soweit die Ungültigkeit der Eintragsbewilligung reicht, ist auch die auf Grund derselben eingetragene Hypothek nach bisherigem preuß. Rechte — anders nach BGB., vgl. S. 99 f. Nr. 5 u. S. 113 Nr. 7 b — nicht entstanden und das Grundstück damit nicht belastet. Da in solchem Falle eine Forderung von 1500 M. bis zum Inkrafttreten des neuen Rechtes nicht entstanden ist und auch nicht entstehen konnte, war die Hypothek zu dem 1500 M. übersteigenden Betrage nur ein Scheinrecht, nicht aber ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 EG. z. BGB.; sie ist nicht auf den Eigentümer übergegangen und dieser kann nur ihre Löschung verlangen, nicht aber die überschießenden 1500 M. bei der Kaufgelderverteilung für sich liquidieren, vielmehr sind die nacheingetragenen Gläubiger vorgerückt und können die 1500 M. für sich beanspruchen. (RG. E. 52 S. 111.) Über die Unterschiede der bisherigen Kautionshypothek und der Höchstbetragshypothek des BGB. vgl. Anm. II zu § 1190 BGB.

Über das Schicksal der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek des bisherigen preuß. Rechtes hat das PAG. z. BGB. keine Bestimmung; denn eine Hypothek war sie nicht, ihr Inhalt erschöpfte sich vielmehr in der durch die Eintragung dinglich gesicherten Anwartschaft auf den künftigen Erwerb einer Hypothek. Die Vorschriften des Art. 192 EG. z. BGB., durch welche die Rechte der Pfandgläubiger nicht erweitert, sondern nur erhalten werden sollen, passen auf die Vormerkung nicht. Der rechtlichen Natur der Vormerkung würde am besten eine Sicherungshypothek entsprechen. Für Preußen ist aber nicht, wie es in Bayern geschehen, die Umwandlung der Vormerkung in eine Sicherungshypothek bestimmt. Der Art. 192 Abs. 1 Satz 2 ist auf die Vormerkung ohne weiteres nicht anwendbar, weil darin eine Forderung vorausgesetzt wird, deren Betrag nicht bestimmt ist, was bei der Vormerkung nicht zutrifft. Als Buchhypothek kann sie nach Art. 192 Abs. 1 Satz 1 nicht gelten, weil eine Forderung, für die eine Buchhypothek besteht, nur den aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen, dem Gläubiger unbekannten Einreden des Schuldners nicht unterliegt, während die durch Vormerkung gesicherte Forderung noch nicht feststeht und daher allen Einreden ausgesetzt ist. Dies gilt insbesondere, wie RGer. u. KGer. annehmen, bezüglich der Geldforderungen, für die im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 6 Abs 3 und § 7 ZVG. v. 1883 Vormerkungen eingetragen sind. Diese Vormerkungen haben sich nicht gemäß Art. 192 EG. z. BGB. mit der Anlegung des Grundbuchs in Buchhypotheken verwandelt. Als Verkehrshypotheken des BGB., für welche die Vermutung des Bestehens der Forderung begründet ist (BGB. §§ 1138, 891), können sie unmöglich gelten, weil die vorläufig vollstreckbare Forderung noch nicht feststand und ihr Bestehen in höherer Instanz verneint werden konnte, und weil gegen die Forderung aus einer vollstreckbaren Urkunde Einwendungen ohne alle Beschränkung erhoben werden konnten (ZPO. § 705 ä. F. jetzt § 797). Während das KGer. (mit Neumann 3 S. 1475 Nr. III 2) auf die Vormerkungen entweder den Art. 184 oder den Art. 179 EG. z. BGB. zur Anwendung bringen will, sieht das RGer. sie als Ansprüche aus einem persönlichen Schuldverhältnis an, die durch Eintragung in ein öffentliches Buch Wirksamkeit gegen Dritte erlangt haben, und unterwirft sie lediglich dem Art. 179 daf. Die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek erforderte nach den bisherigen preuß. Vorschriften im Falle des § 6 Abs. 3 ZVG. v. 1883 einen neuen auch gegen den jeweiligen

Eigentümer vollstreckbaren Schuldtitel und im Falle des § 7 das. die unbeschränkt vollstreckbare Ausfertigung des bisher nur für vorläufig vollstreckbar erklärten Schuldtitels. Zweifel bestanden darüber, ob und in welcher Weise sich der Gläubiger im Falle des § 6 Abs. 3 den zur Umschreibung erforderlichen vollstreckbaren Schuldtitel verschaffen könne (Turnau I S. 337). Das RGer. hat ausgesprochen: „Der Schuldner war verpflichtet, die Umschreibung der Vormerkung in eine definitive Hypothek zu bewilligen, sobald der die Eintragung einer bloßen Vormerkung veranlassende Grund weggefallen war, d. h. sobald entweder durch Anerkenntnis oder rechtskräftiges Urteil das Nichtbestehen von Einwendungen festgestellt wurde oder der Gläubiger sich durch Eintragung des der vollstreckbaren Urkunde zugrunde liegenden Anspruchs ein rechtskräftiges Urteil über den letzteren verschaffte. An dieser Verpflichtung wurde durch eine Veräußerung des belasteten Grundstücks nichts geändert." Das RGer. hat weiter entschieden, daß für die Klage, mit welcher der Anspruch aus der Vormerkung geltend gemacht wird, gegen den Schuldner der persönliche Gerichtsstand, und für die Klage gegen den Eigentümer nicht der ausschließliche dingliche Gerichtsstand (ZPO. § 24), sondern der Gerichtsstand nach § 26 ZPO., wonach dem Kläger die Wahl zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Gerichtsstande zusteht, begründet ist. Ferner, daß jetzt nur die Bewilligung der Umschreibung der Vormerkung in eine Sicherungshypothek gefordert werden kann, weil die ZPO. als Zwangshypothek ausschließlich die Sicherungshypothek kennt. Endlich, daß die Umschreibung in eine Gesamthypothek verlangt werden darf, wenn die Vormerkung auf mehreren Grundstücken eingetragen ist, weil die Beschränkung des § 867 Abs. 2 ZPO., wonach jetzt der Betrag der Forderung auf die mehreren Grundstücke verteilt werden muß, nach dem bisherigen Rechte nicht gegolten habe. (KG. JW. 22 S. A 178; RG. E. 52 S. 40; Planck 6 S. 337 Lit. d; abweichend Habicht § 44 Nr. III F 3, Oberneck S. 24 Lit. C a.)

B. Die in den Art. 193, 135 EG. zugunsten der Landesgesetze gemachten Vorbehalte haben für Preußen ihre Erledigung durch die Bestimmungen des Art. 33 AG. z. BGB. gefunden. Darin ist lediglich von den Vorbehalten im Art. 193 EG. Gebrauch gemacht, den Vorbehalten in dem Art. 194 und im Abs. 2 des Art. 195 entsprechende Bestimmungen sind nicht getroffen. Der Art. 33 AG. lautet:

§ 1. Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Hypothek gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, wenn über sie nach den geltenden Vorschriften ein Hypothekenbrief gebildet oder zu bilden ist. Ein vor der bezeichneten Zeit gebildeter Hypothekenbrief gilt als Hypothekenbrief im Sinne der Reichsgesetze.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auf Kautionshypotheken keine Anwendung.

§ 2. Im ursprünglichen Geltungsbereiche der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 sowie in Ostfriesland und Harlingerland, in der Niedergrafschaft Lingen und in den ehemals münsterschen Ortschaften der Provinz Hannover steht ein vor dem Inkrafttreten der Grundbuchordnung gebildetes Hypotheken-Instrument einem später gebildeten Hypothekenbriefe gleich.

In den übrigen Landesteilen erfolgt die nach den geltenden Vorschriften zulässige Erteilung eines Hypothekenbriefs kostenfrei, wenn sie vor der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, beantragt wird. Ist wegen Unterlassung des Antrags die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen, so werden im Falle nachträglicher Aufhebung der Ausschließung für die Eintragung der Aufhebung sowie für die gerichtliche Beurkundung oder Beglaubigung der Eintragungsbewilligung und für die Erteilung des Briefes Kosten nicht erhoben, wenn die Eintragung innerhalb eines Jahres nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beantragt wird.

§ 3. Im bisherigen Geltungsbereiche des Gesetzes über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel rc. vom 29. Mai 1873 (GesS. S. 273) gelten für die vor dem 1. Juli 1874 errichteten und nicht in Hypotheken des preußischen Rechtes umgewandelten Hypotheken folgende Vorschriften:

1. Bis zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, wird bei der Hypothek auf Antrag eines Gläubigers, dem eine ihr gleich- oder nachstehende Hypothek oder Grundschuld zusteht, ein Widerspruch gegen das Bestehen der Hypothek kostenfrei eingetragen. Zur Eintragung genügt der Antrag des Gläubigers.
2. Soweit zu der unter Nr. 1 bezeichneten Zeit die Hypothek noch besteht, gilt sie von dieser Zeit an als Sicherungshypothek, auch wenn der Betrag der gesicherten Forderung bestimmt ist.
3. Auf die Hypothek finden in Ansehung der Ausschließung des unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens die Vorschriften des § 1170 BGB. auch insoweit Anwendung, als die Hypothek zu der unter Nr. 1 bezeichneten Zeit nicht mehr besteht. Ein Gläubiger, dem zu dieser Zeit eine der Hypothek gleich- oder nachstehende Hypothek oder Grundschuld zusteht, kann nach der Erlassung des Ausschlußurteils die Löschung der Hypothek in gleicher Weise verlangen, wie wenn zur Sicherung des Rechtes auf Löschung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wäre.

   Wird das Aufgebotsverfahren vor dem Ablaufe von zwei Jahren nach der bezeichneten Zeit beantragt, so werden für das Verfahren und für die Löschung der Hypothek Gebühren nicht erhoben.
4. Soll die Hypothek nach § 1186 BGB. in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden, so werden für die Eintragung der Umwandlung sowie für die gerichtliche Beurkundung oder Beglaubigung der Eintragungsbewilligung und für die Erteilung eines Hypothekenbriefs Gebühren nicht erhoben, wenn die Umwandlung innerhalb eines Jahres nach der unter Nr. 1 bezeichneten Zeit beantragt wird.

§ 4. Die nach den Vorschriften des rheinischen Bürgerlichen Gesetzbuchs begründeten Privilegien und Hypotheken, die zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht durch Einschreibung im Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuche wirksam geworden sind, verwandeln sich in Ansprüche auf Bestellung einer Sicherungshypothek, soweit nicht im Artikel 56 § 9 ein anderes bestimmt ist. Gerichtliche Hypotheken dieser Art erlöschen, unbeschadet der dem Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den reichsgesetzlichen Vorschriften zustehenden Befugnisse.

Privilegien und Hypotheken an Nießbrauchsrechten verwandeln sich, wenn sie zu der im Abs. 1 bezeichneten Zeit wirksam geworden sind, in Pfandrechte an dem Nießbrauch, anderenfalls in Ansprüche auf Bestellung eines Pfandrechts; die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

Folgende nach Anleitung der Begründung und dem Kommissionsberichte des AbgH. gemachte Zusammenstellung versucht ein Bild von der Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmungen zu geben.

1. Von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gelten als Hypotheken im Sinne der Reichsgesetze:

a. die unter der Herrschaft der PGrundbuchgef. v. 5. Mai 1872 begründeten Hypotheken; sie gelten als Briefhypotheken und der bisherige Hypothekenbrief gilt als solcher des neuen Reichsrechts, wenn von vornherein oder nachträglich gemäß §§ 122, 129 Abs. 2 PGBO. ein Hypothekenbrief erteilt ist; andernfalls, also wenn auf Erteilung des Hypothekenbriefs verzichtet und auch nicht nachträglich ein Brief gebildet ist (§§ 122, 129 daf.), gelten sie als Buchhypotheken. (AG. Art. 33 § 1 Abs. 1.) Eine ausdrücklich für ein verzinsliches Darlehen bestimmten Betrags eingetragene Briefhypothek alten Rechtes hat sich mit Anlegung des Grundbuchs wenigstens äußerlich in eine gewöhnliche Briefhypothek des BGB. umgewandelt, mag sie auch in Wirklichkeit ganz oder teilweise nur als Sicherungshypothek für noch zu begründende Forderungen bestanden haben. Inhaltlich hat sie freilich, soweit in jenem Zeitpunkte die Darlehnsforderung nicht entstanden war, gemäß § 1177 BGB. nur die Bedeutung einer Grundschuld des Eigentümers (RG. E. 50 S. 77).

b. die vor dem Inkrafttreten der PGBO. in den Landesteilen, in denen die HypO. v. 20. Dezember 1783 Geltung hatte, also in dem ursprünglichen Geltungsbereiche der PGBO. — in den Provinzen Brandenburg, Pommern mit Ausschluß von Neuvorpommern und Rügen, Preußen, Schlesien Posen, Sachsen, Westfalen und in den Kreisen Essen, Rees und Duisburg der Rheinprovinz — sowie in den im Art. 33 § 2 Abs. 1 bezeichneten Teilen der Prov. Hannover begründeten Hypotheken; sie gelten als Briefhypotheken und die über die Hypothek erteilte Urkunde (Hypothekeninstrument) als Hypothekenbrief neuen Rechtes, wenn entweder von vornherein oder nachträglich die Bildung eines Instruments erfolgt ist (AG. Art. 33 § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1);

c. in den Landesteilen, in denen die PGrundbuchgef. v. 1872 nachträglich eingeführt sind, die vor deren Inkrafttreten begründeten Pfandrechte, die infolge ihrer Eintragung in das Grundbuch, vorbehaltlich der Rangordnung unter einander, die Wirkungen einer unter dem Grundbuchrechte v. 1872 begründeten Hypothek erlangt haben. Diese Pfandrechte behalten ihren Charakter als Briefhypotheken nur dann, wenn der Gläubiger von dem ihm durch die EinfGes. v. 23. März 1873 für das Jadegebiet (§ 24), v. 27. Mai 1873 für Schleswig-Holstein (§ 18), v. 28. Mai 1873 für Hannover (§ 41), v. 31. Mai 1873 für Hohenzollern (§ 12), v. 12. April 1888 für Rheinland (§ 61), v. 19. August 1895 für Frankfurt (§ 61) und vom 8. Juni 1896 für Lauenburg (§ 51) bei älteren Pfandrechten gegebenen, bisher zeitlich nicht beschränkten, Rechte, unter Einreichung der alten Hypothekenurkunden oder für Hohenzollern der mit Ingrossationsvermerk versehenen Schuldurkunden oder für Rheinland der mit dem Einschreibungsvermerke versehenen Schuldurkunden die Ausfertigung von Hypothekenbriefen nach Maßgabe der Vorschriften der GBO. v. 1872 zu beantragen, bereits zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Gebrauch gemacht, also bis zu dieser Zeit einen neuen Hypothekenbrief erhalten oder wenigstens die Bildung eines solchen beantragt hat. (AG. Art. 33 § 1 Abs. 1.) Aus Billigkeit ist Kostenfreiheit für die Erteilung eines solchen Briefes ꝛc. durch Art. 33 § 2 Abs. 2 AG., der schon mit der Verkündigung in Kraft getreten ist (Art. 90 Abs. 2), angeordnet.

Die in den bezeichneten Landesteilen unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes begründeten Pfandrechte an Grundstücken, für die das Grundbuch erst nach dem Inkrafttreten des BGB. als angelegt anzusehen ist, sind ebenso behandelt, wie die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes begründeten Pfandrechte, die vor dem Inkrafttreten des BGB. bereits die Wirkung einer nach preuß. Grundbuchrechte begründeten Hypothek erlangt haben, da in dem nach Art. 186 Abs. 1 EG. z. BGB. durch Königl. V. v. 13. November 1899 geregelten Verfahren die bisherigen Grundsätze im wesentlichen unverändert beibehalten sind. (AG. Art. 33 § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2.)

Auf die vom Eigentümer vorbehaltenen Hypothekenstellen und die vor der Linie getilgten Hypotheken, die nach §§ 22, 23 EG. v. 27. Mai 1873 für Schleswig-Holstein und nach §§ 47, 50 Abs. 2 EG. v. 8. Juni 1896 für Lauenburg in das Grundbuch übernommen sind, finden von der Zeit an, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, die Bestimmungen des BGB. über die Eigentümerhypothek Anwendung, wie auch bis dahin der Eigentümer darüber die Verfügung wie über eine Hypothek des Eigentümers nach den Vorschriften des PEigG. v. 1872 hatte.

Besondere Vorschriften sind für den Bezirk des vormaligen Appellationsgerichts zu Kassel und für das Rheinland gegeben.

α. Der § 42 EG. v. 29. Mai 1873 für Kassel erhält, abweichend von den übrigen Einführungsgesetzen, für die in das Grundbuch übertragenen älteren hessischen Hypotheken nicht nur bezüglich ihrer Rangordnung untereinander, sondern auch hinsichtlich ihrer sonstigen rechtlichen Beziehungen, der sie betreffenden Eintragungen und deren rechtlicher Bedeutung das bisherige Recht aufrecht und erklärt nur bestimmte Vorschriften über die Hypothek des neuen Rechtes auf die älteren Hypotheken, unbeschadet ihrer rechtlichen Natur im übrigen, für anwendbar. Von der Anwendung ausgeschlossen sind insbesondere die

Bestimmungen § 38 Abs. 2, § 63 PEigG. Zu der rechtlichen Bedeutung eines nach dem PEigG. begründeten Hypothekenrechts kann eine solche Hypothek nach § 43 G. v. 29 Mai 1873 nur durch Übereinkunft des eingetragenen Eigentümers und des eingetragenen Gläubigers erhoben werden, wenn der Bestand und Rang der Hypothek von den übrigen mitübertragenen Hypothekengläubigern anerkannt oder gegen sie gerichtlich festgestellt ist oder wenn ihnen der Vorrang vor der umzuwandelnden Hypothek eingeräumt wird. Ist die ältere Hypothek zu der Zeit, zu der das Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist, noch nicht gemäß § 43 umgewandelt, so kann für ihre Überleitung in das Hypothekenrecht des BGB. nicht mehr der § 43 maßgebend sein. Auch darf ihre Umleitung in eine Buchhypothek [gemäß Art. 192 EG. z. BGB. nicht erfolgen, indem sie dadurch die wesentliche Änderung erleiden würde, daß nach § 1138 BGB. der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf den Bestand der ihr zugrunde liegenden Forderung Anwendung fände. Deshalb soll die nicht umgewandelte ältere hessische Hypothek als Sicherungshypothek gelten, bei der die Anwendung des § 1138 BGB. ausgeschlossen ist (§§ 1184, 1185 Abs. 2). Ist infolge des Erlöschens der Forderung die Hypothek vor der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bereits nach dem bisherigen Rechte untergegangen, so kann sich auch ihre Umwandlung in eine Sicherheitshypothek nicht mehr vollziehen. Erlischt dagegen die Forderung nach der Umwandlung der Hypothek, so bleibt diese nach dem Rechte des BGB. bestehen und wird gemäß § 1163 vom Eigentümer erworben. (PAG. Art. 33 § 3 Nr. 2.) — Eine ältere hessische Hypothek, die zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach § 43 G. v. 29. Mai 1873 oder nach § 201 Abs. 5 PZVG. v. 1883 zu einer Hypothek im Sinne der PGrundbuchgesetze erhoben ist, gilt als Hypothek und, wenn darüber ein Hypothekenbrief gebildet ist, dieser als Briefhypothek des BGB. (AG. Art. 33 § 1 Abs. 1.)]

Die vor dem 1. Juli 1874 errichteten und nicht in Hypotheken des preuß. Rechtes umgewandelten Hypotheken, denen die akzessorische Natur des gemeinrechtlichen Pfandrechts ungeschmälert verblieben ist, bestehen, obwohl noch im Grundbuch eingetragen, infolge des Erlöschens der ihnen zugrunde liegenden Forderung vielfach nicht mehr. Um den formell gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubigern zu ermöglichen, sich dagegen zu schützen, daß der Inhalt des Grundbuchs ihnen nachteilig wird, insoweit die darin eingetragenen Hypotheken, obwohl materiell erloschen, bei Anwendung des neuen Rechtes als Sicherungshypotheken gelten würden, ist ihnen ein Anspruch auf kostenfreie Eintragung eines Widerspruchs gegeben (Art. 33 § 3 Nr. 1). — In Nr. 3 des § 3 ist zum Ausdrucke gebracht, daß, wenn der Gläubiger einer alten Hypothek unbekannt ist, das Aufgebotsverfahren des § 1170 BGB. auch dann Anwendung findet, wenn sie nicht mehr besteht. Auf die gleichzeitige Kraftloserklärung der Urkunde kann in diesem Verfahren verzichtet werden. Zwischen der Komm. des AbgH. und der Staatsregierung bestand Einverständnis über folgende Punkte: „1. Wird auf Grund des Ausschlußurteils die Löschung beantragt, so kann von der Vorlegung der Schuldurkunde abgesehen werden, und der Grundbuchrichter kann aus ihrem Fehlen keinen Grund zur Ablehnung des Antrags entnehmen. 2. Mit Rücksicht auf die Bedeutung, die der Schuldurkunde nach dem bisherigen Rechte innewohnte, ist der Gläubiger stets als „unbekannt" anzusehen, und es sind die Voraussetzungen des Aufgebots nach § 1170 BGB. vorhanden, wenn die Schuldurknnde abhanden gekommen ist und deshalb nicht vorgelegt werden kann. Das letztere ist bei der Beratung des § 1170 in der Reichstagskomm. ausdrücklich festgestellt worden." — Als Inhaber der Hypothek *vor* der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, hat der zu gelten, dem die Forderung zu der fraglichen Zeit zusteht, gegebenenfalls also *nicht* der eingetragene Gläubiger, sondern der, auf den die Forderung *außerhalb* des Grundbuchs übergegangen ist.

Da sich bei den älteren hessischen Hypotheken, soweit sie noch] ungelöscht sind, aus dem Grundbuche nicht ersehen läßt, ob es sich um eine schon vor der Zeit, wo das

Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erloschene oder um eine noch wirksame, zur Sicherungshypothek umgewandelte Hypothek handelt, sind, auf Grund des Vorbehalts im § 8 EG. z. ZVG. v. 24. März 1897, die Vorschriften der Abs. 2 u. 3 des § 201 PZVG. v. 1883 im Art. 33 PAG. z. ZVG. v. 23. Septbr. 1899 dahin wiederholt, daß eine vor dem 1. Juli 1874 entstandene Hypothek, die nicht in eine Hypothek des preußischen Rechtes umgewandelt ist, bei der Feststellung des geringsten Gebotes und bei der Aufstellung des Teilungsplans nur zu berücksichtigen ist, wenn sie rechtzeitig angemeldet wird. Vgl. darüber Jaeckel ZVG. 2. Aufl. S. 637, 679.

β. Die nach den Vorschriften des rheinischen BGB. begründeten Privilegien und Hypotheken verwandeln sich, wenn sie zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach den bis dahin maßgebenden Vorschriften durch Einschreibung im Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuche wirksam geworden sind, infolge der im Art. 192 EG. z. BGB. und im Art. 33 PAG. z. BGB. gegebenen Übergangsvorschriften in Hypotheken neuen Rechtes. Hatte ihre Wirkung aber zu jener Zeit bereits aufgehört, weil sie innerhalb der zehnjährigen Frist vom Tage ihres Datums an gerechnet nicht erneuert sind (code civ. Art. 2154), so gehören sie nicht zu den bestehenden Pfandrechten: sie waren und bleiben erloschen. Fällt die Zeit der Anlegung des Grundbuchs in die zehnjährige Frist, so gelten sie von da an als Hypotheken des BGB., auf die der spätere Ablauf der Frist keinen Einfluß mehr hat. Hypotheken und Privilegien, die am 1. Januar 1900 durch Eintragung in das Hypothekenregister rechtswirksam geworden waren, sind, auch wenn sie, nachdem das Grundbuch als angelegt erklärt ist, nicht im Grundbuch eingetragen sind, nicht untergegangen, sie wirken vielmehr auch ohne Eintragung in dem neu angelegten Grundbuche als dinglich wirksame Pfandrechte gegen alle, gegen die sie schon vor dem 1. Januar 1900 wirksam waren. Nur eine Wirkung tritt gegen sie sofort ein: der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. § 892). Sie gelten als Hypotheken des BGB., für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist (EG. z. BGB. Art. 192), begründen also nicht bloß einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek. Ihr Inhalt beurteilt sich nach dem Rechte des BGB. Ihre nachträgliche Eintragung in das Grundbuch hat keine das dingliche Recht begründende Bedeutung, sondern stellt sich als eine Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung einer bereits außerhalb des Buches bestehenden Hypothek dar (BGB. § 894). Der Pfandgläubiger hat aus seinem dinglichen Rechte, wenn etwa inzwischen der Konkurs über das Vermögen des Belasteten eröffnet ist, auch gegen den Konkursverwalter einen Anspruch auf Bewilligung der Eintragung der bestehenden Hypothek und kann, wenn die Eintragung nach Eröffnung des Konkurses und nach Eintragung des Konkursvermerks gemäß §§ 13, 22 Abs. 1 GBO. bereits erfolgt ist, die Abweisung der auf Löschung der Hypothek gerichteten Klage des Konkursverwalters verlangen. Der § 15 KO. neu und der § 12 KO. alt stehen nicht entgegen, da aus ihnen nur die Unwirksamkeit einer das Absonderungsrecht (die dingliche Wirkung) begründenden Eintragung abgeleitet werden kann (RG. JW. 1904 S. 403).

Soweit vor der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bereits auf Grund des G. v. 12. April 1888 das preuß. Grundbuchrecht in Kraft getreten ist, gelten für die nicht durch Einschreibung in das Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuch wirksam gewordenen Privilegien und Hypotheken die Vorschriften der §§ 11 und 12 des genannten Gesetzes. Danach sind Privilegien und gesetzliche Hypotheken, die nicht vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts Wirksamkeit erlangt haben oder die erst später entstanden sind, zu persönlichen Ansprüchen auf Bewilligung einer zur Sicherung der Forderung hinreichenden Hypothek abgeschwächt (§ 11 Abs. 1). Im Anschlusse hieran stellt Art. 33 AG. im § 4 Abs. 1 für die Privilegien und Hypotheken, die zu der Zeit, wo das Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze als angelegt anzusehen ist, noch nicht durch Einschreibung im Hypothekenregister oder durch Eintragung im Grundbuche wirksam

geworden sind, den Grundsatz auf, daß sie sich zu der gedachten Zeit in Ansprüche auf Bestellung einer Sicherungshypothek verwandeln. Über das abweichende bayerische Recht vgl. München im Recht 1903 S. 104 Nr. 487. Nach badischem Rechte (AG. z. BGB Art. 40) haben sich mit der Anlegung des Grundbuchs nur solche Unterpfands- und Vorzugsrechte des früheren Rechtes in Sicherungshypotheken des BGB. umgewandelt, die zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs nach den Bestimmungen des bisherigen Rechtes noch bestanden (RG. V 460. 03).

Von den gesetzlichen Hypotheken bleiben die der Bevormundeten, soweit sie noch bestehen, hier außer Betracht, da nach dem Inkrafttreten des G. üb. d. Veräußerung u. hypothekar. Belastung von Grundstücken im Geltungsber. d. rhein. Rechtes v. 20. Mai 1885 (GS. S. 139) für deren Einschreibung in die Hypothekenregister gesorgt ist. Die gesetzliche Hypothek der Ehefrau kommt in Ehen, die nach dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen werden, nicht mehr zur Entstehung. Da für die weitaus meisten vorher geschlossenen Ehen, für die bisher rhein. Recht galt, von dem Inkrafttreten des BGB. anstatt der bisherigen Gesetze die güterrechtlichen Vorschriften des BGB. eingeführt sind (PAG. z. BGB. Art. 44, 56), so steht der Ehefrau für die Zeit nach Einführung der neuen güterrechtlichen Vorschriften die gesetzliche Hypothek nicht mehr zu. Ist daher die gesetzliche Hypothek der Frau vor dem Inkrafttreten des BGB. im Hypothekenregister eingeschrieben oder im Grundbuch eingetragen, so erstreckt sie sich nur auf solche Ansprüche der Frau, die noch vor dem bezeichneten Zeitpunkte, nicht auf solche, die nachher entstanden sind; ist die Hypothek nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Änderung des Güterstandes eingeschrieben oder eingetragen, so erlischt sie (PAG. Art. 56 § 9). Auf Ehen, die den güterrechtlichen Vorschriften des neuen Reichsrechts unterworfen sind, kann somit die Vorschrift des Art. 33 § 4 Abs. 1 Satz 1 keine Anwendung finden. Soweit dagegen für die vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehen das bisherige Recht maßgebend bleibt, wie namentlich für die dotalrechtlichen Ehen (PAG. Art. 56 § 10), bewendet es auch bei den bisherigen Vorschriften über die gesetzliche Hypothek der Ehefrau. Im größten Teile des rhein. Rechtsgebiets ist diese Hypothek schon durch § 11 Abs. 1 und § 12 G. v. 12. April 1888 nicht nur zu einem Anspruch auf Bewilligung einer Hypothek abgeschwächt, sondern auch bezüglich der Forderungen, für die, und bezüglich der Zeit, innerhalb deren die Eintragung der Hypothek verlangt werden kann, beschränkt. Bei der äußerst kleinen Zahl der hier in Betracht kommenden Ehen ist es daneben nicht für notwendig erachtet, für die gesetzliche Hypothek der Ehefrau dem Grundsatze des Art. 33 § 4 Abs. 1 Satz 1 PAG. noch eine weitere Einschränkung beizufügen.

Anlangend die gerichtlichen Hypotheken des rhein. Rechtes (vgl. rhein. BGB. Art. 2123 und G. v. 12. April 1888 § 11 Abs. 2), so entscheidet sich die Frage, inwieweit auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels die Eintragung einer Hypothek erfolgen kann, von der Zeit an, wo das Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze als angelegt anzusehen ist, nach den §§ 866, 867 ZPO. Dem Gläubiger einer vor jener Zeit entstandenen gerichtlichen Hypothek, die nicht im Hypothekenregister eingeschrieben oder im Grundbuch eingetragen ist, noch außerdem, der Regel des Art. 33 § 4 Abs. 1 Satz 1 PAG. entsprechend, einen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek zu gewähren, ist nicht für erforderlich erachtet. Es ist deshalb für nicht eingeschriebene und nicht eingetragene gerichtliche Hypotheken die Verwandlung in einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek durch Art. 33 § 4 Abs. 1 Satz ausgeschlossen.

Nach rhein. Rechte kann auch der Nießbrauch an einem Grundstücke Gegenstand von Privilegien und Hypotheken sein (rhein. BGB. Art. 2118). Ein unter der Herrschaft des rhein. Rechtes begründeter Nießbrauch an einem Grundstücke verliert jedoch mit der Anlegung des Grundbuchs die Eigenschaft eines den Grundstücken gleichstehenden Rechtes; denn wenngleich ein solcher Nießbrauch nach Art. 184 EG. z. BGB. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen bleibt, so ist damit doch der

Landesgesetzgebung nicht gestattet, auch die Gleichstellung eines bestehenden Nießbrauchs mit den Grundstücken aufrecht zu erhalten (vgl. dagegen EG. z. BGB. Art. 196). Hypotheken und Privilegien an einem Nießbrauchsrechte können hiernach als solche nicht fortbestehen. Der Art. 33 § 4 Abs. 2 PAG. wandelt sie daher, je nachdem sie im Hypothekenregister eingeschrieben sind oder nicht, in Pfandrechte am Nießbrauch oder in Ansprüche auf Bestellung eines solchen Pfandrechts um. Dies stimmt dem Grundgedanken nach mit dem § 17 des G. v. 12. April 1888 überein.

2. Eine Kautionshypothek alten Rechtes verwandelt sich zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in eine Sicherungshypothek des BGB. (EG. z. BGB. Art. 192 Abs. 1 Satz 2; PAG. z. BGB. Art. 33 § 1 Abs. 2; vgl. S. 716). Außerdem gilt als Sicherungshypothek noch die ältere hessische nicht umgewandelte Hypothek (vgl. Nr. 1 c α S. 720).

3. Da in Preußen Grundschulden nur unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze v. 1872 begründet sind, diesen aber die Grundschuld des BGB. im wesentlichen nachgebildet ist, so bedurfte es einer landesgesetzlichen Änderung der Vorschrift des Art. 195 Abs. 1 EG. z. BGB., wie solche im Abs. 2 zugelassen ist, nicht. Von der Zeit an, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gelten demnach die bestehenden Grundschulden ohne Ausnahme als Grundschulden im Sinne des BGB. und die darüber erteilten Grundschuldbriefe als Grundschuldbriefe des neuen Rechtes. Auch für die Grundschulden, die bisher Briefgrundschulden sein mußten (PGBO. § 122 Satz 4), kann demnach jetzt nachträglich die Erteilung des Briefes ausgeschlossen werden (BGB. §§ 1192, 1116 Abs. 2 Satz 2). Zwischen der preußischen Grundschuld und derjenigen Form der Grundschuld des neuen Rechtes, bei der die Erteilung des Grundschuldbriefs nicht ausgeschlossen ist, besteht der Unterschied, daß das neue Recht nicht, wie das bisherige, die Blankoabtretung der Grundschuld zuläßt (PEigG. § 55; BGB. § 1192 Abs. 1 verb. mit § 1154). Wer also vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes eine Grundschuld durch Blankoabtretung erworben hat, muß sich für die spätere Zeit den Beweis sichern, daß die Abtretung noch unter der Herrschaft des alten Rechtes erfolgt ist. Um dies zu erleichtern, bestimmt Art. 34 PAG. z. BGB., der schon mit der Verkündung in Kraft getreten ist (Art. 90 Abs. 2):

Wird im Falle der Blankoabtretung einer Grundschuld die durch einen Namen ausgefüllte Abtretungserklärung vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs behufs Sicherstellung der Zeit der Ausfüllung einem Amtsgerichte vorgelegt, so hat das Gericht die Bescheinigung auf der Urkunde gebühren- und stempelfrei zu erteilen.

Die praktische Bedeutung des Art. 195 EG. z. BGB. besteht ähnlich derjenigen der verwandten Vorschriften des Art. 180, 181, 192 das. darin, daß die Grundschulden des alten Rechtes bei den weiteren Rechtsschicksalen, die sie durch Ereignisse nach dem 1. Januar 1900 erleiden, so behandelt werden, als wenn sie erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden wären. Insbesondere richtet sich also die Art ihrer Ausübung (durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung) sowie die Form und Wirkung ihrer Abtretung durch den bisherigen Gläubiger nach den Bestimmungen des BGB. Dagegen bleibt die Frage nach der materiellen Wirksamkeit des dem bisherigen Gläubiger zustehenden Rechtes von der Einwirkung des neuen Rechtes unberührt. Die Frage, inwieweit der Gläubiger sich gegen die Geltendmachung des Anspruchs aus der Grundschuld Einreden des Eigentümers gefallen lassen müsse und hierbei der Redlichkeit des Erwerbes Bedeutung zukomme, ist nach altem Rechte zu beurteilen, wenn der Erwerb während der Geltung des alten Rechtes stattgefunden hat. Die Frage also, ob der Gläubiger die Grundschuld als ein unanfechtbares oder als ein zufolge der Zulassung von Einreden des Schuldners mit dem Mangel der Anfechtbarkeit behaftetes Recht vor dem 1. Januar 1900 erworben hat, ist nach den Vorschriften des § 38 Abs. 1 u. 3 EigG. (vgl. RG. E. 52 S. 101) zu beurteilen. (RG. JW. 1903 Beil. S. 132.)

4. Pfandrechte, die in Naſſau und auf Helgoland, wo die preuß. Grundbuchgeſetze nicht eingeführt ſind, zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzuſehen iſt, an einem Grundſtücke beſtehen, gelten von da an gemäß Art. 192 Abſ. 1 Satz 1 EG. z. BGB. als Hypotheken, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeſchloſſen iſt. Die in den naſſauiſchen Stockbüchern eingetragenen Eigentumsvorbehalte ſind in die Grundbücher als Hypotheken zu übernehmen (AVf. v. 7. Mai 1900 § 3, JMBl. S. 9 hinter S. 426). Da für dieſe Pfandrechte Urkunden, die ihrer rechtlichen Bedeutung nach den Hypothekenbriefen des neuen Reichsrechts gleichgeſtellt werden könnten, nicht beſtehen, kann die landesgeſetzliche Überleitung in eine Briefhypothek nicht in Betracht kommen. Anderſeits iſt es nicht für geboten erachtet, ſie zu bloßen Sicherungshypotheken abzuſchwächen. Dasſelbe gilt für die Hypotheken in dem Bezirke des vormaligen Juſtizſenats zu Ehrenbreitſtein.

VII. **Übertragung von Vorſchriften auf Rentenſchulden.**

In den bisherigen preuß. Geſetzen, die neben dem BGB. in Kraft bleiben, finden ſich zahlreiche Vorſchriften, die ſich nur auf Hypotheken und Grundſchulden beziehen, weil der bisherigen preuß. Geſetzgebung nur dieſe den Zwecken des Grundkredits dienenden Belaſtungsformen bekannt waren (vgl. EnteigG. v. 11. Juni 1874 § 37 Abſ. 1 Nr. 3, § 38; G. über Rentengüter v. 27. Juni 1890 § 1 Abſ. 4). Dieſe Vorſchriften müſſen fortan auch auf die vom BGB. neu eingeführten Rentenſchulden (BGB. § 1199) entſprechende Anwendung finden. Um dies feſtzuſtellen und eine Änderung aller in Betracht kommenden Vorſchriften entbehrlich zu machen, beſtimmt Art. 35 PAG. z. BGB. allgemein:

Die neben dem Bürgerlichen Geſetzbuch in Kraft bleibenden Vorſchriften, die ſich auf Hypotheken und Grundſchulden beziehen, finden auf Rentenſchulden entſprechende Anwendung.

In den § 17 G., betr. d. Pfandr. an Kleinbahnen, v. 19. Auguſt 1895 iſt in der durch G. v. 11. Juni 1902 geänderten Faſſung die Rentenſchuld aufgenommen.

Erſter Titel.

Hypothek.

§ 1113.

Ein Grundſtück kann in der Weiſe belaſtet werden, daß an denjenigen, zu deſſen Gunſten die Belaſtung erfolgt, eine beſtimmte Geldſumme zur Befriedigung wegen einer ihm zuſtehenden Forderung aus dem Grundſtücke zu zahlen iſt (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung beſtellt werden.

1. Der § 1062 Entw. 1 beſtimmte: „Ein Grundſtück kann in der Weiſe belaſtet werden, daß eine beſtimmte Perſon berechtigt iſt, wegen einer beſtimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundſtücke zu verlangen.“ Hiernach hatte die Hypothek ihren Zweck lediglich in der Forderung, der weſentliche Inhalt der Hypothek ſollte darin zu ſehen ſein, daß der Gläubiger berechtigt ſei, wegen einer Forderung Befriedigung aus dem Grundſtücke zu verlangen. (Mot. III S. 637.) Der § 1113 BGB. ſteht auf einem abweichenden Standpunkte. Danach ſoll die Hypothek den Berechtigten das Recht gewähren, die Zahlung einer beſtimmten Geldſumme aus dem Grundſtücke zu verlangen, die hierdurch bewirkte Belaſtung des Grundſtücks ſoll unabhängig ſein von einer zugrunde liegenden Forderung, der Berechtigte ſoll indeſſen ſein Realrecht nur zur Befriedigung wegen der perſönlichen Forderung verwerten dürfen. Der praktiſche Unterſchied liegt darin, daß der Beſtand der Hypothek nicht von der Exiſtenz der Forderung abhängig, ſondern daß die Exiſtenz der Forderung nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung iſt. (Prot. III S. 538 VIII.) Vgl. darüber Skonietzki in Gruch. 44 S. 281.

Nur aus dem Grundstücke kann Befriedigung sowohl wegen des Kapitals als wegen der Zinsen gefordert werden. Der Antrag, den Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks als solchen persönlich für die Zinsen haftbar zu machen, ist abgelehnt (Prot. III S. 576 VIII).

2. Dem Zwecke des akzessorischen Pfandrechts, dem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren, entsprechen die Hypothek, das Pfandrecht an beweglichen Sachen und das Pfandrecht an Rechten. Das BGB. weist die Vorstellung, daß das Pfandrecht ein Forderungsrecht sei, ab und folgt der hergebrachten und in der Rechtsprechung und Wissenschaft überwiegenden Meinung, daß das Sachenpfandrecht ein Recht an der Sache (Belastung des Grundstücks § 1113, Belastung der beweglichen Sache § 1204) und das Pfandrecht an einem Rechte als eine Belastung des Rechtes aufzufassen sei (§§ 1273, 876). (Vgl. Mot. III S. 595.)

Nicht richtig ist, wenn gesagt wird: „Die Hypothek ist im wesentlichen nicht akzessorisch." (Biermann SR. zu § 1113, Kober Nr. 2 zu § 1113.) Nur die Belastung ist von der Forderung unabhängig. Der sich aus dem Begriffe der Hypothek ergebende Satz, daß eine Hypothek ohne Forderung nicht entsteht und nicht besteht — PALR. I 20 §§ 1, 8, 436, PEigG. §§ 18, 19, 23 —, ist im BGB. streng durchgeführt. Entsteht die Forderung nicht, wofür die Hypothek bestellt ist, oder erlischt sie, so ist das dingliche Recht, das für den Eigentümer nach § 1163 übrig bleibt, wenngleich dort so bezeichnet, keine Hypothek, sondern eine Grundschuld (§ 1177), die erst durch Umwandlung wieder zur Hypothek werden kann (§ 1198). Nach preuß. Rechte blieb bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer die diesem anfallende Hypothek als solche, also auch die durch sie gesicherte Forderung ihrer Tilgung ungeachtet bestehen, die Forderung ruhte nur so lange, als Grundstück und Hypothek in derselben Hand waren. Ein ähnlicher Erfolg tritt nach BGB. ein, wenn durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung nicht erlischt, sondern auf den befriedigenden Eigentümer, weil dieser nicht der Schuldner ist, übergeht (§ 1143); es bleibt die Hypothek als solche bestehen, doch bestimmen sich die Rechte aus ihr, solange die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person dauert, nach den für die Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften (§ 1197); sie tritt wieder in ihre vollen Rechte ein, sobald die Vereinigung aufgehoben wird (§ 1177 Abs. 2). Der Streit, ob akzessorisch oder nicht akzessorisch, ist praktisch kaum von Bedeutung. Vgl. auch Gierke SR. S. 880.

3. Die im § 1113 zugelassene Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek erfordert zu ihrer Begründung, wenn diese auf Rechtsgeschäft beruht, nach der Regel des § 873 die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und die Eintragung. Die Begründung durch einseitigen Willensakt des Eigentümers ist abgelehnt. (Mot. III S. 633.) Zur Eintragung in das Grundbuch genügen aber die Eintragungsbewilligung und der Antrag des Eigentümers (GBO. § 19; KG. RJA. 1 S. 22). Der Eigentümer kann auch für eine fremde Schuld Hypothek bestellen (RG. JW. 1898 S. 36 Nr. 91; E. 60 S. 259). Zulässig ist auch die Bestellung einer gemeinsamen Hypothek für zwei Forderungen in der Art, daß jedem Gläubiger die Hypothek zu einem bestimmten, seiner Forderung entsprechenden Bruchteile zustehen soll (KG. RJA. 6 S. 151). Der Vertrag, wodurch sich jemand zur Belastung seines Grundstücks mit einer Hypothek verpflichtet, bedarf in der Regel weder als Kaufalgeschäft noch als Einigung der gerichtlichen oder der notariellen Form (vgl. S. 101 ff.). Vgl. im übrigen Nr. III 1 S. 683.

4. Gegenstand der Belastung sind nach BGB. nur Grundstücke und das Erbbaurecht (§ 1017), außerdem in Preußen die selbständigen Gerechtigkeiten, die ein Grundbuchblatt erhalten haben (PAG. z. BGB. Art. 40 Abs. 1), die selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten (das. Art. 38 § 5), die Salzabbaugerechtigkeiten in der Prov. Hannover (G. v. 4. Aug. 1904) und das durch Verleihung begründete oder durch Konsolidation, Teilung von Grubenfeldern oder Austausch von Feldesteilen erworbene Bergwerkseigentum sowie die unbeweglichen Kuxe (das. Art. 37 Nr. I u. XIII; vgl. S. 14).

Die Landeskreditkasse zu Kassel hat nach § 4 G. v. 16. April 1902 (GS. S. 82) die Aufgabe, Darlehen gegen Verpfändung von im Regierungsbezirke Kassel belegenen Grundeigentums mit Ausschluß des Bergwerkseigentums innerhalb der ersten Hälfte des Schätzungswerts zu gewähren. Die nassauische Landesbank in Wiesbaden hat nach § 2 G. v. 16. April 1902 (GS. S. 90) die Aufgabe, Darlehen gegen Verpfändung von städtischen und ländlichen, im Regierungsbezirke Wiesbaden belegenen Grundstücken innerhalb der ersten Werthälfte zu gewähren; Bergwerkseigentum ist von der Beleihung ausgeschlossen; die Beleihung von Erbbaurechten ist zulässig.

Über die hypothekarische Belastung des Bruchteils eines Grundstücks vgl. § 1114.

Das BGB. kennt nur eine Substanzhypothek. Nach römischem Rechte konnten die Früchte eines Grundstücks als künftige Sachen mit der Wirkung verpfändet werden, daß mit ihrer Trennung das Pfandrecht zur Entstehung gelangte, wenn sie in das Eigentum des Verpfänders fielen (Dig. XX 1 L. 15 pr.). Das PALR. ließ in einem solchen Falle die Hypothek an den Früchten schon mit deren Eintragung entstehen (Revenüenhypothek I 20 §§ 225, 26). Das PEigG. hatte die vertragsmäßige Revenüenhypothek nicht aufgenommen, weil ein Bedürfnis für sie nicht vorhanden sei und weil sie die Verteilung der Kaufgelder verwickele und erschwere (Mot. Werner 2 S. 32, 33). Das RGer. hat indessen die Eintragung einer Revenüenhypothek, auch wenn ihr Gegenstand ein im freien Eigentume des Verpfänders stehendes Grundstück war, für zulässig und wirksam erklärt und die Nichtigkeitsandrohung des § 45 EigG. nur auf die Fälle bezogen, wo durch Verpfändung des Grundstücks ohne Einschränkung eine Substanzhypothek bestellt, dann aber nach Eintragung dieser Hypothek durch Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer dem ersteren das Recht der Veräußerung zum Zwecke seiner Befriedigung entzogen ist (E. 13 S. 233, Bolze 11 Nr. 68; ebenso KG. Joh. 6 S. 118, KG. JW. 17 S. 83). Mangel an Bedürfnis und Erschwerung und Verwicklung der Verteilung des Versteigerungserlöses waren auch die Gründe, aus denen die Aufnahme der Revenüenhypothek in das BGB. versagt ist. (Mot. III. S. 633.) Ein Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer, wodurch die hypothekarische Haftung auf die Einkünfte beschränkt wird, ist unwirksam und nicht eintragungsfähig (Biermann SR. S. 298 Nr. 2 gegen Oberneck). Ist bei einer früher eingetragenen Hypothek oder Grundschuld das Pfandrecht dahin beschränkt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, so bleibt diese Beschränkung bestehen (EG. z. BGB. Art. 192 Abs. 2, 195 Abs. 1 Satz 2). Die bisher eingetragenen Revenüenhypotheken werden mithin in ihrem Bestand als solche nicht berührt.

Ein Bedürfnis für die Revenüenhypothek ist dagegen für die besonderen Fälle anerkannt, in denen der Eigentümer nicht berechtigt ist, über die Substanz des Grundstücks zu verfügen, also namentlich für die Fälle, wo das Grundstück Gegenstand eines Familienfideikommisses ist oder in einem Lehnsverbande steht (vgl. PALR. I 18 § 228, II 4 §§ 76 ff., 108 ff.). Die Regelung derartiger Verhältnisse ist vom BGB. ausgeschlossen und der Landesgesetzgebung vorbehalten. Art. 60 EG. z. BGB. bestimmt, in welchen Fällen ausnahmsweise die Landesgesetze Hypotheken, Grund- und Rentenschulden mit der Beschränkung zulassen können, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung, also lediglich aus den Nutzungen des Grundstücks, suchen kann. Dazu gehören namentlich die Vorschriften des Privatfürstenrechts, des Rechtes gewisser adeliger Häuser sowie die Vorschriften über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (das. Art. 57—59).

Über die Erfordernisse einer die Fideikommißfolger bindenden Revenüenschuld vgl. PALR. II 4 §§ 84 ff. und RG. E. 34 S. 226, Gruch. 35 S. 417. — Ist mit dem Fideikommißgute nicht für eine eigentliche (d. h. auch die Fideikommißfolger bindende) Fideikommißschuld eine Revenüenhypothek bestellt, sondern hat der Fideikommißbesitzer für die Schuld die Nutzungen des Fideikommißguts nur für die Dauer seiner Besitzzeit verpfändet, wozu es der Regulierung durch das Fideikommißgericht unter Zuziehung der Anwärter nicht bedarf (vgl. ALR. II 4 § 226), so erlischt die Hypothek mit dem Tode des Fideikommißbesitzers. Willigt der Fideikommißfolger bei seinem Besitzantritt in die Weiterhaft der Erträge des Fideikommißguts für dieselbe Schuld während seiner Besitzzeit ein und

soll dies hypothekarisch sichergestellt werden, so muß eine neue Hypothek an der zunächst freien Stelle im Grundbuch unter einer neuen Nummer eingetragen und die bisherige Hypothek gelöscht werden. Die neue Hypothek hat nicht den Rang der alten, sondern erhält die sich aus dem Zeitpunkte des Eingangs des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt ergebende Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen. Ist, wie es vorgekommen, die Neuverpfändung in der Spalte „Veränderungen" zu der alten Hypothek eingetragen, so ist diese inkorrekte Eintragung nur insoweit wirksam, als dadurch nicht eine Verschiebung der gesetzlichen Rangverhältnisse eingetreten ist. (RG. V. 401. 01.)

Über den Eintritt eines Grundstücks in die Mithaft für eine bestehende Hypothek vgl. § 1131, über die Gesamthaft mehrerer Grundstücke § 1132, über die Enthaftung eines von mehreren mithaftenden Grundstücken § 1175.

Über den Fall, wo für dasselbe Grundstück aus Versehen mehrere Grundbuchblätter angelegt sind, die Hypothek aber nur auf einem von ihnen eingetragen ist, vgl. Anm. B I 1 a zu § 1120.

Das Recht auf Verwaltung einer Hypothek ist nicht eintragungsfähig (KG. Rsp. 8 S. 132).

5. Für die Fälle der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek ergibt sich aus dem § 873, daß der, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, bestimmt bezeichnet werden muß, da die nach jener Vorschrift unerläßliche Einigung nur von bestimmten Personen getroffen werden kann, nämlich vom Eigentümer und vom Gläubiger (vgl. Anm. 1 a S. 736). Diese Regel, von welcher der Entw. I keine Ausnahme zuließ (vgl. Mot. III S. 635), ist bei der 2. Lesung durch die Aufnahme der Vorschriften der §§ 1187—1189 über die Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen indossablen Papier und der Vorschriften des § 1195 über den Grundschuldbrief auf den Inhaber durchbrochen. Für den Eigentümer kann von vornherein nicht eine Hypothek, da niemand gegen sich selbst eine Forderung begründen kann (KG. RJA. 3 S. 213), wohl aber eine Grund- oder Rentenschuld bestellt werden (§§ 1196, 1199). Nicht zulässig ist die Eintragung einer Hypothek für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks. Ein nach Bruchteilen gemeinschaftliches Grundstück kann auch zugunsten eines Miteigentümers mit einer Hypothek belastet werden (BGB. § 1009). Ebenso bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand ein zum Gesamtgute gehöriges Grundstück zugunsten eines einzelnen Gemeinschafters (KG. JW. 26 S. A 130).

6. Allen Belastungen der III. Abt. des Grundbuchs ist gemeinsam, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (§§ 1113, 1184, 1190, 1191, 1199). Forderungen, die nicht auf Zahlung von Geld oder alternativ auf Geld oder etwas anderes gerichtet sind, dürfen überhaupt nicht, (KG. JW. 25 S. A 151; Josef in Gruch. 47 S. 481; a. M. nur Fuchs 1 S. 390) und Geldforderungen dürfen nicht in unbestimmter Höhe eingetragen werden. Für Renten kann nur eine Grundschuld, nicht eine Hypothek bestellt werden (§ 1199). Die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß das Grundstück nur für die laufenden Zinsen eines Kapitals, nicht auch für das Kapital selbst, haften soll, ist unzulässig (KG. RJA. 4 S. 38). Zinsen können nur als Nebenleistung zu einem Kapital Gegenstand einer Verkehrshypothek sein (KG. JW. 26 S. A 290).

Ist die Belastung mit einer persönlichen Schuld derartig in Zusammenhang gebracht, daß dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist, so liegt eine Hypothek vor. Ist die Forderung individualisiert, ist sie nach ihrem Schuldgrunde bezeichnet und so im Grundbuch eingetragen, so wird vermutet, daß sie besteht, wie sie im Grundbuch bezeichnet ist (§§ 1138, 891). Dem persönlichen Schuldner stehen gegen die Forderung alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse zu. Der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, kann gegen die Hypothek die Einreden des Schuldners nur dann geltend machen, wenn sie entweder im Grundbuche vermerkt sind oder dem Gläubiger beim Erwerbe der Hypothek bekannt waren (§§ 1138, 892). Dieser Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist aber

denjenigen Hypotheken versagt, die im Grundbuch als Sicherungshypotheken bezeichnet sind oder die, wenn sie auch nicht im Grundbuch als solche bezeichnet sind, mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Gläubigers oder des Betrags der noch festzustellenden Forderung als Sicherungshypotheken gelten (§§ 1184, 1185 Abs. 2, § 1187 Abs. 1 Satz 2, § 1190 Abs. 3).

Die Forderung, die durch die Hypothek gesichert werden soll, kann nicht nur eine bereits bestehende, sondern auch eine künftige oder eine bedingte sein (§ 1113 Abs. 2). Die für das römische Recht vielfach vertretene Meinung, daß die Begründung der Hypothek stets ein Schuldverhältnis voraussetze, aus welchem eine Forderung entstanden sei oder doch wenigstens sich zu entwickeln vermöge, ist für das moderne Recht, das die Hypothek an die Eintragung in das Grundbuch knüpft, nicht haltbar. Kein Grund nötigt dazu, der vorschriftsmäßig eingetragenen Hypothek die Wirksamkeit nach Maßgabe ihres Ranges in der Reihenfolge der Eintragungen deshalb abzusprechen, weil die Forderung erst nach der Eintragung entstanden ist. Darlehnshypotheken werden in zahlreichen, vielleicht in den meisten Fällen vor der Hingabe des Geldes bestellt (vgl. § 1139). Selbst wenn die Forderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, bleibt die Hypothek, vorausgesetzt, daß ihre Eintragung auf Grund einer Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger erfolgt ist (§ 873), als Grundschuld bestehen (§§ 1163, 1177). Ist die Hypothek für eine Darlehnsforderung in der Erwartung bestellt, daß das Darlehn künftig gewährt werde, so erlangt der Gläubiger ein materielles Hypothekenrecht erst mit der Entstehung der Forderung durch Zahlung des Darlehnsbetrags. Wird festgestellt, daß das Darlehn nicht zum vollen eingetragenen Betrage valutiert ist, so ist dadurch die sich aus den §§ 1138 und 891 ergebende Vermutung, daß dem Gläubiger die ganze Forderung zusteht, dahin widerlegt, daß die Forderung nur zu dem valutierten Betrage besteht. Soweit die Forderung nicht entstanden ist, bleibt das Grundstück gleichwohl mit ihr belastet, aber das dingliche Recht steht — und zwar gemäß § 1177 als Grundschuld — nach § 1163 dem Eigentümer zu. (RG. E. 51 S. 43.) Bei Bestellung der Hypothek für eine bedingte Forderung sind die Beteiligten nicht lediglich auf den Weg der Sicherungshypothek verwiesen. Wollen sie die Forderung für den Fall, daß sie zu einer unbedingten wird, in Ansehung ihrer selbst und der gegen die Hypothek zulässigen Einreden unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stellen, damit die Hypothek ohne Weiterungen als eine verkehrsfähige begeben werden kann, so bestellen sie dafür eine gewöhnliche Hypothek, nicht eine Sicherungshypothek. Um allen Zweifeln vorzubeugen, ist im § 1113 Abs. 2 ausdrücklich die Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung erwähnt, weil die Zulässigkeit der Hypothekbestellung für eine solche sich von selbst versteht. (Mot. III S. 638.) Auch für eine bereits verjährte Forderung kann wirksam Hypothek bestellt werden (BGB. § 222 Abs. 2). Dagegen ist eine nicht realisierbare Forderung keine geeignete Grundlage für eine Hypothek, z. B. eine Forderung, die beiderseits unkündbar sein und nach dem Tode des Gläubigers dem Schuldner zufallen soll (RG. Rsp. 2 S. 9). Das Versprechen einer Schenkung unter Lebenden ist in der Weise rechtlich möglich, daß der Beschenkte zwar sofort forderungsberechtigt sein, die Erfüllung aber erst nach dem Tode des Schenkers stattfinden soll. Ein Widerrufsvorbehalt hierbei stellt sich als eine dem Schenkungsversprechen beigefügte auflösende Bedingung dar. Für eine solche Forderung kann eine Hypothek eingetragen werden. Die Nichtübertragbarkeit einer hypothekarisch gesicherten Forderung ist eintragungsfähig. Nicht eintragungsfähig sind überflüssige Vermerke, z. B. die Verpflichtung des Gläubigers, nach Erlöschen der Fordung in die Löschung der Hypothek zu willigen. (RG. JW. 29 S. A 243.)

Der § 1113 Abs. 2 hat bei der gewöhnlichen Hypothek nur befristete oder bedingte Forderungen von festbestimmter Höhe im Auge. Es unterliegt zwar keinem Bedenken, daß die Beteiligten bei Bewilligung einer gewöhnlichen verzinslichen Darlehnshypothek vereinbaren können, es solle auf die Hypothek keine bare Darlehnsvaluta gegeben werden, sondern die Hypothek solle nach Art einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) bis zum Höchstbetrage des Kapitals und der Zinsen für Ansprüche aus einem Kontokurrentverhältnisse

haften (RG. E. 60 S. 243): aber eine solche Hypothek ist, wenn sie sich auch äußerlich als solche darstellt, nicht eine gewöhnliche (§ 1113), sondern sie hat materiell unter den Beteiligten und gegenüber den mit dem Sachverhalt bekannten Dritten nur die Wirkung einer Höchstbetragshypothek.

Durch die Verbindung der Forderung mit der Hypothek ist der Personalkredit mit dem Realkredite verknüpft. Während der Gläubiger vermöge des Hypothekenrechts seine Befriedigung nur aus dem belasteten Grundstücke verlangen kann, berechtigt ihn das Forderungsrecht, seine Befriedigung auch aus dem übrigen Vermögen des persönlichen Schuldners zu suchen. Die persönliche Haftung des Schuldners kann jedoch ausgeschlossen werden.

7. Die Hypothek für eine bedingte Forderung ist nicht zu verwechseln mit einer bedingten Hypothek (vgl. KG. JW. 28 S. A 141).[1] Während das Bestehen jener vom Eintritte der für das Entstehen oder Bestehen der Forderung gestellten Bedingung unabhängig ist, entsteht bei dieser die Belastung des Grundstücks erst mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung und endigt die Belastung mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung (§§ 158, 163). Die Zulässigkeit bedingter und betagter Hypotheken folgt mit Notwendigkeit aus den §§ 158 ff. BGB. und ist auch im bisherigen Rechte begründet (PrAR. I 4 §§ 99, 163 ff., I 20 §§ 56 ff.). Wird eine Hypothek unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt, so muß auch die Bedingung oder die Zeitbestimmung mit eingetragen werden, widrigenfalls die Hypothek gegenüber redlichen Erwerbern als unbedingt gilt. (Mot. III S. 640.) Die im § 1137 Entw. I vorgeschlagene Bestimmung, daß die Bestellung einer Grundschuld unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung unwirksam sei (vgl. Mot. III S. 787), ist bei der 2. Lesung gestrichen (Prot. III S. 710 IX). Eine solche Bestimmung ist nur für die Auflassung im § 925 Abs. 2 BGB. beibehalten. Eine Hypothek ist z. B. aufschiebend bedingt, wenn sie für den Fall bestellt wird, daß der Gläubiger den Eigentümer des Pfandgrundstücks überlebe, oder daß der Gläubiger die drohende Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks abwende. Resolutiv bedingt ist eine Hypothek, bei deren Bestellung bestimmt ist, daß sie im Falle der Veräußerung des Grundstücks ohne Zustimmung des Gläubigers auf Grund der Löschungsbewilligung des Eigentümers gelöscht werden könne (KG. Recht 1905 S. 45). Eine zeitlich begrenzte Hypothek liegt z. B. vor, wenn die einem Kinde im Gutsüberlassungsvertrag ausgesetzte Abfindung gelöscht werden soll, falls das Kind unverheiratet und kinderlos stirbt, oder in dem unter Nr. 4 Abs. 5 (S. 727) erwähnten Falle. Eine zeitliche Begrenzung der Hypothek, wie sie Art. 2154 code civ. enthält, ist dem BGB. unbekannt. Eine Auslegungsregel, wie sie in einzelnen Gesetzen vorkommt, daß, wenn die Hypothek nur auf eine gewisse Zeit bestellt ist, davon ausgegangen werden müsse, nach der Absicht der Beteiligten solle die Hypothek nicht mit dem Eintritte des Endtermins erlöschen, sofern sie vorher gerichtlich geltend gemacht sei: gibt das BGB. nicht. Der Richter hat in jedem Falle den Sinn der Einigung festzustellen. (Mot. III S. 717.) Die Eintragung der bedingten Hypothek muß sofort erfolgen können, sie darf unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung weder bewilligt noch beantragt sein. Bezüglich des Antrags bestimmt dies § 16 Abs. 1 GBO. ausdrücklich, für die Eintragungsbewilligung ergibt es sich daraus, daß es nicht Sache des Grundbuchamts ist, festzustellen, ob die Bedingung oder der Zeitpunkt der Eintragung eingetreten ist. (Vgl. Fuchs S. 389 Nr. 2 b, c, Oberneck 1 S. 655, 707, Mittelstein S. 73.)

Das RGer. hat in einem Falle, wo jemand dem Geschäftsherrn seines Bruders, dem vom letzteren Gelder veruntreut waren, eine Hypothek im Betrage dieser Gelder (angeblich für ein Darlehn) unter der Voraussetzung und Bedingung bestellt hatte, daß er über die Veruntreuung Stillschweigen beobachte und keine Strafanzeige erstatte, den Geschäftsherrn zur Bewilligung der Löschung der Hypothek verurteilt, nachdem festgestellt war, daß er die Einleitung des Strafverfahrens herbeigeführt hatte (V. 424, 01). In einem anderen Falle,

[1] Du Chesne. Bedingte Hypothek. DNotV. 5 S. 397.

wo nicht die Hypothek für eine bedingte Forderung, sondern die hypothekarische Sicherheit unter einer auflösenden Bedingung bestellt war, hat das RGer. nach Eintritt der Bedingung auf die Eigentumsfreiheitsklage den Hypothekengläubiger zur Berichtigung des Grundbuchs durch Bewilligung der Löschung (vgl. BGB. § 894) verurteilt (V 443. 01, JW. 1902 Beil. S. 222).

8. Ein im Bezirke des Kommunalverbandes Kassel gelegenes Hausgrundstück kann mit einer Hypothek oder Grundschuld erst dann belastet werden, wenn das Gebäude bei der hessischen Brandversicherungsanstalt gegen Feuer versichert ist. Dies ist dem Grundbuchamte durch Vorlegung des Brandkassenscheins nachzuweisen; bevor es geschehen ist, darf die Eintragung nicht erfolgen. Die Versicherung bei einer anderen Versicherungsgesellschaft genügt nicht. Der § 12 der Landgr. hessen-kasselschen V., betr. die Errichtung einer Brandkasse, v. 27. April 1767, wodurch dies bestimmt wird, ist durch Art. 75 EG. z. BGB. aufrecht erhalten. Denn danach bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Versicherungsrecht angehören, unberührt, ohne Unterschied, ob sie öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind oder ob sie ausschließlich dem Versicherungsrecht angehören. (RG. JW. 22 S. A 185; vgl. auch § 3 G. v. 18. März 1879, GS. S. 136.) A. M. Eccius (D. JurZ. 1902 S. 63), weil ein Verpfändungsverbot öffentlichrechtlicher Natur nicht vorliege, sondern ein Veräußerungsverbot zum Schutze der Versicherungsgesellschaft, welches eine solchem Verbote widerstreitende Eintragung nach § 135 BGB. nur gegenüber dieser, nicht allgemein nichtig mache und daher die Eintragung nicht verhindere. Übrigens, meint er, sei in der V. v. 1767 überhaupt kein Veräußerungsverbot, sondern nur ein an den Richter gerichtetes Gebot enthalten. Wie Eccius auch Oberneck in d. Z. f. d. d. Notarver. 1902 S. 175, anders aber im RGBR. 1 S. 725.

9. Darüber, wann eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen ist, vgl. BGB. § 1807 nebst Bek. v. 22. März, 7. Juli, 28. Dezember 1901 (RGBl. 1901 S. 37, 263, 1902 S. 3) und für Preußen EG. z. BGB. Art. 212 und PAG. z. BGB. Art. 73—76.

10. Wird ein Darlehn gegen Hypothekbestellung versprochen, ohne daß über den der Hypothek zu gewährenden Rang eine Verabredung getroffen wird, so kann weder aus § 157 noch aus der im § 445 angeordneten entsprechenden Anwendung des § 439 BGB. hergeleitet werden, daß die Hypothek im Grundbuch an erster Stelle, also unter Beseitigung der etwa vorhandenen Vorbelastungen, gewährt werden soll, wenn der Darleiher keine Kenntnis von den Vorbelastungen gehabt hat. Vielmehr kann die Hypothek an erster Stelle nur dann verlangt werden, wenn nach Lage der Sache im einzelnen Falle anzunehmen ist, daß Verpfänder und Darleiher beim Abschlusse des Darlehnsvertrags hierüber einverstanden gewesen sind. Der das Darlehn bis zur Beseitigung der Vorbelastungen verweigernde Gläubiger hat dies zu beweisen. (RG. E. 55 S. 128; dagegen Kuhlenbeck in JW. 1904 S. 377.)

Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek an bereitester Stelle im Grundbuche bedeutet, daß die Eintragung an der Stelle erfolgen soll, die zunächst frei ist und der betreffenden Eintragung nach dem Gesetze zukommt. Mit solcher Erklärung überlassen die Beteiligten die Bestimmung der Stelle für die Eintragung der pflichtmäßigen Entscheidung des Grundbuchrichters. (RG. JW. 26 S. A 290.)

§ 1114.

Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.

1. Der § 21 PEigG. hatte folgende Bestimmung: „Der eingetragene Miteigentümer kann auf seinen Anteil eine Hypothek oder Grundschuld bewilligen; auch kann im Wege des gesetzlichen Zwanges gegen ihn auf seinen Anteil eine solche eingetragen werden." Hieran knüpften sich zwei Streitfragen: 1) Ist der Anteil des Miteigentümers nur dann belastungsfähig, wenn er sich als eine bestimmte Quote des Ganzen darstellt; kann insbesondere der einzelne Miterbe vor geteilter Erbschaft an seinem noch unbestimmten, erst durch die künftige Erbteilung festzustellenden Anteil am Nachlaßgrundstück eine Hypothek bestellen? 2) Kann der Alleineigentümer eines Grundstücks einen bestimmten Teil davon

mit einer Hypothek belasten, ohne daß es dazu der Abschreibung des Teiles vom Hauptgut auf ein besonderes Blatt bedarf? Die Praxis hat sich bei beiden Fragen für die Zulassung der Belastung entschieden. Insbesondere ist angenommen (zu 1), daß das Prinzip der Spezialität der Eintragung auf den Anteil eines Miterben nicht entgegenstehe, daß nur die Wirksamkeit der Hypothek so lange suspendiert bleibe, bis durch die Erbteilung oder die Erklärung der Miterben der Umfang der Pfandhaft festgestellt worden sei (OTrib. E. 80 S. 75, RG. E. 16 S. 251, Gruch. 25 S. 745, JW. 1888 S. 350 Nr. 30, Bolze 16 Nr. 73). Es wurde jedoch für erforderlich erachtet, daß die Ungewißheit des Bestehens der Hypothek bei deren Eintragung durch den Vermerk zum Ausdrucke gebracht werden müsse, die Hypothek hafte nur auf dem zur Zeit noch ungewissen Anteile des Miterben (Turnau I S. 360, II S. 174). Die Eintragung von Hypotheken auf einzelne reelle Teile eines einheitlichen Grundstücks wurde unter der Voraussetzung zugelassen, daß die belasteten Teile ihrem Umfang und ihrer Identität nach aus dem Grundbuche zu ersehen seien und die Besorgnis einer Verwirrung für das Grundbuchblatt nicht bestehe (Turnau I S. 371). Bei Eintragung eines sich nur auf einen Teil des Grundstücks erstreckenden Rechtes in der II. Abt. des Grundbuchs wurde eine Sonderung des belasteten Teiles durch Eintragung der Teilparzelle an Stelle des Stammgrundstücks nicht für erforderlich, es wurde für genügend erachtet, daß der Teil durch Vertrag kennbar bezeichnet und in dem Eintragungsvermerke darauf Bezug genommen wurde (KG. JW. 8 S. 80).

2. Der § 1114 BGB. weicht hiervon wesentlich ab. Die Anteilshypothek ist nur beim Miteigentume nach Bruchteilen zulässig. Das Miteigentum ohne Quoten, das Eigentum zur gesamten Hand, ist nur dergestalt belastungsfähig, daß das ganze Grundstück unter Mitwirkung aller Gemeinschafter zur Hypothek gestellt wird. Es ist zulässig, daß ein zum Gesamtgute der in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute gehörendes Grundstück von diesen zugunsten eines einzelnen Ehegatten mit einer Hypothek belastet wird (KG. Z. f. d. Not. 1903 S. 82). Die Belastung eines Teiles, der kein Bruchteil ist, ist in jedem Falle unstatthaft. Daran ändert auch nichts die Zustimmung des Gesamthänders zu der von seinem Genossen vorgenommenen Belastung seines Anteils. Bruchteile können nur im Wege der Auseinandersetzung geschaffen werden, also durch Umsetzung des Rechtsverhältnisses zur gesamten Hand in gewöhnliches Miteigentum. Dadurch, daß der Miterbe nur über seinen Anteil am Nachlasse, nicht aber über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgrundstücken verfügen kann (§ 2033), ist ihm vor geteilter Erbschaft die Belastung eines Anteils an einem Nachlaßgrundstücke durch Rechtsgeschäft versagt. Auch im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung eines Arrestes darf auf solchen Anteil eine Sicherungshypothek nicht eingetragen werden. Ebenso ist die Belastung eines Grundstücks oder des Anteils an einem Grundstücke, das zu einer anderen Gemeinschaft zur gesamten Hand gehört, z. B. zu dem Gesellschaftsvermögen (§§ 718, 719), insbesondere zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 105 Abs. 2), zu dem Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft (BGB. §§ 1442, 1487, 1519 Abs. 2; KG. JW. 24 S. A 126), ausgeschlossen und wird dadurch nicht wirksam, daß der Belastung des einen Gemeinschafters die übrigen zustimmen. Auch von einer Konvaleszenz gemäß § 185 kann nicht die Rede sein, da die Belastung des Anteils nicht allein wegen der Nichtberechtigung des Belastenden unwirksam ist, sondern auch weil nach § 1114 ein untauglicher Gegenstand belastet ist. (KG. RJA. 1 S. 29, Bd 3 S. 43, JW. 20 S. A 304, 315, Seuff. A. 56 S. 38, Bd 57 S. 269, Rsp. 2 S. 27; a. M. Biermann Nr. 2 zu § 1114. — Vgl. Anm. 5.) Auch vorgemerkt kann eine Hypothek auf dem Anteil eines Miterben nicht werden (RG.V 280. 03; KG. RJA. 4 S. 253).

Es bleibt also nur die Frage übrig, ob ein Grundstück nicht bloß im ganzen, sondern auch mit Beschränkung der Haftung auf einen Bruchteil verpfändet werden kann. Die Antwort muß verschieden ausfallen, je nachdem das Recht des Verpfänders an dem Grundstücke sich in dem Bruchteil erschöpft oder nicht.

a. Erschöpft sich das Recht in dem Bruchteile, so liegt Miteigentum nach Bruchteilen vor (§ 1008). Der einzelne Miteigentümer aber kann nach § 747 über seinen Anteil ebenso verfügen, wie der Alleineigentümer über das Grundstück im ganzen. Von den Gründen, die für die Ausschließung der Hypothek an einem Miteigentumsanteil angeführt werden, kommt der nicht in Betracht, der ein Miteigentum ohne Quoten voraussetzt; denn hier kommt nur Miteigentum zu bestimmten Bruchteilen in Frage (§§ 1114, 1008, 741, 742). Der weitere Grund, daß für die Eintragung einer Hypothek auf den Anteil eines einzelnen Miteigentümers kein Raum sei, erledigt sich durch § 48 GBO., wodurch dafür gesorgt ist, daß im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen das Grundbuch über die Größe des Anteils eines jeden Miteigentümers Auskunft gibt. (Vgl. Mot. III S. 638, Prot. III S. 543 ff.) Die Vermutung für Gleichheit der Teile (BGB. § 742) gilt für den Grundbuchverkehr nicht.

In Übereinstimmung mit § 1114 BGB. bestimmt Abs. 2 des § 864 ZPO.:

„Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks oder einer Berechtigung ist nur zulässig, wenn der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht oder wenn sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit welchem der Bruchteil als solcher belastet ist."

b. Kann der Bruchteil eines Grundstücks mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, so ist damit die Belastung eines jeden anderen Bruchteils eines Grundstücks ausgeschlossen. Von dem Ausschlusse wird sowohl der Fall betroffen, daß der Alleineigentümer eine Quote seines Grundstücks verpfänden, als der Fall, daß ein Miteigentümer einen Bruchteil seines Anteils mit einer Hypothek belasten will. Es ist zwar anerkannt, daß lediglich vom Standpunkte der Rechtskonsequenz die Hypothekfähigkeit eines Bruchteils des Grundstücks kaum verneint werden kann; man ist jedoch der entgegengesetzten Auffassung gefolgt, welche einzelne Gesetzgebungen — dazu ist auch die preußische gerechnet — vertreten haben, daß ein praktisches Bedürfnis von einigem Belange für solche Hypotheken nicht anzuerkennen sei, auch dringend geboten erscheine, die Schwierigkeiten nicht ohne Not zu vermehren, welche die Hypothek auf dem Anteil eines Miteigentümers der Buchführung und der Zwangsversteigerung bereiten könne. „Fraglich möchte vielleicht sein — heißt es in den Mot. III S. 640 weiter —, ob von dem Verbote der Fall auszunehmen ist, wenn der Eigentümer des Grundstücks die auf einem Bruchteile haftende Hypothek auf das ganze Grundstück ausdehnen will. Die Ausnahme ist jedoch unnötig, weil, wenn sie sich nicht von selbst verstehen sollte, der Eigentümer seinen Zweck in einfacher Weise dadurch erreichen kann, daß er die Hypothek auf das Grundstück im ganzen eintragen läßt, ohne daß hierdurch die bereits bestehende Quotenhypothek in ihrer Wirksamkeit berührt wird." Der bei der 2. Lesung zum Nachweise des Bedürfnisses einer Bruchteilsbelastung vorgeführte Fall der hypothekarischen Sicherstellung des Anspruchs auf Auflassung eines Bruchteils des Grundstücks (Prot. III S. 543) ist zu diesem Zwecke wenig geeignet. Zur Sicherstellung solchen Anspruchs dient nicht die Bestellung einer Hypothek, sondern die Bewilligung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung gemäß § 883 BGB. Das Verbot der Belastung eines Bruchteils von dem Anteil eines Miteigentümers, das im § 1063 Entw. 1 ausdrücklich ausgesprochen war, ist bei der 2. Lesung gestrichen. Dem Wortlaute des § 1114 BGB. gegenüber war die besondere Hervorhebung nicht geboten. Der Alleineigentümer eines Grundstücks kann nicht einen Bruchteil mit einer Hypothek belasten, ohne Unterschied, ob er immer Alleineigentümer gewesen oder erst durch späteren Erwerb von Bruchteilen, die ihm früher nicht gehörten, Alleineigentümer geworden ist. Es ist auch für die Frage der Zulässigkeit der hypothekarischen Belastung von keiner Erheblichkeit, ob die Bruchteile bei ihrer Vereinigung in einer Hand in völlig gleichem Rechtszustande sich befinden oder ob ihre Rechtsverhältnisse, namentlich ihre Belastungen und Rechtsbeschränkungen, voneinander verschieden sind und ob sie mit Rücksicht hierauf trotz ihrer Vereinigung eine gewisse Sonderexistenz

beibehalten. (KG. RJA. 4 S. 39.) Der Alleineigentümer wird also dadurch, daß ihm die Belastung eines Bruchteils durch eine Verfügungsbeschränkung versagt ist, auch verhindert, sowohl das ganze Grundstück wie den Bruchteil, über den er frei verfügen kann, mit einer Hypothek zu belasten. Es wird auch für nicht zulässig gehalten, daß der Alleineigentümer eines Grundstücks für eine Forderung, für die bereits von einem früheren Miteigentümer ein Bruchteil des Grundstücks mit einer Hypothek belastet worden ist, auch die übrigen Bruchteile des Grundstücks belastet, weil sich die Ausdehnung der auf dem Bruchteil eingetragenen Hypothek auf die übrigen Bruchteile als die Bewilligung der Eintragung einer neuen Hypothek auf die letzteren Bruchteile darstellt (KG. RJA. 4 S. 53; dagegen Förster im Recht 1904 S. 91). In solchem Falle kann jedoch der Eigentümer die Hypothek auf das Grundstück im ganzen eintragen und die Quotenhypothek bestehen lassen (Mot. III S. 640), oder er kann mit Zustimmung des Gläubigers und der etwa nacheingetragenen Berechtigten die Quotenhypothek löschen und mit deren Range für dieselbe Forderung eine Hypothek auf das ganze Grundstück eintragen lassen. Ein Miteigentümer, dem mehrere Miteigentumsanteile zustehen, kann nicht mehr (wie bisher, KG. JW. 8 S. 85) auf einen oder mehrere Anteile eine Hypothek eintragen lassen, er ist nur befugt, seinen ihm bei der Bestellung der Hypothek zustehenden ganzen Anteil am Grundstücke zu belasten. Ein Miteigentümer z. B., der nach und nach zwei Drittel erworben hat, kann nicht jedes Eindrittel gesondert belasten, sondern nur das ihm zustehende neue Zweidrittel, welches nunmehr seinen Anteil am Grundstücke darstellt (München RJA. 3 S. 104, KG. RJA. 4 S. 39, JW. 30 S. A 219). Auch eine Hypothek für das Kaufgeld des hinzuerworbenen Anteils kann er nicht an diesem zugunsten des Verkäufers bestellen (München Resp. 10 S. 416). Übrigens kann, wenn dem veräußernden Miteigentümer nur sein bisheriger Anteil, nicht auch der des erwerbenden Miteigentümers für den Kaufpreis hypothekarisch haften soll, dies einfach dadurch erreicht werden, daß jener vor der Auflassung eine Grundschuld für sich eintragen läßt (BGB. § 1196) nnd dieser sie in Anrechnnng auf den Kaufpreis übernimmt. Die Grundschuld kann dann in eine Hypothek für den Kaufpreis umgewandelt werden (§ 1198). Eine gewisse Selbständigkeit der einzelnen Anteile zeigt sich darin, daß der Miteigentümer, der sein bisheriges Eindrittel belastet hat, nach dem Erwerb eines weiteren Eindrittels dieses in die Haftung für die bestehende Hypothek eintreten lassen kann; dadurch entsteht aber nicht eine Gesamthypothek, sondern es haften nunmehr die zwei Eindrittel einheitlich als ein Zweidrittel des Grundstücks. Ferner darin, daß für die Belastungen, die vor ihrer Vereinigung in der Hand des einen Miteigentümers auf einem jeden Eindrittel gesondert eingetragen waren, nur jedes Eindrittel auch ferner gesondert forthaftet (ZPO. § 864 Abs. 2).

Ist ein Grundstück, das im Miteigentum zweier Personen je zur Hälfte stand, zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zwangsversteigert und dem Ersteher zum Alleineigentume zugeschlagen, so darf wegen des nicht gezahlten Bargebots eine Sicherungshypothek auch auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters nicht auf die frühere Hälfte eines der Miteigentümer für diesen eingetragen werden. Ist die Hypothek dennoch eingetragen, so entbehrt sie nach § 1114 BGB. der Rechtswirksamkeit: sie stellt sich als eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung dar. Die Hypothek darf aber nicht gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen gelöscht werden, sondern der Grundbuchrichter hat sich mit dem Vollstreckungsrichter behufs anderweitiger Regelung der Sache in einem dem Gesetze entsprechenden Sinne in Verbindung zu setzen und nach Maßgabe eines neuen Ersuchens, das auf Grund erneuter Verhandlungen mit den Beteiligten zu erlassen ist, das Grundbuch in Ordnung zu bringen. (KG. RJA. 3 S. 92.) Ist das ganze Grundstück, das im Miteigentum von vier Personen zu je $^1/_4$ stand, mit einer Hypothek belastet, die auch auf einem anderen Grundstück als Gesamthypothek eingetragen ist, und ist der Anteil eines der Miteigentümer zwangsversteigert und den anderen Miteigentümern zugeschlagen, so daß ein jeder von ihnen nunmehr Miteigentümer zu $^1/_3$ ist, so ist die Hypothek, die als in das geringste Gebot fallend bestehen bleibt, auf dem versteigerten $^1/_4$ Anteile zu löschen und anderweit (mit Rücksicht auf die besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek; ZVG. §§ 91, 50, 125, 128, 130) als eine Sicherungshypothek auf dem ganzen Grundstücke einzutragen (KG. RJA. 3 S. 255).[1]

[1] Den Verkehr würde es weniger hemmen und die Grundbuchführung vereinfachen,

Durch die Satzungen einzelner Landschaften wird die Beleihung von ideellen Anteilen von Grundstücken, deren Eigentum mehreren zusteht, ausgeschlossen (z. B. durch § 33 der Satzungen der Landschaft der Prov. Sachsen v. 19. März 1901, RAnz. Nr. 147 Beil. 3).

Die Löschung einer Hypothek auf nur einigen von mehreren, verschiedenen Personen gehörigen Bruchteilen eines Grundstückes ist zulässig (KG. JBl. f. FG. 6 S. 25, JW. 30 S. A 258).

3. Die in Anm. 1 unter Nr. 2 gestellte Frage wird nicht im BGB., sondern im § 6 GBO. beantwortet: „Soll ein Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist er von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen." „Hiermit ist aber nicht gesagt, daß der abzuschreibende Teil in allen Fällen auf ein anderes Blatt übertragen werden müßte; vielmehr kann für ihn und den Rest des Grundstücks, sofern die Voraussetzungen des § 4 GBO. vorliegen, aus dem bisherigen Blatte ein gemeinschaftliches Blatt gebildet werden." (Denkschr. z. GBO. S. 29.)

4. Eine dem § 1114 gleiche Bestimmung enthält inbezug auf das Vorkaufsrecht der § 1095, inbezug auf Reallasten der § 1106 BGB. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist nach Reichsrecht unzulässig (§ 1014; für Preußen vgl. Anm. 4 S. 22).

Sickel (Lehre von der Vormerkung S. 150 f.) hält durch die §§ 1095, 1106, 1114 nur die endgültige Eintragung von Vorkaufsrechten, Reallasten und Hypotheken für ausgeschlossen, nicht aber die Vormerkung dieser Rechte. Das KG. (RJA. 4 S. 253) hält auch die Eintragung einer von einem Miterben bewilligten Vormerkung einer Hypothek auf den Anteil des Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung für unzulässig (ebenso Predari S. 72, a. M. Planck Nr. 4, Biermann SR. Nr. 2, Kober Nr. 2 b zu § 1114).

5. Ist unter der Herrschaft des früheren preuß. Rechtes eine Hypothek oder eine Vormerkung, die sich demnächst in eine Hypothek umgewandelt hat (S. 199 Lit. g), auf den ungewissen Anteil eines Miterben eingetragen, so hat sie sich mit dem Inkrafttreten des BGB. als ein bestehendes Pfandrecht gemäß Art. 192 EG. und Art. 33 § 1 PAG. z. BGB. in eine Hypothek neuen Rechtes verwandelt und besteht als eine durch den Ausfall der Erbteilung bedingte Hypothek (Nr. 1 S. 731) fort. War für sie ein Brief nicht gebildet, so kann dies gemäß § 1116 Abs. 3 BGB. geschehen. Dagegen ist die Erweiterung einer solchen Hypothek durch Eintragung einer bisher nicht bestandenen Zinspflicht unter der Herrschaft des BGB. nicht zulässig, weil die Neubelastung eines ungewissen Anteils am Grundstücke durch § 1114 ausgeschlossen ist (Nr. 2 S. 732). (KG. JW. 20 S. A 313.) — Die unter der Herrschaft des alten Rechtes am Anteil eines Miteigentümers bestellten sog. Teilhypotheken des badischen und rheinisch-französischen Rechtes sind mit dem Inkrafttreten des BGB. vollwirksam geworden (RG. E. 60 S. 306).

§ 1115.

Bei der Eintragung der Hypothek müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere

---

wenn die Praxis sich entschlösse, jeden Miteigentumsanteil als ein selbständiges Grundstück zu behandeln. Der Wortlaut des § 1114 stände nicht entgegen. Der Versuch Falkmanns, die Entscheidung des KG. zu rechtfertigen (JBlFG. 5 S. 303), muß als mißlungen bezeichnet werden. Es wäre höchst verwunderlich, wenn in dem Falle, daß nur einer der später in einer Hand vereinigten Anteile mit einer Hypothek belastet ist, die Beteiligten gezwungen sein sollten, diese Hypothek löschen zu lassen, um auch die andern Anteile unter die hypothekarische Haftung zu bringen. Die Ansicht des KG. kann aber auch zu direkten Verletzungen des materiellen Rechtes führen. Ist z. B. nur einer von drei Anteilen mit einer Hypothek belastet und wird demnächst eine Hypothek auf dem ganzen Grundstück eingetragen, so würde der Anteilshypothekengläubiger nur mit Aufopferung seines bisherigen Ranges auf den Bruchteil eine Hypothek am ganzen Grundstück hinter der darauf schon haftenden Hypothek erlangen können. Das kann das Gesetz natürlich nicht wollen, und daher bezeichnen die Mot. es mit Recht als selbstverständlich, daß der § 1114 der Ausdehnung einer solchen Hypothek auf das ganze Grundstück nicht im Wege steht.

Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden; im übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung.

Literatur. Perls, Die Bestimmtheit der Hypothek in Iherings J. 45 S. 211.

Hier wird bestimmt, was bei der Eintragung der Hypothek in das Grundbuch eingetragen werden muß. Im allgemeinen ergibt sich aus dem § 873 und den die einzelnen Belastungen zulassenden Bestimmungen (§§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1184, 1190, 1191, 1195, 1196, 1199), daß in das Grundbuch alles das gehört, was zur Begründung der Belastung erforderlich ist bezw. für die Erkennbarkeit der Belastung nach ihrem Inhalt und Umfang Bedeutung hat. Es versteht sich namentlich ohne besondere Vorschrift von selbst, daß, wenn eine Hypothek unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt wird, auch die Bedingung oder die Zeitbestimmung mit einzutragen ist. Während im Abs. 2 des § 1113 die Bestellung einer Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung ausdrücklich zugelassen ist, fehlt eine gleiche Bestimmung für die betagte Hypothek. Vgl. Anm. 7 S. 730.

Zur Durchführung des Eintragungsprinzips bei der Hypothek bedarf es einer Sondervorschrift nur wegen der Forderung, die durch das dingliche Recht gesichert werden soll. Das PEigG. gab durch die Art und Weise, wie es die Hypothek regelte, deutlich zu erkennen, daß die Bezeichnung der Forderung im Grundbuch unerläßlich sei (§§ 18, 19, 23, 30; RG. E. 42 S. 318). Für das BGB. ergibt sich die Notwendigkeit einer Bezeichnung der Forderung im Grundbuch aus den §§ 873, 1113 (vgl. jedoch Anm. 2). Eine Vorschrift über den notwendigen Inhalt der Eintragungsbewilligung, wie sie das PEigG. im § 23 enthielt, ist für das BGB. entbehrlich. Wenn aus dem § 1115 in Verbindung mit § 1113 hervorgeht, was in das Grundbuch einzutragen ist, so kann es im einzelnen Falle nicht zweifelhaft sein, welche Anforderung an die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek zu stellen sind. (Mot. III S. 640, 645.)

1. Über den Gläubiger, den Geldbetrag der Forderung und, wenn diese verzinslich ist, den Zinssatz darf das Grundbuch nicht schweigen.

a. „Was den Gläubiger anlangt, so schreiben die Landesgesetze die Eintragung auf dessen Namen vor. Eine solche Vorschrift ist jedoch insofern nicht unbedenklich, als sie geeignet ist, der Frage vorzugreifen, ob für die Abkömmlinge einer bestimmten Person, d. h. für die Kinder, welche sie etwa noch bekommt, eine Hypothek bestellt werden kann." In Preußen war es streitig, ob für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person eine Hypothek eingetragen werden dürfe (Turnau II § 102); das RG. hat aber auch für das frühere preuß. Recht die erbrechtliche Erwerbsfähigkeit und demgemäß die Hypothekenerwerbsfähigkeit und die Prozeßfähigkeit einer künftigen Nachkommenschaft angenommen und deren Vertretung durch einen vom Erblasser ernannten Testamentsexekutor zugelassen (RG. JW. 1905 S. 694 Nr. 19). „Aus dem Grundbuchrechte läßt sich für die Hypothek nur das Erfordernis der Bestimmtheit des Gläubigers ableiten. Der Gläubiger aber ist hinlänglich bekannt, wenn das Grundbuch ergibt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist. Sofern also nach anderweiten Vorschriften auf den Fall, daß diese Person Abkömmlinge erhält, für diese eine Forderung begründet werden kann (vgl. BGB. §§ 1, 1912, 1913, 1923 Abs. 2, 2162 Abs. 2, 2178), muß das Grundbuchrecht die Bestellung einer Hypothek für eine solche Forderung ermöglichen. Das BGB. sieht deshalb davon ab, die Angabe des Gläubigernamens als unbedingt wesentlichen Bestandteil der Eintragung hinzustellen, wenngleich es nicht verkennt, daß in

der Regel der Name mit einzutragen ist, um der Person des Gläubigers diejenige Bestimmtheit zu sichern, welche zum gesetzlichen Begriffe der Hypothek gehört." (M. III S. 641.)

Dem Grundbuchrichter liegt nicht ob, nach der wirklichen physischen oder rechtlichen Existenz der als Gläubiger einzutragenden Person zu forschen. Die Person muß aber existieren können. Ist sie als verstorben bezeichnet oder läßt die gewählte Bezeichnung Zweifel an ihrer Rechtsfähigkeit offen, so muß ihre Eintragung als Gläubiger abgelehnt werden. Bei der Eintragung einer Forderung für *mehrere* Personen müssen sie sämtlich mit ihrem Namen bezeichnet werden. Wird ein Recht z. B. für Eheleute eingetragen, so genügt nicht, daß der Vor- und Zuname des Mannes angegeben und hinzugefügt wird „und seine Ehefrau", sondern es muß auch der Vor- und Zuname der Frau angegeben werden (KG. JW. 29 S. A 182 Nr. 2). Über die Eintragung einer Hypothek für mehrere Gläubiger gemeinschaftlich vgl. Bd II § 48 GBO. mit Anm. *Alternativ* für die eine oder die andere Person kann eine Hypothek nicht eingetragen werden (KG. RJA. 4 S. 128); ebensowenig für den *jeweiligen Eigentümer* eines Grundstücks (Hamb. Rsp. 9 S. 311). Der Eigentümer kann sich selbst als Gläubiger nur bei einer Grundschuld, nicht bei einer Hypothek eintragen lassen (§ 1196; vgl. Anm. 5 S. 728).

Ein *Verein* erlangt Rechtsfähigkeit erst durch Eintragung in das Vereinsregister bezw. durch staatliche Verleihung oder durch Beschluß des Bundesrats (BGB §§ 21—23, 55); ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht als Gläubiger eingetragen, sämtliche Mitglieder müssen als Gläubiger bezeichnet werden. Eine *Konkursmasse* ist keine juristische Person, kann also auch nicht Gläubigerin einer Forderung sein; als Gläubiger ist der Gemeinschuldner mit dem Zusatz einzutragen, daß über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist (Joh. 8 S. 245, KG. JW. 2 S. 213, Bd 26 S. A 135, Seuff. Arch. 57 S. 224; Jaeger KO. Nr. 51 zu § 1; a. M. Ternburg HypR. S. 96; vgl. KO. § 113). Auch das *Familienfideikommiß* ist keine juristische Person: als Gläubiger der zum Fideikommiß gehörenden oder zu erwerbenden Forderungen ist nicht das Fideikommiß, sondern der jedesmalige Fideikommißbesitzer mit den sich aus der Fideikommißeigenschaft ergebenden Beschränkungen seines Verfügungsrechts einzutragen (KG. JW. 14 S. 152). Eine *Stiftung* kann dagegen schon, bevor sie genehmigt ist, als Gläubigerin eingetragen werden (BGB. § 84; KG. JW. 28 S. A 85). Die Eintragung einer Hypothek für eine *Polizeibehörde* ist unzulässig (KG. Seuff. Arch. 57 S. 211); im Falle des § 71 PG. v. 25. Juni 1875, betr. die Unterdrückung und Abwehr von Viehseuchen (GS. S. 306, jetzt § 27 PAG. v. 12. März 1881, GS. S. 128) ist nicht die Polizeibehörde, sondern die juristische Person, auf deren Kosten die Polizeibehörde die Schutzmaßregeln getroffen hat, als Gläubigerin des Erstattungsanspruchs anzusehen (Joh. 8 S. 212). Die *Betriebskrankenkasse einer Kaiserlichen Marinestation* hat kraft Gesetzes die gleiche Rechtsfähigkeit, wie die Ortskrankenkasse, und kann daher als Gläubigerin eingetragen werden (KG. JW. 24 S. A 84). Die auf Grund des preuß. Sparkassenreglements v. 12. Dezember 1838 begründeten *kommunalen Sparkassen* sind nicht juristische Personen, sondern eine Einrichtung des betreffenden Kommunalverbandes, der Träger des Sparkassenvermögens ist. Als Gläubiger ist daher nicht die Sparkasse, sondern die Kommune (Stadt, Kreis) etwa mit dem eingeklammerten Zusatze „Sparkasse", einzutragen. Wenn auch die Gültigkeit der Hypothek nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß unmittelbar die Sparkasse als Gläubigerin eingetragen ist, so kann doch nicht verlangt werden, daß eine für den Kommunalverband eingetragene Hypothek für dessen Sparkasse umgeschrieben werde. (KG. JW. 28 S. A 71.) *Für die durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachte Vermögensmasse* wird nach erfolgter Bestellung eines Pflegers auf Grund des § 1914 BGB. die Eintragung einer Hypothek zulässig sein (LG. Düsseld. Z. f. d. Not. 1904 S. 34).

Nachweise über die tatsächliche und rechtliche Existenz einer als Gläubigerin bezeichneten *Gesellschaft* darf der Grundbuchrichter nicht fordern, es sei denn, daß er bestimmten Grund zu der Annahme hat, es solle seine Mitwirkung zu einer unredlichen Handlung mißbraucht werden (KG. JW. 24 S. A 87). *Handelsgesellschaften* (offene HG., Kommanditges., Aktienges., Kommanditges. auf Aktien, Ges. mit beschr. Haft.) und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften können unter ihrer Firma Rechte an Grundstücken erwerben, also auch Gläubiger einer Hypothek ꝛc. sein (HGB. §§ 124, 161 Abs. 2, 210, 320; G., betr. Ges. m. b. H. § 13; G., betr. Erw.- u. WirtschGen. § 17). Die im Art. 23 § 1 PGG. z. HGB. v. 24. Juni 1861 (GS. S. 449; vgl. auch Instr. v. 12. Dezbr. 1861 § 102, JMBl. S. 350) enthaltene Bestimmung, daß eine Eintragung für eine Handelsgesellschaft nur dann geschehen darf, wenn die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nachgewiesen wird, ist mit der Aufhebung jenes EG. durch Art. 8 Nr. 1 PAG. z. HGB. v. 24. Septbr. 1899 (GS. S. 303) beseitigt und anderweit nicht ersetzt. Der Streit darüber, ob und wie eine Hypothek für eine *Zweigniederlassung* einzutragen sei (vgl. Rsp. 2 S. 198, Bd 9 S. 351, RJA. 4 S. 47, 224), ist vom Reichsg. durch folgende Sätze entschieden: Bei einer

Aktiengesellschaft, einer juristischen Person und einem gewerblichen Unternehmen des Reiches, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes ist die Firma nicht nur der Name, unter dem sie gewerbliche Geschäfte betreibt, sondern sie ist ihr alleiniger Name. Hat eine solche Gesellschaft oder Anstalt eine Zweigniederlassung unter einer Firma, die von der Firma der Hauptniederlassung abweicht, so bildet diese Firma wiederum für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung ihren einzigen Namen. Erwirbt also die Zweigniederlassung eine Hypothek unter ihrer Firma, so macht sie, da sie keine selbständige Rechtspersönlichkeit hat, den Erwerb für die Aktiengesellschaft oder Anstalt unter deren für ihre durch die Zweigniederlassung betriebenen Geschäfte allein maßgebenden Namen. Daraus ergibt sich, daß die Eintragung in das Grundbuch auf die Firma der Zweigniederlassung lauten muß, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. So allein wird der Gläubiger im Sinne des § 1115 BGB. richtig bezeichnet. (RG. JW. 1905 S. 721 Nr. 13.)

Streitig ist, ob ein Einzelkaufmann nur unter seinem bürgerlichen Namen oder ob er auch unter seiner Firma als Gläubiger eingetragen werden kann. Reichsgesetzlich ist hierüber nichts bestimmt. Die Landesgesetze weichen voneinander ab. Für Preußen ist die Bezeichnung des Berechtigten nach der Firma nur für Handelsgesellschaften, nicht für den Einzelkaufmann angeordnet (A. Vf. d. JustMin. v. 20. Novbr. 1899, § 4 im Bd II zu § 3 GBO. B II). Im Königreich Sachsen (auch in Sachsen-Altenburg) darf eine Hypothek auf Antrag für einen Einzelkaufmann auch unter seiner Firma eingetragen werden (Ausf.-Verord. v. 26. Juli 1899 § 64 Abs. 2). Für Bayern dagegen bestimmt die Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins v. 27. Februar 1905 im § 261: „Kommt als Eigentümer oder als Berechtigter ein Einzelkaufmann in Betracht, so soll er mit seinem bürgerlichen Namen, nicht mit der Firma, in das Grundbuch eingetragen werden." In der Literatur haben sich für die Beschränkung der Eintragung auf den bürgerlichen Namen des Einzelkaufmanns Staub (HGB. Anm. 3 zu § 17), Planck (zu § 1115 Nr. 2a), Biermann (SR. S. 303 Nr. 2), Kober (S. 382 Nr. 1 A 1 b), Oberneck (2 S. 26), Gierke (SR. S. 878 A. 2) ausgesprochen, für die andere Ansicht haben sich Fuchs (S. 395 Abs. 2), Böhm (S. 155 Nr. II), Düringer-Hachenburg (S. 102), Litthauer (zu § 17 HGB.) entschieden. Von den Gerichten ist das KG. stets für die erste (JW. 4 S. 133, Bd 9 S. 3, RJA. 3 S. 156, 196), das OLG. Colmar (Rsp. 5 S. 254) für die andere Ansicht eingetreten. Eine Entscheidung des RG. ist noch nicht ergangen. Der Grundbuchrichter macht sich daher nicht verantwortlich, mag er die Eintragung für die Firma des Einzelkaufmanns vornehmen, beanstanden oder ablehnen. (RG. E. 60 S. 392.)

So oft die individuelle Bezeichnung des Gläubigers tunlich ist, muß sie bei der Eintragung angewendet werden. Sind z. B. die Namen der Erben bekannt, so liegt kein Grund vor, als Gläubiger eines aus dem Nachlasse gegebenen Darlehns den Testamentsvollstrecker oder den Nachlaßpfleger oder die vom Erblasser mit Angabe ihrer Namen berufenen Erben ohne Angabe der Namen einzutragen. Das KG. hat früher (RJA. 2 S. 241) in solchen Fällen die Eintragung oder Umschreibung einer Hypothek für eine mit dem Namen des Erblassers bezeichneten Nachlaßmasse, vertreten durch die namhaft gemachten Testamentsvollstrecker, für zulässig erklärt, neuerdings aber den richtigen Standpunkt eingenommen und die Angabe der durch das Testament bezeichneten Erben mit ihren Namen in der Eintragung gefordert (RJA. 4 S. 130). Ist die individuelle Bezeichnung des Gläubigers nicht erreichbar, so muß die Eintragung in einer Weise bewirkt werden, die die spätere Feststellung der Person des Gläubigers ermöglicht (KG. JW. 5 S. 158, RJA. 4 S. 131). Es ist nicht ausgeschlossen, daß als Gläubiger z. B. die unbekannten Erben eines bestimmten Erblassers oder die noch nicht erzeugten Kinder einer bestimmten Person eingetragen werden (KG. JW. 2 S. 125, Bd 4 S. 184, Bd 6 S. 98, Bd 29 S. A 155, RJA. 4 S. 256), oder daß eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek für ein Vermächtnis, das den noch nicht erzeugten Abkömmlingen von Kindern des Erblassers zugewendet ist, eingetragen wird, wozu es aber der Vorlegung eines Erbscheins bezüglich der Kinder bedarf (KG. RJA. 3 S. 136). Verstorbene Erben können nicht als Gläubiger eingetragen werden (KG. RJA. 3 S. 199). Für die unbekannten Gläubiger einer Hypothek kann auf Antrag des Schuldners eine Pflegschaft vom Vormundschaftsgericht eingeleitet werden, wenn das Interesse des Gläubigers die Fürsorge erfordert. Daß die Pflegschaft zunächst auch im Interesse des Antragstellers liegt, hindert deren Eintragung nicht (KG. JW. 28 S. A 9). Für das Zwangsversteigerungsverfahren ist die Eintragung der unbekannten Berechtigten als Gläubiger bei der Sicherungshypothek für die auf sie übertragene Forderung gegen den Ersteher ausdrücklich zugelassen (ZVG. §§ 118, 126, 128, 130).

In einzelnen Fällen muß bei der Eintragung der Hypothek von Amts wegen auch die Verfügungsbeschränkung des Gläubigers (durch einen Nacherben oder einen Testamentsvollstrecker) vermerkt werden (GBO. §§ 52, 53).

Die Rechtsbeständigkeit der Hypothek ꝛc. wird durch die unrichtige Bezeichnung des Gläubigers nicht in Frage gestellt. Ist z. B. der Kürze halber eine Hypothek für den Bevollmächtigten bestimmter Erben bestellt mit der Absicht, daß sie den Erben gebühren soll, so wird sie dadurch nicht anfechtbar, namentlich nicht zugunsten der nachstehenden Gläubiger. (RG. JW. 1898 S. 272 Nr. 42.) Die Berichtigung der Person oder des Namens des eingetragenen Gläubigers ist zulässig, wenn alle dabei Beteiligten zustimmen (RG. JW. 11 S. 415) oder wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (GBO. § 22). Wurde z. B. eine Hypothek abredewidrig auf den Namen des Ehemanns statt auf den Namen der Ehefrau ausgestellt, so ist der Ehefrau nicht bloß gegen den Grundstückseigentümer, sondern auch gegen ihren Ehemann der Anspruch auf Herstellung einer der Abrede entsprechenden Rechtslage erwachsen (RG. JW. 1902 Beil. S. 223).

Der Angabe des Gläubigers im Eintragungsvermerke bedarf es, weil dies nicht möglich ist, nicht bei der Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und bei der Grundschuld mit Grundschuldbrief auf den Inhaber (§§ 1187 ff., 1195; vgl. Planck Nr. 2 a Abs. 2 zu § 1115 und bayer. Dienstanweis. § 416). Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist eine Eintragung ohne Bezeichnung des Gläubigers nichtig. In Preußen schreibt § 4 der A. Vf. v. 20. November 1899 die Bezeichnung des Berechtigten des näheren vor (Bd II Anm. B II zu § 3 GBO). Nach Abs. 3 dieser Bestimmung kann eine nach dem PG., betr. die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Ang., v. 2. April 1887 mit einer Vertretung ausgerüstete Gesamtheit der Beteiligten als Berechtigte eingetragen werden, ohne daß es der Bezeichnung der einzelnen Beteiligten bedarf.

Der Zustellungsbevollmächtigte eines Hypothekengläubigers (ZVG. §§ 5, 19 Abs. 2 kann nicht im Grundbuch eingetragen werden (Colmar. Rsp. 2 S. 196).

b. Der Geldbetrag der Forderung, d. h. das Kapital, auf welches die Forderung lautet, kann nach § 1115 nur in einer bestimmten Summe eingetragen werden. Das preuß. EigG. verlangte im § 23 die Angabe in gesetzlicher Währung. Im § 1115 ist nicht bestimmt, daß die Summe in inländischer Währung angegeben werden müsse, um die Auslegung zu verhüten, daß eine Eintragung, die das Grundbuchamt unter Verletzung solcher Vorschrift bewirkte, die Nichtigkeit der Hypothek zur Folge habe. Man hat sich deshalb auf die Vorschrift im Satz 2 des § 28 GBO. beschränkt, daß einzutragende Geldbeträge in der Eintragungsbewilligung oder im Eintragungsantrag in Reichswährung anzugeben sind. Hiernach besteht kein Zweifel darüber, daß die Eintragung in einer ausländischen oder in einer gesetzlich beseitigten inländischen Währung nicht gestattet ist, und daß Anträge auf Eintragungen in einer anderen als der Reichswährung abgewiesen werden müssen. Auch bei Angabe von Geldbeträgen mit festem Umrechnungskurse (vgl. Art. 14 § 4 des RMünzG. v. 9. Juli 1873) braucht das Grundbuchamt nicht umzurechnen, sondern kann die Eintragung ablehnen. Der Satz 2 des § 28 GBO. enthält nur eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht die Nichtigkeit der Hypothek zur Folge hat (vgl. Bd II Anm. IV zu § 28 GBO.). Die Begründung von Sicherungshypotheken mit Angabe des Höchstbetrags in Reichswährung (BGB. § 1190) für Forderungen eines Betrags fremder Währung, bei dessen Zahlung der zeitige Kurs maßgebend ist, bleibt zulässig. (M. III S. 641; Mot. zu § 29 Entw. I der GBO.) Die Annahme, daß dies auch bei Verkehrshypotheken zulässig sei (Fuchs I Nr. 4 b zu § 1115), ist unbegründet.

Die von manchen Kreditinstituten und Aktiengesellschaften statutengemäß festgesetzte Verpflichtung, daß die Rückzahlung des gewährten Darlehns in ihren Pfand- oder Hypothekenbriefen erfolgen müsse, ist nicht eintragungsfähig; denn die Hypothek ist hier nicht für eine bestimmte Geldsumme in Reichswährung, sondern auf Höhe des noch ungewissen Börsenpreises zur Zeit der Rückzahlung bestellt. Für solche Verpflichtung kann dingliche Sicherheit nur in Form einer Sicherungshypothek gemäß § 1190 BGB. bestellt werden. (A. M. Biermann SR. S. 304, Oberneck I S. 493, 717; wie hier Fuchs Nr. 7 u. Planck

Nr. 5c, Kober Nr. I A 2 zu § 1115, Perls a. a. O. S. 225, RG. JW. 24 S. A 150). Für Kreditanstalten im Sinne des § 1115 Abs. 2 genügt die Bezugnahme auf die Satzung (Bd II S. 315).

Die Hypothekenbanken müssen die hypothekarischen Darlehne in Geld gewähren. Die Gewährung von Darlehnen in Hypothekenpfandbriefen der Bank zum Nennwert ist nur zulässig, wenn die Satzung der Bank sie gestattet und der Schuldner ausdrücklich zustimmt. In diesem Falle ist dem Schuldner urkundlich das Recht einzuräumen, die Rückzahlung der Hypothek nach seiner Wahl in Geld oder in Hypothekenpfandbriefen der Bank, die derselben Gattung angehören wie die empfangenen, nach dem Nennwerte zu bewirken. Hypothekenpfandbriefe, die bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises nicht unterschieden werden, gelten hier als zu derselben Gattung gehörig. (Hypothekenbankgesetz v. 13. Juli 1899 § 14, RGBl. S. 375.) Rückzahlungsbedingungen dieser Art sind eintragungsfähig (so auch Biermann Nr. 3 zu § 1115).

Vgl. im übrigen, namentlich über die Eintragungsfähigkeit der sog. Goldklausel Bd II Anm. IV 2 zu § 28 GBO.

Die ohne Angabe einer bestimmten Summe erfolgte Eintragung ermangelt als ein den gesetzlichen Vorschriften widersprechender Akt jeder rechtlichen Bedeutung (vgl. OTrib. E. 78 S. 167; RG. ZfPR. 4 S. 162) und muß deshalb von Amts wegen, ohne daß es einer Löschungsbewilligung des Gläubigers bedarf, als unzulässige Eintragung wieder beseitigt werden (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2; RG. JW. 5 S. 162). Das Grundstück haftet für eine Kapitalforderung nur dann, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, und das Kapital ist nur dann eingetragen und gilt nur insoweit als eingetragen, wenn bezw. als es zu einem bestimmten Geldbetrag eingetragen ist. Ein zu einem bestimmten Betrag eingetragenes Kapital kann nicht zu einem höheren Betrage Befriedigung aus den Kaufgeldern des zwangsversteigerten Grundstücks lediglich um deswillen erhalten, weil im Eintragungsvermerk auf vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmungen verwiesen ist, nach denen die Zahlung zu einem höheren Betrag erfolgen soll. Ist z. B. ein Pfandbriefdarlehn zum Betrage von 100 000 Mark, zahlbar nach den Bestimmungen des betreffenden Statuts, eingetragen, so kann es bei der Kaufgelderverteilung nicht zum Betrage von 105 000 Mark liquidiert werden, weil es nach dem Statute durch Pfandbriefe abzulösen ist und zur Beschaffung dieser nach ihrem derzeitigen Kurse einschließlich der Anschaffungskosten, Provision ꝛc. die Aufwendung von 105 000 Mark erforderlich ist. Die Ergänzung der Eintragung aus der in Bezug genommenen Satzung ist im Abs. 2 des § 1115 BGB. nur bezüglich der außer den Zinsen satzungsmäßig zu entrichtenden Nebenleistungen, nicht bezüglich des Kapitalbetrags des Darlehns zugelassen. Durch die Eintragung der Verpflichtung, ein Pfandbriefdarlehn in Pfandbriefen einer bestimmten Sorte mit wechselndem Kurse zurückzuzahlen, wird ein Hypothekenrecht nur insoweit begründet, als eine Kautionshypothek mit bestimmtem Höchstbetrag eingetragen ist. Soweit der Rückzahlungsanspruch über diesen Betrag hinauswächst, kann er als bloß persönlicher bei der Zwangsversteigerung nicht geltend gemacht werden. (RG. E. 38 S. 228.) Eine Pfandbriefdarlehnsforderung kann jedoch bei der Zwangsversteigerung zu ihrem eingetragenen Nominalbetrage geltend gemacht werden, wenn nach dem Statut (z. B. bei der Posener Landschaft nach § 14 des Erl. v. 28. April 1879) die Rückzahlung nach Wahl des Schuldners bar zum Nominalbetrag oder in kursfähigen Pfandbriefen zu leisten ist und der Landschaft bei der Kaufgelderverteilung Pfandbriefe vom Subhastaten oder vom Konkursverwalter nicht zur Verfügung gestellt werden, und zwar auch dann, wenn die Pfandbriefe niedriger im Kurse stehen, als ihr Nennwert anzeigt. Dies gilt auch, wenn der von der Landschaft liquidierte Kaufgelderbetrag von dem Ersteher nicht bar gezahlt wird, sondern wenn infolge einer Vereinbarung mit der Landschaft die Hypothek bestehen bleibt, da solche Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke wirkt (ZVG. § 91 Abs. 2, 3; RG. Gruch. 36 S. 1094, Bolze 20 Nr. 89). Das sog. Zuschußdarlehn, welches Kreditinstitute dem Darlehnsnehmer zur Ausgleichung der

Differenz zwischen dem unter Pari stehenden Kurse der Pfandbriefe und dem Nominalbetrage der letzteren bar zu geben pflegen (vgl. z. B. Statut des Kur- und Neumärk. Ritterschaftl. Kreditinstituts v. 21. Mai 1873 § 15), ist ein selbständiges, von der Pfandbriefschuld unabhängiges Darlehn, welches der besonderen Eintragung bedarf, wenn das Grundstück dafür haften soll, nicht aber durch die Eintragung des Pfandbriefdarlehns unter Bezugnahme auf das Regulativ oder das Statut als eingetragen gilt (RG. E. 20 S. 220; RG. JW. 16 S. 133).

Da § 1115 eine Kapitalforderung voraussetzt, ist die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß das Grundstück nur für die laufenden Zinsen eines Kapitals haften soll, unzulässig. Es kann nur die Form der Rentenschuld oder der Höchstbetragshypothek gewählt werden (RG. RJA. 4 S. 38). Für kapitalisierte Zinsrückstände kann eine Hypothek bestellt werden.

c. „Der Betrag der Forderung erhöht sich, wenn sie *verzinslich* ist, um die Zinsen. Aus der Anwendung des Eintragungsprinzips auf die Hypothek (§ 873, 1113) folgt daher, daß die Zinsen oder vielmehr die Verzinslichkeit der Forderung und der Zinssatz, der die Höhe der Zinsen bestimmt, in das Grundbuch mit eingetragen werden müssen, wenn das Grundstück nicht bloß für das Kapital, sondern auch für die Zinsen haften soll. An dieser Folgerung hält das BGB. in Ansehung der *rechtsgeschäftlichen* (vorbedungenen) Zinsen fest, indem es sich auf den Standpunkt stützt, den die meisten Gesetze, welche die Hypothek an die Eintragung in das Grundbuch knüpfen, namentlich das PEigG. in den §§ 23, 30, einnehmen." (M III S. 642.) Das Grundstück haftet für rechtsgeschäftliche Zinsen nur, wenn der Zinssatz eingetragen ist. Ist kein Zinssatz eingetragen, so kann Befriedigung wegen einer Zinsforderung aus dem Grundstücke nicht verlangt werden. Die Befugnis, für ein zinslos eingetragenes Kapital einen Zinssatz bis zu 5% mit der Rangordnung des Kapitals eintragen zu lassen (§ 1119), ersetzt die fehlende Eintragung des Zinssatzes nicht. Ist die Verzinsung der eingetragenen Forderung vereinbart, ohne daß der Zinssatz bestimmt ist, so kann der Gläubiger vom persönlichen Schuldner zwar vier bezw. (bei beiderseitigen Handelsgeschäften) fünf vom Hundert für das Jahr verlangen (BGB. § 246, HGB. § 352), aber Befriedigung aus dem Grundstücke wegen der Zinsen nicht oder, beim Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Zinsen, nicht mit dem Range des Kapitals beanspruchen. Ist in der Eintragungsbewilligung die Forderung als verzinslich bezeichnet, der Zinssatz aber nicht angegeben, so muß die Eintragung abgelehnt werden (RG. Rsp. 1 S. 456). Die Bemerkung der Zinslosigkeit, die nach § 23 PEigG. in der Eintragungsbewilligung enthalten sein mußte, bedarf es jetzt weder in der Eintragungsbewilligung noch im Eintragungsvermerk. Ist von Zinsen nicht die Rede, so ist das Kapital unverzinslich. Eine Ausnahme bestand in Preußen nach § 20 EG. v. 28. Mai 1873 für die in der Prov. Hannover bestehenden vom Staate genehmigten Kreditgesellschaften, sie ist jedoch bei der Aufhebung dieses Gesetzes durch Art. 33 Nr. 5 PAG. z. BGO. nicht aufrecht erhalten. Außerdem konnte früher der in den Regulativen einzelner landschaftlichen Pfandbriefinstitute vorgesehene Anspruch auf Verzugszinsen für die nicht pünktlich gezahlten Zinsen nur dann bei der Kaufgelderbelegung im Zwangsversteigerungsverfahren zugleich mit dem Kapitalanspruche geltend gemacht werden, wenn diese Verzugszinsen gleichwie die eigentlichen Zinsen im Grundbuch eingetragen waren, und es genügte dazu nicht der allgemeine Vermerk im Grundbuche, daß die Darlehnsforderung eine dem Regulativ und dem Statute des Pfandbriefinstituts unterworfene sei (RG. E. 2 S. 286, Bolze 1 Nr. 205). Das ist durch Abs. 2 des § 1115 BGB. geändert (vgl. unten).

Ist der Zinssatz auf Grund der Eintragungsbewilligung höher eingetragen, als vereinbart war — sind z. B. statt der vereinbarten 4 Prozent 5 Prozent eingetragen — so ist das Grundbuch unrichtig und der Eigentümer kann vom Gläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Satzes, um den die Zinsen zu hoch eingetragen sind, verlangen (§ 894). Diese Befugnis steht auch dem Ersteher gemäß

§ 417 zu, welcher die Hypothek gemäß § 53 ZVG. übernommen hat. (RG. JW. 1899 S. 200 Nr. 63.)

Die Höhe des Zinssatzes ist reichsgesetzlich nicht begrenzt; nur darf kein Wucher vorliegen (BGB. § 138). Die Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als sechs Prozent hat zur Folge, daß der Schuldner jederzeit kündigen kann (§ 247 in Vorbemerk. 7 Abs. 2 S. 699). Von Zinsen können in der Regel Zinsen nicht vorbedungen, auch Verzugszinsen nicht gefordert werden (§§ 248, 287).

Der Zinssatz kann nicht nur in einem Prozentsatze festgestellt und eingetragen werden, sondern auch in der Weise, daß die Zinsvergütung in gewöhnlichen Bruchteilen des Kapitals (1/10, 1/20) oder auch in einer bestimmten Summe ohne Angabe des Verhältnisses derselben zum Kapital, also ohne Aufführen des Zinssatzes, (z. B. wöchentlich 10 Mk. oder 2000 Mk. pro Jahr) festgesetzt wird (KG. RJA. 4 S. 237).

Nach § 30 PEigG. haftete das Grundstück nur für die eingetragenen Zinsen ohne Rücksicht auf ihre Entstehung (vorbedungene, gesetzliche). Dies gilt nur noch für die rechtsgeschäftlichen Zinsen, für die gesetzlichen Zinsen haftet das Grundstück nach § 1118 BGB. kraft der Hypothek, also ohne daß deren Eintragung bewilligt und erfolgt ist (vgl. auch §§ 1146).

Nach dem Entw. I (§§ 1064, 1066) sollte sich die Hypothek in der Haftung des Grundstücks für Kapital, Zinsen und Kosten erschöpfen. Für Erweiterungen der Hypothek, wie die eingetragenen sonstigen Jahreszahlungen des § 30 PEigG. und Schadenersatz, wurde ein praktisches Bedürfnis nicht anerkannt. „Mit dem Eintragungsprinzip und dem Spezialitätsprinzipe — heißt es in den Mot. III S. 650 — stehen sie nicht im Einklange. Die Jahreszahlungen werden entweder auf das Kapital oder auf die Zinsen geleistet. Haben sie eine besondere Forderung zum Gegenstande, so kann für dieselbe besonders Hypothek bestellt werden. Für mögliche Schadenersatzforderungen des Gläubigers ist die Sicherungshypothek das geeignete Mittel zur Sicherstellung des Gläubigers." Bei der 2. Lesung wurden den Zinsen die anderen Nebenleistungen hinzugefügt (Prot. III S. 545). Dadurch ist zum Ausdrucke gebracht, daß besondere Hypotheken oder Sicherungshypotheken dafür nicht bestellt zu werden brauchen, sondern daß es genügt, wenn die anderen Nebenleistungen mit ihrem Geldbetrage bei der Eintragung der Hauptforderung angegeben werden; sie haben dann den Rang der letzteren (KG. RJA. 1 S. 119). Die Angabe des Geldbetrags im Grundbuch ist aber unbedingtes Erfordernis der Haftung des Grundstücks für die Nebenleistungen. Das KG. (Rsp. 8 S. 206) nimmt aber an, daß eine Beschreibung genüge, die eine Berechnung ermöglicht. Die Nebenleistungen haben meistens nicht die rechtliche Natur der Zinsen. Es fallen darunter die Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung (BGB. §§ 339 ff.) und der Beitrag zu den Verwaltungskosten. Früher wurde darüber gestritten, ob sehr verwickelte Zins-, Amortisations- und Entschädigungsansprüche eintragungsfähig seien oder ob deren Eintragung nur in Form einer Kautionshypothek zugelassen werden dürfe (Turnau I S. 375 Nr. 4). Jetzt darf die Eintragung nicht abgelehnt werden, wenn der Geldbetrag angegeben ist. Die Eintragung einer Hypothek z. B. mit dem Vermerke, daß der auf vier vom Hundert festgesetzte Zinssatz auf fünf vom Hundert sich erhöht, wenn die Zinsen nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach der Fälligkeit entrichtet werden, war früher und ist jetzt zulässig (RG. E. 37 S. 274; Martinius in Gruch. 39 S. 542; KG. RJA. 1 S. 79, 3 S. 249, Karlsruhe das. 3 S. 52). Ebenso die Eintragung mit dem Vermerke, daß, wenn die Hypothek vor einem bestimmten Tage zur Rückzahlung verlangt wird, ein in Prozenten der eingetragenen Summe ausgedrückter Zuschlag (sog. Strafprozente) zu entrichten ist (KG, RJA. 1 S. 119; Karlsruhe RJA. 3 S. 52). Aber immerhin muß der Zinssatz, auch bei Eintragung des Rangvorbehalts (BGB. § 881), in irgend einer Weise bestimmt sein (KG. RJA. 4 S. 247). Ist in der Eintragungsbewilligung ein Normalzinssatz festgesetzt, dessen Erhöhung aber für gewisse Fälle bis zu einer bestimmten Grenze vorgesehen, so kann der Gläubiger sich nicht darüber beschweren,

wenn im Grundbuch nur der Minimal- und der Maximalbetrag vermerkt und wegen der Voraussetzungen, unter denen die Zinserhöhung eintritt, auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (KG. RJA. 4 S. 42; vgl. RG. E. 50 S. 153 f.) Die Eintragung von Kosten (für die das Grundstück nicht nach § 1118 BGB. haftet) ist nicht zulässig, wenn ihr Geldbetrag nicht angegeben ist (KG. RJA. 1 S. 81). Die Eintragung kann aber von den Beteiligten dadurch vereinfacht werden, daß ein Höchstbetrag angegeben wird, bis zu dem das Grundstück für die anderen Nebenleistungen haften soll. Die Eintragung der Nebenleistungen für Darlehne von Kreditanstalten, deren Satzung öffentlich bekannt gemacht worden, ist im Abs. 2 des § 1115 erleichtert. Die Eintragung des Höchstbetrags kann durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht ersetzt werden (KG. Rsp. 4 S. 71). Über die Eintragung der Amortisationsbeiträge vgl. Anm. 3 c. Auch die Nebenleistungen einer Hypothek können nur in Geld bestehen. Andere Nebenleistungen können weder bei der Hypothek eingetragen werden, noch werden sie durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gedeckt. Die Verpflichtung des Eigentümers, dem Hypothekengläubiger fortlaufend die Versicherung der Gebäude gegen Feuerschaden nachzuweisen, ist überhaupt nicht eintragungsfähig. Die Verpflichtung, dem Gläubiger jederzeit Zutritt zur Besichtigung des Grundstücks zu gewähren, kann nicht als Nebenleistung bei der Hypothek, sondern allenfalls als beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Abt. II eingetragen werden. (KG. JW. 29 S. A 247.)

Die Haftung des Grundstücks für die Zinsen (rechtsgeschäftliche und gesetzliche) und für die als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichtenden Amortisationsbeiträge wird durch die kurze (vierjährige) Verjährung eingeschränkt (BGB. §§ 197, 902 Abs. 1 Satz 2).

Über die Rangordnung, in welcher der Anspruch auf Zinsen und andere Nebenleistungen, für die das Grundstück haftet, bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung befriedigt wird, vgl. § 10 Nr. 4, 8, §§ 12, 13, 155 ZVG. In dem, den Landschaften und sonstigen Pfanddriefinstituten gewährten Privileg, in der Subhastation der für ihre Pfanddriefdarlehne verpfändeten Grundstücke ohne Rücksicht auf anderweite gesetzliche Bestimmungen an der Stelle der Hypothekenforderung alle, selbst die älteren als zweijährigen Zinsrückstände liquidieren zu können (RG. E. 4 S. 337), ist seit dem 1. Januar 1900 ein Änderung eingetreten. Durch § 2 Abs. 2 EG. z. ZVG. sind die landesgesetzlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt, wonach den landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten für den Anspruch auf ältere als zweijährige Rückstände wiederkehrender Leistungen ein Vorrecht vor den im § 10 Nr. 1—6 ZVG. bezeichneten Ansprüchen beigelegt ist. Danach bleibt das Vorrecht nur vor den älteren Rückständen der dritten und vierten Klasse (ZVG. § 10 Nr. 7, 8) bestehen.

Der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, kann nach der Veräußerung des belasteten Grundstücks vom Hypothekengläubiger auch nicht wegen der während seiner Besitzzeit fällig gewordenen und unberichtigt gebliebenen Zinsen persönlich in Anspruch genommen werden (anders bei Reallasten nach § 1108 BGB.). Die Aufnahme einer Bestimmung, daß der Eigentümer ohne Rücksicht darauf, ob er persönlicher Schuldner sei oder nicht, für die Zinsen auch persönlich hafte, ist abgelehnt. (Prot. III S. 576 VIII.)

2. Die Vorschrift des Abs. 2 des § 1115, welche bei der 2. Lesung hinzugefügt ist, will ermöglichen, daß die für Darlehne der dort bezeichneten Kreditanstalten bestellten Hypotheken durch Vereinbarung der Beteiligten auf die nach den Satzungen außer den Zinsen zu entrichtenden Nebenleistungen erstreckt werden können und daß bezüglich dieser Nebenleistungen bei der Eintragung nur auf die Satzungen Bezug genommen zu werden braucht. Es ist schon bemerkt, daß bisher die Eintragung bezüglich der anderen Nebenleistungen nicht durch die Bezugnahme auf die Regulative und Statuten der Kreditinstitute ergänzt werden konnte. Die neue Vorschrift, ist, wie folgt, gerechtfertigt:

„Nach den Satzungen dieser Kreditanstalten (der preuß. Landschaften und sonstiger Pfandbriefinstitute) übernimmt der Darlehnsschuldner neben den Zinsen und Kosten noch

mannigfache andere Nebenleistungen. Bei einigen davon, z. B. den Zinsen für rückständig gebliebene, von der Anstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen, den Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, handelt es sich um Forderungen, deren Entstehung und Betrag von vornherein nicht feststeht. In Ermangelung einer Vorschrift müßte daher für diese Forderungen neben der für das Darlehn bestellten Buchhypothek noch eine besondere Sicherungshypothek eingetragen werden. Eine solche würde einerseits den Darlehnskredit, den die Kreditanstalt satzungsweise gewähren darf, beschränken, da ihr Betrag vom beleihungsfähigen Grundstückswert abgerechnet werden müßte, anderseits dem Schuldner die Erlangung des häufig unentbehrlichen weiteren Kredits hinter den Hypotheken der Kreditanstalt erschweren. Um diese wirtschaftlich nachteiligen Konsequenzen zu beseitigen, ist es geboten, die vertragsmäßige Erstreckung der Darlehnshypothek auf die satzungsmäßigen Nebenleistungen ohne Eintragung eines bestimmten Betrags zu gestatten. Die Abweichung vom Spezialitätsprinzip ist weder für den Schuldner noch für die nachstehenden Gläubiger bedenklich; die hier fraglichen Nebenleistungen sind teils ihrer Natur nach geringfügig, teils kann darauf gerechnet werden, daß die Aufsichtsbehörde sie (z. B. Vertragsstrafen) nicht in übermäßiger Höhe zulassen wird. Indessen erscheint es ausreichend, die *vertragsmäßige* Erstreckung der Darlehnshypothek auf die fraglichen Nebenleistungen zu gestatten, da es den Kreditanstalten unschwer möglich sein wird, den Schuldner zur Einwilligung in diese Vertragsbedingung zu vermögen. Es besteht daher kein Bedürfnis, die Haftung des hypothekarischen Grundstücks kraft Gesetzes auf die Nebenleistungen zu erstrecken." (Prot. III S. 545 B.)

Die Vorschrift des Abs. 2 des § 1115 enthält eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1; sie unterliegt daher der strengen Auslegung. Nur wenn folgende Voraussetzungen zusammentreffen, ist ihre Anwendung gestattet. Es muß die Hypothek für ein *Darlehn*, sie darf nicht für eine andere Forderung bestellt sein. Und zwar für ein Darlehn einer *Kreditanstalt*, deren Satzung von der *zuständigen Behörde öffentlich bekannt* also in autoritativer Weise der Kenntnis eines jeden zugänglich gemacht ist. Es ist nicht erforderlich, daß die Satzung in vollem Umfange veröffentlicht wird, wie es in Preußen inbetreff der bestehenden landschaftlichen Kreditinstitute früher durch die Gesetzsammlung geschah und seit dem G. v. 10. April 1872 (GS. S. 357) durch die Amtsblätter der betreffenden Bezirke geschieht. Es genügt, daß die Satzung in dem die Nebenleistungen betreffenden Teile von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht ist; es muß aber dann in dem Eintragungsvermerk ausdrücklich die von den einzutragenden Nebenleistungen handelnde Stelle der Statuten bezeichnet werden. (KG. RJA. 1 S. 205.) Der Antrag, im Eintragungsvermerke die Satzung nach dem Datum und die außer den Zinsen zu entrichtenden Nebenleistungen nach den Paragraphen der Satzung zu bezeichnen, darf vom Grundbuchamte nicht abgelehnt werden (KG. JW. 23 S. A 143). *Der Zinssatz muß stets eingetragen werden*, die Bezugnahme auf die Satzung ist nur rücksichtlich der *Nebenleistungen* außer den Zinsen gestattet. Nur die in der Satzung bezeichneten Nebenleistungen werden durch die Bezugnahme gedeckt. Werden im einzelnen Falle neben den satzungsmäßigen Nebenleistungen noch andere vereinbart, so müssen diese mit ihren Geldbeträgen besonders angegeben werden. Hinsichtlich der Nebenleistungen darf nur dann auf die Satzung Bezug genommen werden, wenn sie in der Satzung selbst ihrem ganzen Umfange nach derart aufgeführt sind, daß es bloß der Unterwerfung des Schuldners unter die Satzung bedarf, um sie als vereinbart erscheinen zu lassen. Die Bestimmungen der Satzung müssen die vertraglichen Festsetzungen im einzelnen erübrigen, so daß, wenn unter Hinweis auf sie kontrahiert wird, eine Sonderabrede wegen der Nebenleistungen nach keiner Richtung mehr erforderlich ist. Zinseszinsen insbesondere können nur dann als satzungsmäßig zu entrichtende gelten und unter Bezugnahme auf die Satzung eingetragen werden, wenn auch die Höhe der Zinseszinsen in der Satzung selbst und nicht erst in der Schuldurkunde aus Anlaß der Satzung geregelt ist. Ist z. B. in der Satzung nur bestimmt, bei Darlehnen sei mit dem Schuldner im voraus zu vereinbaren, daß rückständige Zinsen wieder zu verzinsen seien, und ist in der Schuldurkunde und Eintragungsbewilligung festgesetzt, daß Zinsraten, die länger als 14 Tage rückständig bleiben, vom Fälligkeitstag an wieder mit $4^3/_8$ % zu verzinsen seien: so ist für die Eintragung der Zinseszinsen die

Bezugnahme auf die Satzung, die über ihre Höhe nichts enthält, nicht statthaft. In solchem Falle kann die Eintragung der Zinseszinsen nur unter Angabe ihres Geldbetrags oder gemäß § 1190 BGB. als Sicherungshypothek erfolgen. (KG. JW. 22 S. A 167, Perls a. a. O. S. 249.)

Bei einzelnen Kreditanstalten bestehen statutarische Vorschriften, die für die Eintragung der Pfandbriefschulden eine weiter gehende Spezialisierung, als die im § 1115 geforderte, vorschreiben. Das Regulativ der ostpreuß. Landschaft v. 23. Juni 1866 (GS. 343 z. B. schreibt in den §§ 3—5 ausdrücklich die Eintragung gewisser Nebenrechte vor. Da die statutarischen Vorschriften derjenigen landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten, die schon am 1. Januar 1900 bestanden haben, gemäß Art. 2 EG. z. BGB. zu den landesgesetzlichen Vorschriften gehören, die nach Art. 167 das. auch gegenüber den Vorschriften des BGB. in Kraft bleiben, so würde es mindestens zweifelhaft sein, ob eine lediglich dem Abs. 2 des § 1115 BGB. entsprechende Eintragung auch diejenigen Nebenrechte umfaßt, deren Eintragung in den Statuten ausdrücklich vorgeschrieben ist. Um derartige Zweifel zu vermeiden und die aus § 1115 Abs. 2 sich ergebenden Erleichterungen den Instituten voll zugute kommen zu lassen, hat der preuß. Minister f. Landwirtsch. ꝛc. für empfehlenswert erachtet, im Wege der Statutenänderung Vorschriften der bezeichneten Art außer Kraft zu setzen bezw. vorzuschreiben, daß für die Zeit vom 1. Januar 1900 ab für die Eintragung der Pfandbriefsdarlehne lediglich die Vorschrift des § 1115 Abs. 2 BGB. zur Anwendung kommt. Dabei ist bemerkt, daß die Frage der grundbuchmäßigen Sicherstellung der Kursdifferenz-Darlehne, sofern diese selbständige, neben den Pfandbriefsdarlehnen einhergehende *Kapitalforderungen* der Landschaften darstellen, durch die Vorschrift des § 1115 nicht berührt wird. (Erl. v. 1. Juli 1897. RAnz. 1897 Nr. 160.) Solche Kursdifferenz-Darlehne müssen *besonders* eingetragen werden.

Die erleichterte Form des § 1115 Abs. 2 ist bei der Eintragung der anderen Nebenleistungen nur dann anzuwenden, wenn diese in der Eintragungsbewilligung durch Bezugnahme auf die Satzung bezeichnet sind. Ist dies nicht geschehen, sondern sind die einzelnen Nebenleistungen mit ihrem Geldbetrag ohne Erwähnung der Satzung angegeben, so hat sich die Eintragung der Bewilligung anzuschließen und die Nebenleistungen zu spezialisieren, mögen sie auch sämtlich in der Satzung der als Gläubigerin beteiligten Kreditanstalt angegeben sein. Im Abs. 2 des § 1115 ist nur die Bezugnahme auf die *Satzung* für genügend erklärt; der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist nicht die gleiche Wirkung beigelegt (KG. RJA. 1 S. 208, Planck Nr. 4 b β, Biermann Nr. 5 zu § 1115; Oberneck 1 S. 724; a. M. Fuchs S. 398 Nr. 8 b). Wenn anscheinend bei der Kommissionsberatung das Gegenteil angenommen ist (vgl. Prot. III S. 546), so bietet doch das Gesetz dafür keinen Anhalt. Im Abs. 2 wird die Eintragungsbewilligung nicht erwähnt, und im Abs. 1 Halbs. 2 wird die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Forderung nur „im übrigen", also soweit nicht nach dem 1. Halbs. des Abs. 1 die Angabe bei der Eintragung erfolgen muß, zugelassen; der Geldwert der anderen Nebenleistungen muß aber bei der Eintragung angegeben werden. Ist im Eintragungsvermerke nur auf die *Eintragungsbewilligung* Bezug genommen, obwohl in dieser auf die *Satzung* verwiesen war, so muß der Vermerk auf Antrag der Kreditanstalt berichtigt werden (KG. RJA. 1 S. 205). Das KG. hat für Preußen entschieden: Der Grundbuchrichter hat sich bei der nach § 1115 Abs. 1 zulässigen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Anschluß an die Probeeintragungen in dem Formular Anlage A der AVs. v. 20. Novbr. 1899 (vgl. Abt. II Nr. 2, 3, 5, Abt. III Nr. 4 und Spalte 7 zu Nr. 1 u. 2) auch dieses Ausdrucks zu bedienen; ein Vermerk dahin, daß auf die Urkunde vom . . . . verwiesen werde, entspricht nicht den bestehenden Ordnungsvorschriften. Es hat auf Beschwerde des Gläubigers angeordnet, daß der im Eintragungsvermerke gebrauchte Ausdruck „Urkunde" durch das Wort „Bewilligung" oder „Eintragungsbewilligung" zu ersetzen sei. (KG. JW. 21 S. A 142.)

Die Eintragung kann unter Berücksichtigung des Abs. 2 des § 1115 etwa so gefaßt werden: „150 000 Mk. Pfandbriefsdarlehn der . . . Landschaft mit 4 Prozent Zinsen und den sonstigen im § . . . des Regulativs vom . . . bezeichneten Nebenleistungen eingetragen

unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom ... wegen der Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen am ..." (KG. RJA. 1 S. 208).

Eine den Voraussetzungen des Abs. 2 des § 1115 entsprechende Eintragung ist nach Art. 192 EG. z. BGB. seit dem 1. Januar 1900 auch dann genügend, wenn sie vor diesem Zeitpunkt erfolgt ist (a. M. Perls S. 252).

Zu den Nebenleistungen im Sinne des § 1115 Abs. 2 gehören auch Zinseszinsen. Sollen solche für eine Kreditanstalt, deren Satzung nicht von der zuständigen Behörde bekannt gemacht ist (auf die daher der § 1115 Abs. 2 keine Anwendung findet), der aber nach § 248 Abs. 2 das Recht zusteht, sich im voraus Zinseszinsen versprechen zu lassen, eingetragen werden, so kann dies nur unter Angabe eines bestimmten Geldbetrags geschehen. (KG. RJA. 1 S. 81.)

3. Hinsichtlich der übrigen Momente, durch welche die Forderung bestimmt wird, schreibt das Gesetz eine besondere Bezeichnung im Grundbuche nicht vor, weil der in diesem zur Verfügung stehende Raum in zahlreichen Fällen nicht ausreicht, um ein vollständiges Bild von der Forderung aufzunehmen. Es genügt daher, zur näheren Bezeichnung der Forderung im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. Insbesondere kann der Grund der Forderung nur im allgemeinen, als Darlehn, Kaufvertrag ꝛc., auch als Schuldversprechen gemäß § 780 (KG. JW. 26 S. A 282), eingetragen, erschöpfend dagegen nur in der Eintragungsbewilligung, die sich weiter durch Bezugnahme auf den Inhalt der ihr beigefügten Schuldurkunde ergänzen kann, beschrieben werden. Die Beteiligten können nicht verlangen, daß Bestimmungen, die durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als eingetragen gelten, eingetragen werden (RG. E. 50 S. 153).

Es fragt sich, welchen Einfluß es hat, wenn die Hypothek ohne nähere Bezeichnung der Forderung durch Angabe des Schuldgrundes oder mit unrichtiger Angabe des Schuldgrundes eingetragen ist. Die preußische Praxis nahm mit Rücksicht auf § 19 Nr. 1 Abs. 2 PEigG. an, daß in dem Eintragungsvermerke irgend ein Schuldgrund angegeben sein müsse (RG. Gruch. 42 S. 730, E. 42 S. 318), wobei die Angabe, daß die Schuld aus verschiedenen Geschäften herrühre, für ausreichend erachtet wurde (Joh. 7 S. 222). Es wurde aber weiter angenommen, die unrichtige Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes beeinträchtige die Wirksamkeit der Hypothek nicht; es genüge der Nachweis, daß eine Forderung aus irgend einem Rechtsgrunde bestehe und daß für diese Forderung Sicherung durch die Hypothek (oder Vormerkung) beschafft werden sollte, es komme also lediglich auf die Identität des Anspruchs, nicht auf die Identität der Angabe des Schuldgrundes im Eintragungsvermerk an (RG. Gruch. 31 S. 1048, Bd 34 S. 963, Rhein. A. 79 III S. 90, E. 45 S. 176). Insbesondere wurde dies auch für Kautionshypotheken angenommen (RG. JW. 1898 S. 313 Nr. 107). Es wurde z. B. angenommen, daß die Hypothek eines Schuldgrundes nicht entbehre, wenn Eintragungs-Bewilligung und Vermerk den Eigentümer als Darlehnsschuldner angebe, während das Darlehn einem andern gegeben, die Hypothek also für fremde Schuld bestellt ist (RG. JW. 1898 S. 36 Nr. 91); ferner daß eine Kautionshypothek, die nach Bewilligung und Eintragung zur Sicherung des Gläubigers wegen einer von ihm für den Grundstückseigentümer gegenüber einem Vorschußverein in E übernommenen Bürgschaft für Kreditbewilligung bestellt war, rechtswirksam sei, obwohl hinterher der Kredit nicht von diesem Vereine, sondern von einer Gewerbebank in W bewilligt war (RG. V 162. 02); endlich, daß eine Kautionshypothek gültig sei, die zur Sicherung eines dem Eigentümer zu gewährenden Kredits bestellt ist, während in Wirklichkeit ein Dritter der Kreditempfänger sein sollte und war (RG. JW. 1903 S. 162 Nr. 32). Alle diese Urteile treffen umsomehr auch für das heutige Recht zu, als das BGB. die Aufnahme des Schuldgrundes in den Eintragungsvermerk nicht vorschreibt. Da im § 1115 BGB. die Bezeichnung der Forderung weder zu den notwendigen Angaben des Eintragungsvermerks gerechnet noch gefordert wird, daß sie in der Eintragungsbewilligung enthalten sei, so ist

die Hypothek keinenfalls unwirksam, wenn nicht ein bestimmter oder wenn ein unrichtiger Schuldgrund im Grundbuch angegeben ist. Es genügt, daß bei der Eintragung ersichtlich gemacht wird, die Belastung solle nicht eine Grundschuld, sondern eine Hypothek sein; daß z. B. eingetragen wird: „10 000 Mk. Hypothek nebst 4% Zinsen für X", oder „10 000 Mk. Forderung des X. nebst 4% Zinsen". Allerdings ist die so eingetragene Hypothek nicht vollwirksam, da die Forderung nach § 1138 am öffentlichem Glauben des Grundbuchs nur so weit teilnimmt, als sie im Grundbuche bezeichnet ist, und infolgedessen der Gläubiger bei Geltendmachung des Hypothekenrechts nicht nur das Bestehen der Forderung, sondern auch nachzuweisen hat, daß die Forderung die ist, für welche die Hypothek bestellt worden. Durch die unvollständige oder unrichtige Bezeichnung der Forderung wird rechtlich die dafür bestellte Hypothek zu einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 abgeschwächt. Der Gläubiger kann vom Eigentümer die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 fordern, wenn die Forderung unrichtig oder unvollständig bezeichnet ist. (A. M. Predari S. 201 Nr. III; wie hier Biermann SR. Nr. 6 und Kober Nr. 1 A 2 zu § 1115.) Klagt der Eigentümer auf Bewilligung der Löschung, weil der eingetragene Schuldgrund nicht bestehe, so hat er zu beweisen, daß ein anderes oder gar kein Schuldverhältnis bestehe (RG. JW. 1902 S. 421 Nr. 14). Ist als Schuldgrund Darlehn angegeben, so genügt mit Rücksicht auf § 607 Abs. 2 BGB. nicht schon der Nachweis des Eigentümers, daß er kein bares Geld empfangen habe (RG. E. 57 S. 320).

Das Kammerger. hat entschieden, daß die Forderung unter Angabe des Schuldverhältnisses in der Bewilligung genau bezeichnet sein müsse, weil die Eintragung einer gewöhnlichen Hypothek nur für eine bestimmte, konkret bezeichnete Forderung erfolgen dürfe (1113); daß zwar nicht die Bezeichnung des Schuldverhältnisses mit einem juristisch-technischen Ausdrucke geschehen, daß aber aus dem Inhalte der Bewilligung das Schuldverhältnis sich mit genügender Sicherheit ergeben müsse. „Der Grundbuchrichter braucht sich nicht damit abzugeben, aus einer dunkel und zweifelhaft abgefaßten Bewilligung deren Sinn und die Absicht des Bewilligenden auf die Gefahr hin, daß vielleicht doch etwas anderes gewollt war, herauszuschälen. Er kann vielmehr im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs verlangen, daß die Bewilligung in klaren ein Mißverständnis ausschließenden Worten auch über die Art des Schuldverhältnisses Auskunft gebe." (KG. JW. 21 S. A 139.) Es genügt aber, wenn der Eigentümer bekennt, dem Gläubiger eine bestimmte Summe zu verschulden, und verspricht, die Schuld bis zu einem bestimmten Tage seinem Gläubiger zurückzuzahlen (Schuldversprechen, BGB. § 780), oder wenn er die Hypothek dafür bestellt hat, daß er aus einer Schuldübernahme dem Gläubiger eine bestimmte Summe verschulde (Schuldanerkenntnis BGB. § 781), abgibt. In den Rahmen des § 781 fällt nicht nur das relativ abstrakte (individualisierte) Anerkenntnis einer Schuld, das Bekenntnis, aus einem Darlehn oder Kaufe ꝛc. (ohne Wiederholung des vollen Tatbestandes des kausalen Geschäfts) eine bestimmte Summe schuldig zu sein, sondern auch das absolut abstrakte Anerkenntnis ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes. (KG. JW. 22 S. A 307, Bd 26 S. A 278, RJA. 3 S. 135, Rsp. 2 S. 359; vgl. Mot. II S. 788; Prot. II S. 501.)

Zu den Punkten, deren Eintragung nach § 1115 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt werden kann, gehören insbesondere noch folgende:

a. der Anfangstag der Verzinsung. Nach § 23 PEigG. war dieser Tag in der Eintragungsbewilligung anzugeben und nach § 43 PGBO. auch in das Grundbuch mit einzutragen. Im BGB. ist dies nicht vorgeschrieben, weil man ein praktisches Bedürfnis für die Eintragung nicht gefunden hat (Mot. III. S. 643). Der Anfangstag der Verzinsung gilt nach § 1115 als eingetragen, wenn er in der Eintragungsbewilligung angegeben und bei der Eintragung darauf verwiesen ist (KG. JW. 24 A S. 127, Seuff. Arch. 57 S. 136). In manchen Fällen ist die Angabe eines bestimmten Anfangstags der Verzinsung unmöglich, z. B. bei Kautionen oder bei der für den Eigentümer eingetragenen Grundschuld (BGB.

§ 1197) oder wenn der Anfang der Verzinsungspflicht vom Eintritt eines der Zeit nach ungewissen Ereignisses, z. B. vom Todestag einer bestimmten Person, abhängig gemacht ist;

b. die Termine, an denen die Zinsen zu entrichten sind. Schon bei Beratung des PEigG. ist der Vorschlag, die Zahlungstermine für den Hypothekenverkehr gesetzlich zu bestimmen, gescheitert, weil es an jeder Berechtigung fehle, die sog. Umschlagstermine zwangsweise neu einzuführen (vgl. Werner II S. 55). Auch bei Beratung des BGB. hat man für empfehlenswert erachtet, weder die Termine, an denen die Zinsen zu entrichten sind, gesetzlich zu bestimmen, noch die Eintragung der Termine in das Grundbuch als materielles Erfordernis vorzuschreiben. In den Motiven (III S. 644) heißt es: „Aus der akzessorischen Natur der Hypothek ergibt sich, daß für die Zeit der Zinsenzahlung das persönliche Schuldverhältnis, durch das die Forderung begründet wird, maßgebend ist. Wollte man die Zeit gesetzlich bestimmen, so würde die Bestimmung in das Obligationenrecht gehören und dort für alle Arten von Grundschulden gleichmäßig getroffen werden müssen. So weit zu gehen, untersagt sich aber aus Rücksicht auf die verschiedene Natur der einzelnen Schuldverhältnisse." Die im § 30 Entw. I e. GBO. vorgeschlagene Ordnungsvorschrift: „bei einer verzinslichen Hypothek oder Grundschuld sollen die festgesetzten Zinstermine eingetragen werden" — ist nicht beibehalten. Auch für das Zwangsversteigerungsverfahren sind die Zinstermine subsidiär gesetzlich nicht bestimmt.

Ist bei einer Darlehnshypothek der Zinssatz im Grundbuch eingetragen, aber der Zinszahlungstermin nicht bestimmt, so sind die Zinsen nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehn vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen ist, bei der Rückerstattung zu entrichten (BGB. § 608). Demnach ist die Angabe der Zinstermine auch in der Eintragungsbewilligung nicht erforderlich, wenn für sie § 608 maßgebend sein soll (Rostock Rsp. 7 S. 195).

c. Die Zahlungsbedingungen, d. h. die Vereinbarungen der Beteiligten über die Zeit, den Ort und die Art der Zahlung des eingetragenen Kapitals, mußten nach § 23 PEigG. in der Eintragungsbewilligung angegeben und demgemäß in das Grundbuch eingetragen werden. Da für das BGB. bezüglich der Zinsen die gesetzliche Regelung der Zahlungszeit abgelehnt ist, mußte folgerichtig diese Regelung auch in Ansehung der Zahlung des Kapitals unterbleiben. Auch für die Eintragung der Zahlungszeit ist ein Bedürfnis nicht anerkannt. Für die Zahlungsbedingungen ist durchweg der Inhalt der Eintragungsbewilligung und, soweit diese schweigt, das Recht der Schuldverhältnisse maßgebend. (Mot. III S. 645.) Zahlungen irgend welcher Art, die zur Abtragung des Kapitals zu leisten sind, namentlich die als Zuschläge zu den Zinsen jährlich zu zahlenden Amortisationsbeiträge von Hypotheken, sind nicht Nebenleistungen im Sinne des § 1115, sondern Hauptleistungen. Damit solche Zahlungsbedingungen als im Grundbuch eingetragen gelten, bedarf es nicht der Angabe des Geldbetrags der zu leistenden Abzahlungen im Eintragungsvermerke, sondern es genügt, daß ihretwegen im Eintragungsvermerke auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (KG. JWBl. 1902 S. 216, RJA. 3 S. 137; München im Recht 1902 S. 508 Nr. 2340; RG. E. 54 S. 88). Die Eintragung von Änderungen der Zahlungsbedingungen ist zulässig (KG. Rsp. 3 S. 232). Über die Eintragung der sog. Goldklausel vgl. Bd II Anm. III 2 zu § 28 GBO.

Eine Hypothek, die unter den Vertragsbedingungen bestellt werden soll, daß sie mit 4% verzinst werden, aber beiderseits unkündbar sein und beim Tode des Gläubigers dem Schuldner zufallen solle, ist nicht eintragungsfähig (KG. Rsp. 2 S. 9). Dagegen ist die Vereinbarung eintragungsfähig, daß der Schuldnereigentümer seinen ganzen Bedarf an Bier aus der Brauerei des Gläubigers zu entnehmen habe, daß das Darlehnskapital dadurch abzutragen sei, daß der Eigentümer auf den für jedes Hektoliter festgesetzten Preis einen bestimmten Zuschlag zu zahlen habe, und daß das Kapital sofort fällig sei, wenn der Eigentümer von einer anderen Brauerei beziehe oder das Grundstück veräußere (KG. Rsp. 3 S. 232).

Ist über den Zahlungsort in der Eintragungsbewilligung nichts Abweichendes bestimmt, so wird er durch das Gesetz bestimmt. Bei Hypotheken sind für den Ort der Zahlung die Bestimmungen des § 269 und, wenn die Rückgabe einer hinterlegten Sache in Frage kommt, der § 697 BGB. maßgebend. Nach § 270 hat der Eigentümer Kapital und Zinsen der Hypothek im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an seinem Wohnsitze bezw. an dem Orte seiner gewerblichen Niederlassung zu übermitteln. Erhöhen sich infolge einer Änderung des Wohnsitzes oder der Niederlassung des Gläubigers die Kosten und die Gefahr der Übermittlung, so hat der Gläubiger die Mehrkosten und die Gefahr zu tragen. Hat sich der Eigentümer verpflichtet, dem Gläubiger Kapital und Zinsen an dessen jedesmaligem Wohnorte zu entrichten, so braucht er dieser Pflicht nur am Wohnorte des ursprünglichen Gläubigers, nicht an dem Wohnort eines etwaigen Zessionars zu genügen. In solchem Falle ist für die Klage auf Kapital und Zinsen daher auch nicht das Gericht des Wohnorts des Zessionars zuständig (RG. RAnz. 1884 Nr. 85). Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderer Nebenleistungen muß bei der Grundschuld und die Zahlung der Ablösungssumme und der Renten bei der Rentenschuld an dem Orte erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat (§§ 1194, 1199, 1200). Zur Änderung des Zahlungsorts bedarf es der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht, es genügt die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger (BGB. § 1119 Abs. 2).

Die Bestimmung der Zahlungszeit ist nicht ganz dem Ermessen der Beteiligten anheimgegeben. Es bedarf hier nur der Ergänzung der in den Vorbemerk. unter 7 Abs. 2 u. 3 (S. 698 f.) mitgeteilten Bestimmungen.

Das BGB. schreibt nur für Rentenschulden vor, daß das Kündigungsrecht des Eigentümers nicht für länger als dreißig Jahre ausgeschlossen werden kann (§ 1202 Abs. 2); für Hypotheken und Grundschulden besteht nach Reichsrecht eine derartige Beschränkung nicht. Art. 117 Abs. 2 EG. z. BGB. enthält jedoch folgenden Vorbehalt:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer unkündbaren Hypothek oder Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers bei Hypothekenforderungen und Grundschulden zeitlich beschränken und bei Rentenschulden nur für eine kürzere als die im § 1202 Abs. 2 BGB. bestimmte Zeit zulassen.

Solche landesgesetzlichen Vorschriften waren für Preußen im § 92 AblösG. v. 2. März 1850 (GS. S. 77) enthalten. Danach durfte die Kündigung auf höchstens 30 Jahre ausgeschlossen werden und konnten die bestehenden, seitens des Schuldners unkündbaren Kapitalien von Verkündung des Gesetzes ab nach Ablauf von 30 Jahren seitens des Schuldners mit sechsmonatiger Frist gekündigt werden. Auf Kreditinstitute fanden diese Bestimmungen keine Anwendung. Gleiche Bestimmungen enthielt für Hohenzollern der § 19 G. v. 28. Mai 1860, für Hessen-Nassau der § 14 G. v. 15. Februar 1872, für Schleswig-Holstein der § 55 G. v. 3. Januar 1873, für den Regierungsbezirk Kassel der § 26 G. v. 23. Juli 1876. Dem § 92 AblösG. v. 2. März 1850 entsprechende Vorschriften fehlten für die Prov. Hannover, den Kreis Herzogtum Lauenburg, die Insel Helgoland und das Geltungsgebiet des rhein. Rechtes. Zur Herbeiführung der Rechtsgleichheit schlug der Art. 32 Entw. e. PAG. z. BGB. für diese Landesteile sachlich im wesentlichen gleiche Vorschriften, wie sie im § 92 AblösG. v. 2. März 1850 enthalten waren, vor; darin waren jedoch die Abs. 1 und 2 in der Fassung dem Art. 117 Abs. 2 EG. z. BGB. und dem § 1202 Abs. 2 BGB. angepaßt und die Kreditanstalten näher bezeichnet, auf welche die Bestimmungen keine Anwendung finden sollten. Von der Komm. des AbgH. wurde beschlossen, unter Aufhebung der bisherigen Vorschriften neue gleichmäßig für alle Landesteile zu erlassen, die vertragsmäßig zulässige Zeitgrenze der Unkündbarkeit auf 20 Jahre abzukürzen und die Kategorie der Rentenschulden einzuschalten. Dementsprechend wurde die Aufhebung der bisherigen Bestimmungen angeordnet (AG. Art. 89 Nr. 15, 22, 27, 29,

31) und in den Art. 32 als § 1 folgende Bestimmung, die auch vom HerrenH. nicht beanstandet wurde und im Gesetze beibehalten ist, aufgenommen:

§ 1. Bei Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden kann das Kündigungsrecht des Eigentümers nur so weit ausgeschlossen werden, daß der Eigentümer nach zwanzig Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist kündigen kann.

Als § 2 wurde vom AbgH. eine Übergangsbestimmung nur für den Geltungsbereich des rhein. Rechtes, für die Prov. Hannover, für Lauenburg und für Helgoland beschlossen und die Kündigung der bis dahin seitens des Schuldners unkündbaren Kapitalien nach Ablauf von 30 Jahren nach dem Inkrafttreten des BGB. für statthaft erklärt. Von der Komm. des HerrenH. wurde der § 2, um Rechtsgleichheit in der ganzen Monarchie herzustellen, so geändert, wie er unter Billigung des AbgH. in das Gesetz übergegangen ist:

§ 2. Kapitalien, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. auf einem Grundstück oder einer Gerechtigkeit angelegt sind und bisher seitens des Schuldners unkündbar oder erst nach einer längeren als einer zwanzigjährigen Frist kündbar waren, können nach dem Ablaufe von zwanzig Jahren seit dem Inkrafttreten des BGB. unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist gekündigt werden, sofern nicht nach den bisherigen Gesetzen die Kündbarkeit schon vorher eintritt.

Die im Art. 32 Abs. 4 der Regierungsvorlage enthaltene Ausnahme zugunsten gewisser Kreditinstitute ist vom AbgH. gestrichen, weil kein Bedürfnis bestehe, bei der Beleihung der betreffenden Kreditinstitute die Ausschließung des Kündigungsrechts des Schuldners in weiterem Umfange zuzulassen, als sie der Art. 32 im allgemeinen gestatte.

Der Art. 32 AG. z. BGB. gilt für die ganze Monarchie. Er beschäftigt sich lediglich mit dem Kündigungsrechte des Eigentümers. Das Kündigungsrecht des Gläubigers, das nach § 92 Abs. 1 AblöfG. v. 2. März 1850 bei neu ausgeliehenen Kapitalien gleichfalls nicht auf länger als 30 Jahre ausgeschlossen werden durfte, kann jetzt auf beliebig lange Zeit vertragsmäßig ausgeschlossen werden; bei Rentenschulden kann sogar, abgesehen vom Falle des § 1133 Satz 2 BGB., dem Gläubiger das Recht, die Ablösung zu verlangen, überhaupt nicht eingeräumt werden. Der Gläubiger ist an die vertragsmäßige Kündigungsklausel gebunden, ihm ist durch Gesetz ein Kündigungsrecht nach Ablauf von 20 Jahren nicht gegeben ohne Unterschied, ob es sich um eine alte, vor dem Inkrafttreten des BGB. begründete, oder um eine neue, nachher begründete Hypothek handelt (RG. Gruch. 26 S. 1070). Durch Art. 32 AG. wird gemäß Art. 117 Abs. 2 EG. z. BGB. die zeitliche Beschränkung des Ausschlusses der Kündbarkeit nur zugunsten des Eigentümers bestimmt; für den persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer des Pfandgrundstücks ist, bleiben die vertragsmäßigen Bestimmungen maßgebend, mag durch sie die Kündbarkeit gänzlich oder für einen längeren als zwanzigjährigen Zeitraum ausgeschlossen, mögen sie für eine Forderung getroffen sein, die vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. durch Hypothek gesichert ist. Nur der Grundbesitz soll von erschwerenden Belastungen befreit sein. Deshalb wird der zwanzigjährige Zeitraum erst von der Eintragung der Hypothek an gerechnet. Wird z. B. für das Kaufgeld eines Grundstücks Unkündbarkeit auf 20 Jahre seit dem Eintrag ausgemacht, erfolgt aber die Eintragung erst nach 18 Jahren, so tritt die Kündbarkeit erst 38 Jahre nach der Begründung der persönlichen Schuld, aber 20 Jahre nach der Begründung der Dinglichkeit ein (RG. Bolze I Nr. 162). Der Art. 32 AG. enthält kein Verbot. Entgegenstehende Verabredungen sind nicht von vornherein ungültig, ihnen ist vielmehr nur die Wirksamkeit über einen Zeitraum von 20 Jahren hinaus gegenüber dem Eigentümer entzogen; die vertragsmäßig beschränkte Kündigungsbefugnis wird in allen Fällen nach längstens 20 Jahren wiederhergestellt. Wird z. B. die Kündbarkeit einer Hypothek für die Lebensdauer des Gläubigers oder des Eigentümers ausgeschlossen, so bleibt die Verabredung auf die Zeit von 20 Jahren in Geltung, sofern der Tod des Gläubigers bezw. des Eigentümers nicht früher eintritt; nach Ablauf von 20 Jahren tritt aber die Kündbarkeit ein, wenn der Gläubiger bezw. der Eigentümer auch noch länger lebt

(OTrib. E. 75 S. 68). Hieraus ist nicht mit Unrecht gefolgert, daß die Eintragung eines während einer unbestimmten oder 20 Jahre überschreitenden Zeit unkündbaren Darlehns nicht unzulässig ist (KG. JW. 10 S. 323); das Kammergericht hat sich jedoch jetzt für die Unzulässigkeit der Eintragung entschieden (JW. 14 S. 141, Seuff. Arch. 57 S. 270). Die durch Art. 32 AG. festgestellte Kündigungsbefugnis des Eigentümers steht gegenüber einem jeden Gläubiger, auch der von einer öffentlichen Behörde oder einem öffentlichen Beamten verwalteten Kreditanstalt bezüglich der alten wie der neuen Hypotheken ꝛc. zu. Die Bestimmung der Unkündbarkeit enthält nicht zugleich die Bedingung der Rückzahlung; nach Ablauf der gesetzlich zulässigen Zeit der Unkündbarkeit tritt die Fälligkeit nur nach vorheriger Aufkündigung mit sechsmonatiger Frist ein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob vertraglich eine längere Frist festgesetzt ist; ist durch Vertrag die Frist kürzer bemessen, so ist diese maßgebend. Bei den alten Hypotheken ꝛc. gilt die äußerste Zeitgrenze von 20 Jahren nur dann, wenn nicht nach den bisherigen Gesetzen die Kündbarkeit schon früher eintritt. Ist unter der Herrschaft des AblösG. v. 2. März 1850 z. B. im Jahre 1880 eine Hypothek unter Ausschluß des Kündigungsrechts des Eigentümers für 40 Jahre eingetragen, so würde nach § 92 dieses Gesetzes der Eigentümer vom Jahre 1910 ab nach Maßgabe des § 188 BGB. kündigen können und dabei bleibt es auch nach Art. 32 § 2 a. E. AG. Der Art. 32 AG. gilt nicht allein für Hypotheken und Grundschulden, sondern auch für Rentenschulden; dadurch ist demnach der § 1202 Abs. 2 BGB. abgeändert.

Über die Beschränkungen, welchen die Hypothekenbanken bei Feststellung der Kündigungs- und Rückzahlungsbedingungen unterliegen, vgl. die §§ 17—21, § 49 Satz 2 G. v. 13. Juli 1899 (RGBl. S. 375).

Folgende Entscheidung des RGer. ist auch jetzt noch von Interesse. Ist eine Illatenforderung der Ehefrau auf dem Grundstücke des Ehemanns als unverzinslich, nach dreimonatiger Kündigung zahlbar, aber bei Lebzeiten des Mannes unkündbar eingetragen, so werden durch die Beifügung der Zahlungsmodalität die gesetzlichen Bestimmungen über die Zahlung des Kapitals nicht gänzlich beseitigt, sondern nur für den Regelfall der Rückzahlung (Auflösung der Ehe durch Tod) zugunsten des Mannes beschränkt. Es wird deshalb die aus § 258 II 1 PALR. (vgl. BGB. § 1418 Nr. 2) sich ergebende Verpflichtung des Ehemanns, bei eintretender Unfähigkeit, seiner Frau und seinen mit ihr erzeugten Kindern den notwendigen Unterhalt zu gewähren, das Eingebrachte zurückzuzahlen, durch die Eintragung der erwähnten Zahlungsmodalität nicht berührt. Auch der dritte Erwerber des belasteten Grundstücks muß beim Eintritte solchen Rückzahlungsfalls die Illatenforderung auszahlen. Denn aus der akzessorischen Natur der Hypothek folgt, daß es bei der Eintragung der Aufzählung der Zahlungsmodalitäten dann nicht bedarf, wenn diese sich aus der Natur des einzutragenden Schuldverhältnisses von selbst ergeben und die Parteien hierüber nicht Abweichendes bestimmt haben. Wird eine Forderung als Eingebrachtes einer Ehefrau bezeichnet, so ist damit der gesetzliche Inhalt der Obligation zum Ausdrucke gebracht, und es gilt von der Rückzahlung alles, was das Gesetz hierüber bestimmt, ohne daß es einer besonderen Hervorhebung der Rückzahlungszeit im Eintragungsvermerke bedürfte. (JW. 1897 S. 557 Nr. 42.)

Wird die eingetragene Zahlungszeit nachträglich durch Einigung des Eigentümers und des Gläubigers mit der Absicht geändert, daß die Änderung auch gegen jeden späteren Erwerber der Hypothek gelten soll, so muß der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers die Eintragung der geänderten Rückzahlungsbedingung bewilligen. Dazu ist auch der Zessionar des Gläubigers verpflichtet, wenn er beim Erwerbe der Hypothek von der Änderung Kenntnis gehabt hat. Infolge der Änderung steht die wirkliche Rechtslage mit dem Inhalte des Grundbuchs nicht mehr im Einklange. Dadurch wird der Eigentümer beeinträchtigt und kann deshalb vom Gläubiger und auch von dessen Rechtsnachfolger, wenn diesem die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt war, die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderliche Erklärung verlangen (BGB. §§ 1138, 894, 892; früher ebenso, RG. E. 39 S. 208, mit dem Unterschiede, daß nach § 38 Abs. 2 PEigG. der Zessionar auch beim unentgeltlichen Erwerbe die Berichtigung bewilligen mußte). Zur Änderung der Zahlungszeit bedarf es der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht (BGB. § 1119 Abs. 2). Die Eintragung der Änderung erfolgt zu der betreffenden Post in

der Spalte „Veränderungen". Unterbleibt die Eintragung der Änderung der Zahlungszeit, so können sich darauf nur der Eigentümer und der Gläubiger, die sie miteinander vereinbart haben, berufen. Früher wurden auch diese mit Rücksicht auf § 729 I 11 PrLR. mit dem Einwande nicht gehört, wenn die Änderung nur mündlich verabredet war (RG. V 16. 88).

d. Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (BGB. § 1118). Diese Kosten bedürfen der Eintragung nicht und sind deshalb von der Eintragung ausgeschlossen (vgl. Nr. 6 zu § 1118). Für die Kosten der Eintragung einer bewilligten Hypothek haftet — abweichend vom § 30 PrEigG. — das Grundstück nur, wenn deren Eintragung bewilligt und, wenn auch nur durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, erfolgt ist (§ 1115 Abs. 1); für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung einer Zwangshypothek haftet das Grundstück kraft Gesetzes (ZPO. § 867 Abs. 1 Satz 3).

e. Die nach § 873 Abs. 1 BGB. zur Begründung der Hypothek rc. erforderliche Einigung des Eigentümers und des Gläubigers braucht weder in der Eintragungsbewilligung noch im Eintragungsvermerk erwähnt zu werden (GBO. § 19).

4. Hat sich der Eigentümer in einer nach § 794 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, so bedarf die Unterwerfung der Eintragung in das Grundbuch (ZPO. § 800). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt in diesem Falle nicht (KG. RJA. 3 S. 131). Aber auf die Unterwerfungsklausel findet § 874 BGB. Anwendung, d. h. es kann zur näheren Bezeichnung auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (KG. RJA. 4 S. 270). Vgl. im übrigen Nr. I 3 zu §1190 und Anh. dazu A II Nr. 2 a β.

Die nach Art. 12 § 2 PrG. z. BGB. für die Beurkundung von Grundstücksveräußerungsverträgen bestellten Urkundsbeamten sind nicht zuständig für die Beurkundung von Eintragungsbewilligungen (GBO. § 29) oder von Unterwerfungsklauseln (ZPO. § 794 Nr. 5, § 800). (KG. JW. 29 S. B 69.)

§ 1116.

Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief erteilt.

Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und der §§ 876, 877 finden entsprechende Anwendung.

Die Ausschließung der Erteilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung.

1. Während nach § 1106 Entw. I die Briefhypothek die Ausnahme bildete und dementsprechend die Erteilung des Briefes in das Grundbuch einzutragen war, ist nach Vorgang des § 122 PrGBO. im § 1116 BGB. die Briefhypothek als die normale Art der Hypothek in der Weise hingestellt, daß, wenn die Parteien keine andere Erklärung abgeben, eine Briefhypothek als gewollt angesehen wird, und daß es einer besonderen, zu ihrer Gültigkeit der Eintragung in das Grundbuch bedürfenden Vereinbarung bedarf, wenn keine Briefhypothek gewollt wird.

Der Unterschied zwischen Briefhypothek und Buchhypothek ist für den Verkehr von so großer Wichtigkeit, daß notwendig aus dem Grundbuche zu ersehen sein muß, welche von beiden Formen gewählt ist. Die Bestimmung, daß die Vereinbarung, wonach abweichend von der Regel des Gesetzes keine Briefhypothek, sondern eine Buchhypothek bestellt wird,

Digitized by Google

in das Grundbuch eingetragen werden muß, ist keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern es ist die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung von der Eintragung abhängig gemacht. Dadurch wird vermieden, daß das Grundbuchamt in Unkenntnis von der Vereinbarung einen Hypothekenbrief erteilt, obwohl die Erteilung ausgeschlossen ist, sowie daß niemand den Einwand erheben kann, er habe von einer die Erteilung eines Briefes ausschließenden Vereinbarung keine Kenntnis gehabt.

Unterlassen die Beteiligten, bei der Bestellung der Hypothek die Nichterteilung eines Briefes zu vereinbaren, so können sie das Versäumte nachholen. Zur Wirksamkeit der nachträglichen Vereinbarung wird ebenso, wie bezüglich der von vornherein getroffenen Vereinbarung, die Eintragung in das Grundbuch verlangt. Der erteilte Brief ist dem Grundbuchamte vorzulegen und unbrauchbar zu machen (GBO. § 69). Ist der eingetragene Eigentümer schlechthin zur Eintragung einer Hypothek verurteilt, so kann der Gläubiger nicht die Eintragung einer briefloſen Hypothek verlangen (KG. JW. 21 S. A. 171).

Wie die nachträgliche Umwandlung einer Briefhypothek zulässig ist, so kann auch der Verzicht auf die Erteilung eines Hypothekenbriefs nachträglich wieder aufgehoben werden. Auch dazu ist eine Vereinbarung des Gläubigers mit dem Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (§ 1116 Abs. 3). Der übereinstimmende Antrag des Eigentümers und des Hypothekengläubigers auf nachträgliche Bildung eines Hypothekenbriefs enthält den Antrag und die Bewilligung, die Aufhebung der Ausschließung der Erteilung des Briefes in das Grundbuch einzutragen (KG. JW. 28 S. A 151).

(Prot. III S. 638 VI, S. 641 f.)

2. Aus § 1116 Abs. 2 Satz 3, der allerdings für alle Fälle der Briefausschließung — der ursprünglichen wie der nachträglichen — zur Rechtswirksamkeit neben der Eintragung die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers erfordert, folgt nicht, daß vom Grundbuchrichter der formgerechte Nachweis der erfolgten Einigung zur Voraussetzung der Eintragung gemacht werden darf. Abgesehen von den Fällen des § 20 GBO. (BGB. §§ 925, 1015, 1017) hat der Grundbuchrichter nicht auf den Nachweis der Einigung, sondern darauf zu sehen, ob jeder, dessen Recht durch die bewilligte Eintragung berührt wird, ihr in der Form des § 29 BGB. zugestimmt hat (GBO. § 19). Bis zur erfolgten Eintragung hat der Gläubiger ein Recht, das durch die Eintragung im Sinne des § 19 GBO. betroffen werden könnte, überhaupt noch nicht. Zur Eintragung einer Buchhypothek bedarf es deshalb der Bewilligung lediglich des Grundstückseigentümers. Die Umwandlung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek oder die einer Buchhypothek in eine Briefhypothek kann dagegen nur auf Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers erfolgen. (KG. RJA. I S. 22.) Des Nachweises einer Einigung bedarf es auch in diesem Falle nicht (KG. Rsp. 1 S. 414).

Einen Vermerk, wonach dem Gläubiger einer unter Ausschließung der Erteilnng des Hypothekenbriefs bestellten Hypothek jederzeit freistehen soll, ohne Bewilligung des jeweiligen Eigentümers des Pfandgrundstücks die Aufhebung der Ausschließung zum Grundbuche zu erklären und einen Hypothekenbrief zu verlangen, hält das KG. nicht für eintragungsfähig, auch nicht als Vormerkung (KG. RJA. 2 S. 36). Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek, wodurch der jeweilige Eigentümer verpflichtet werden soll, auf Verlangen des Gläubigers die Bewilligung der Aufhebung der Ausschließung des Hypothekenbriefs zu erklären, wird nicht abzulehnen sein, da nach § 883 BGB. eine Vormerkung auch zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück eingetragen werden kann.

3. Der § 1116 findet auf Sicherungshypotheken keine Anwendung; denn bei diesen ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen (§§ 1184, 1185, 1190; ZPO. §§ 866, 932).

4. Die Briefhypothek und die Buchhypothek dienen dem mit Personalkredit verbundenen Grundkredite. Jede von ihnen hat ihre besonderen Vorzüge und Nachteile. Die Buchhypothek führt ihr Leben im Grundbuche. Der Gläubiger erwirbt sie unmittelbar

mit ihrer Begründung durch Eintragung im Grundbuche (§ 873). Durch die Eintragung wird die Vermutung begründet, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, besteht (§§ 1138, 891). Zur Abtretung der Buchhypothek bedarf es der Eintragung der Abtretung im Grundbuche (§ 1154 Abs. 3, § 873). Die Buchhypothek erspart dem Gläubiger die Aufbewahrung der Urkunde und die mit ihrem Verluste verbundenen Unzuträglichkeiten (§ 1162). Auch gewährt sie ihm die Sicherheit, daß er von der Einleitung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Nachricht erhält (ZVG. §§ 41, 9 Nr. 1). Dagegen wird der Eigentümer, der die Hypothek bestellt hat, bevor er die Valuta erhalten, nicht gegen redliche dritte Erwerber der Hypothek geschützt, wenn er Widerspruch gegen die Richtigkeit nicht hat eintragen lassen (§§ 1137—1139, 892). Das Schicksal der Briefhypothek ist vom Besitze des Briefes abhängig. Die Briefhypothek wird zwar auch durch die Eintragung im Grundbuch begründet (§ 873), der Gläubiger erwirbt sie aber erst, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (§ 1117); bis dahin steht sie dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2). Deshalb wird der Brief, wenn nicht der Eigentümer bestimmt hat, daß er dem Gläubiger zugestellt werden soll, dem Eigentümer ausgehändigt (GBO. § 60; BGB. § 1117 Abs. 2). Die aus den §§ 1138, 891 folgende Vermutung für das Bestehen der Forderung zugunsten des Gläubigers tritt vor der Aushändigung des Briefes an den Gläubiger nicht ein. Die Briefhypothek bietet dem Eigentümer also stärkeren Schutz gegen die Gefahr, daß der Gläubiger die Hypothek vor Zahlung oder nach Rückzahlung des Gegenwerts an einen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützten Dritten abtritt und dem Eigentümer auf diese Weise die bezüglichen Einreden abschneidet. Nur bei der Briefhypothek ist eine Übertragung Zug um Zug gegen Zahlung des Gegenwerts möglich (§§ 1117, 1138, 1144, 1145, 1154). Die Briefhypothek erleichtert den Hypothekenverkehr, indem zu ihrer Abtretung nur die Abtretungserklärung und die Übergabe des Briefes erforderlich ist, ohne daß es dazu der Eintragung der Abtretung im Grundbuche bedarf (§§ 1136—1138). Zur Eintragung der Abtretung oder Löschung der Briefhypothek im Grundbuche muß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt werden (GBO. §§ 42, 62, 69). Vgl. Denkschr. S. 212 und Prot. III S. 515. Vgl. auch § 1160 BGB.

5. Über die Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek und einer Briefhypothek in eine Buchhypothek vgl. Nr. 2 a S. 685. — Über den Hypothekenbrief vgl. Nr. V S. 710.

6. Abgesehen von den Fällen, in denen die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbriefe hervorgeht (vgl. § 1140 mit Anm.), entscheidet bei Nichtübereinstimmung des Hypothekenbriefs mit dem Grundbuche der Inhalt des Grundbuchs; denn dem Hypothekenbrief ist der öffentliche Glaube nicht beigelegt, der dem Grundbuche zukommt (§ 891, 892), der Hypothekenbrief ist vielmehr abhängig vom Inhalte des Grundbuchs. Ist z. B. zu einer Hypothek, bei der im Grundbuche die Ausschließung der Erteilung des Briefes vermerkt ist, aus Versehen ein Brief erteilt und dieser in den Verkehr gekommen, so wird auch der redliche Erwerber der Hypothek durch den Besitz des Briefes gegenüber demjenigen nicht geschützt, der die Hypothek als Buchhypothek durch seine Eintragung im Grundbuche gemäß § 1154 Abs. 3 erworben hat. Der § 1140 gibt nicht (wie Boehm S. 160 meint) für diesen Fall eine Entscheidung. Ist die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, dies aber im Grundbuche nicht vermerkt, so gilt die Hypothek als Briefhypothek, weil sie als solche durch ihre Eintragung im Grundbuche begründet ist. Ist dazu ein Brief ausgefertigt, so wird sie ohne Rücksicht auf die Einigung über die Ausschließung des Briefes im Verkehr als Briefhypothek behandelt. Ist dagegen die Erteilung des Briefes unterblieben, dann kann die Hypothek einen Gegenstand des Verkehrs bis dahin nicht bilden, daß entweder nachträglich der Brief erteilt oder die Eintragung durch Aufnahme des Vermerks der Ausschließung berichtigt wird. Denn als Briefhypothek könnte sie der Gläubiger erst durch die Übergabe des Briefes erwerben (§ 1117, § 1163 Abs. 2), und als Buchhypothek besteht sie nicht, weil sie als Briefhypothek eingetragen ist.

7. Über die Kraftloserklärung und das Kraftloswerden des Briefes vgl. §§ 1162, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2 BGB.

8. Aus den Übergangsbestimmungen der Art. 192, 193 EG. und des Art. 33 §§ 1 und 2 PAG. z. BGB. (vgl. S. 715) ergibt sich, daß eine Hypothek, die im Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs besteht, als Briefhypothek des BGB. gilt, wenn entweder ein Hypothekenbrief nach den Vorschriften der preuß. Grundbuchgesetze v. 1872 oder ein Hypothekeninstrument nach den älteren preuß. Vorschriften gebildet ist, oder wenn ein Hypothekenbrief gebildet werden muß, weil dessen Ausfertigung bereits bei Anlegung des Grundbuchs beim Grundbuchamte beantragt worden ist. Unter diesen Voraussetzungen sind im größten Teile Preußens (vgl. Bd II Anm. 2 zu § 82 GBO.) die am 1. Januar 1900 vorhandenen Hypotheken Briefhypotheken des BGB. geworden. Ist auf die Ausfertigung des Hypothekenbriefs verzichtet und nicht bis zum 1. Januar 1900 die Ausfertigung eines Briefes beantragt, so wird die Hypothek zur Buchhypothek des BGB. Da nach § 122 PGBO. auf die Ausfertigung des Grundschuldbriefs nicht verzichtet werden durfte, sind alle bisherigen Grundschulden Briefgrundschulden des BGB. geworden (vgl. Nr. 3 S. 724).

§ 1117.

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung.

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei.

1. Die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld wird durch die Eintragung in das Grundbuch auf Grund der Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger bewirkt (§ 873). Während der Gläubiger der Buchhypothek diese ohne weiteres mit seiner Eintragung erwirbt, steht die Briefhypothek (als solche, nicht etwa als Eigentümergrundschuld) zunächst dem Eigentümer zu und der Gläubiger erwirbt sie erst dann, wenn ihm der Hypothekenbrief vom Eigentümer übergeben (§ 1117 Abs. 1, § 1163 Abs. 2) oder die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 ersetzt wird. Deshalb ist auch der Gläubiger ohne Vorlegung des Briefes zu Verfügungen über die Hypothek beim Grundbuchamte nicht legitimiert (GBO. § 42). Hieraus würde folgen, daß zur Geltendmachung des Rechtes aus der Briefhypothek nur berechtigt sei, wer durch Vorlegung des Briefes sein Gläubigerrecht nachweist. Diese Folgerung, die im § 1117 Entw. I (vgl. Mot. III S. 757) gezogen war, ist im BGB. aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht beibehalten. Aus § 1160 ergibt sich vielmehr, daß zur Begründung des Anspruchs aus der Briefhypothek die Vorlegung des Briefes nicht erforderlich ist, daß aber der Geltendmachung der Hypothek widersprochen werden kann, wenn der Brief nicht vorgelegt wird (vgl. Anm. 3 zu § 1160). Die preuß. Grundbuchgesetze enthielten keine besondere Bestimmung darüber, wie der sein dingliches Recht verfolgende Gläubiger sich zu legitimieren habe. Die Praxis nahm auch an, daß es zur Begründung der Klage der Vorlegung des Briefes nicht bedürfe, daß diese aber durch die Einrede erzwungen werden könne, der klagende Gläubiger sei noch nicht oder nicht mehr im Besitze des Briefes. (Turnau I S. 748 Anm. 2.)

2. Nicht durch den Besitz des Briefes, nicht durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über den Brief (§ 854 Abs. 1) erwirbt der erste Gläubiger die Briefhypothek oder

das Eigentum am Briefe (§ 952), sondern nur dadurch, daß ihm der Brief vom Eigentümer übergeben wird. Erst mit der Übergabe des Briefes entsteht die Vermutung des § 891, daß dem eingetragenen Gläubiger die Hypothek ꝛc. zustehe. Der Eigentümer hat also die Möglichkeit, das Eintreten der Vermutung durch Zurückhalten des ihm gemäß § 60 GBO. ausgehändigten Briefes bis zum Empfange der Valuta hinauszuschieben. Die Vermutung tritt nicht in Kraft, wenn unter Verletzung der Vorschrift des § 60 GBO. nicht dem Eigentümer, sondern unmittelbar dem Gläubiger der Brief vom Grundbuchamt ausgehändigt wird. An die Tatsache, daß der Brief sich im Besitze des Gläubigers befindet, ist aber die Vermutung für die erfolgte Übergabe des Briefes von seiten des Gläubigers geknüpft (§ 1117 Abs. 3); im Streitfalle hat also der Eigentümer zu beweisen, daß er dem Gläubiger den Brief nicht übergeben habe. Gelingt dieser Beweis, so kann sich der Gläubiger im Besitze des Briefes nur erhalten, wenn er Widerklage auf Übergabe erhebt und damit durchdringt (Fuchs Nr. 3 zu § 1117). Wenn der Gläubiger die versehentlich erfolgte Aushändigung des Briefes an ihn benutzt, die Hypothek an einen Dritten abzutreten, so muß zugunsten des Dritten gemäß § 892 die Hypothek ꝛc. als dem Gläubiger zustehend angenommen werden, es sei denn, der Dritte hat beim Erwerbe gewußt, daß der Brief ohne den Willen des Eigentümers in den Besitz des Gläubigers gelangt ist. (Prot. III S. 646 IV, S. 729 IV.) Erst mit der Übergabe des Briefes erlangt der Gläubiger das Absonderungsrecht aus § 47 KO.

Bei der Hypothek hängt von der Übergabe des Briefes an den Gläubiger auch der Eintritt der nach § 1138 in Verb. mit § 891 Platz greifenden Vermutung für die Entstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung ab, deren es zum Erwerbe der Hypothek seitens des Gläubigers gleichfalls bedarf (§ 1163 Abs. 1). Diese Beziehung war im § 1110 Entw. I dahin geregelt, daß der Beweis der Entstehung der Forderung vom Gläubiger, solange dieser nicht Inhaber des Hypothekenbriefs sei, durch die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch und durch die Ausfertigung des dem Eigentümer auszuhändigenden Hypothekenbriefs nicht geführt werden könne. (Vgl. Mot. III S. 746 und für das bisherige preuß. Recht RG. Gruch. 30 S. 706.)

3. Erfolgt die Übergabe des Briefes in der Weise, daß er dem Gläubiger vom Eigentümer tatsächlich ausgehändigt wird, so erwirbt der Gläubiger mit der Hypothek auch das Eigentum am Briefe (§ 952). Ist der Gläubiger ohne Übergabe in den Besitz des Briefes gelangt, hat er sich z. B. eigenmächtig in den Besitz des Briefes gesetzt oder ist ihm dieser vom Eigentümer nur zur Einsichtnahme oder unter Verletzung des § 60 GBO. vom Grundbuchamt ausgehändigt, so genügt es, daß er sich mit dem Eigentümer über den Übergang des Eigentums am Briefe einigt oder daß letzterer dazu verurteilt wird (ZPO. § 894). Ist der Eigentümer im Besitze des Briefes, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Gläubiger gemäß § 868 BGB. den mittelbaren Besitz erlangt, z. B. dadurch, daß der Eigentümer sich verpflichtet, den Brief für den Gläubiger aufzubewahren (§ 688). Ist ein Dritter im Besitze des Briefes, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe des Briefes abtritt und diesen dadurch in den Stand setzt, die Herausgabe des Briefes von dem Dritten zu fordern (§§ 398, 1117 Abs. 1 Satz 2, § 929 Satz 2, §§ 930, 931). Mit der Abtretung der Forderung hat aber nicht ohne weiteres auch der Anspruch auf Herausgabe des Briefes als abgetreten zu gelten, dazu ist vielmehr erforderlich, daß dies als rechtsgeschäftliche Absicht der an der Zession Beteiligten erkennbar zum Ausdrucke gebracht ist. Zur Feststellung, ob dies zutreffe, genügt nicht die Prüfung, ob eine ausdrückliche Erklärung über die Abtretung des Herausgabeanspruchs vorliege, sondern es muß untersucht werden, ob die Urkunde für die Auslegung einen Anhalt biete, daß die Zession den Anspruch auf Herausgabe des Briefes mit umfaßt habe. Hat z. B. der Zedent ausdrücklich erklärt: „Ich bewillige und beantrage die Eintragung dieser Abtretung im

Grundbuche, sowie die Zustellung des Hypothekenbriefs an den Zessionar," so ist dies allerdings keine Abtretungserklärung bezüglich des Herausgabeanspruchs, aber es geht aus ihr doch hervor, daß der Zedent den Brief nicht zurückhaben, auch ihn dem Zessionar nicht vorenthalten wollte. Es ist also wenigstens möglich, die Zession in dem Sinne zu verstehen, daß sie sich auch auf den Anspruch auf Herausgabe des Briefes miterstreckt habe, und der erkennende Richter darf sich einer den § 133 BGB. beachtenden Auslegung nicht entziehen. (RG. E. 54 S. 111.) Weist der Eigentümer ohne vorherige Vereinbarung mit dem Gläubiger den Grundbuchrichter an, den Brief dem Gläubiger zu übergeben, so findet nicht Abs. 2, sondern Abs. 1 des § 1117 Anwendung (KG. Rsp. 11 S. 114). Endlich kann die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2). Das Gesetz gestattet nicht, diese Vereinbarung durch den Nachweis zu ersetzen, daß Valuta für die Hypothek gegeben und deshalb der Grundstückseigentümer rechtlich verpflichtet sei, den Hypothekenbrief herauszugeben oder in die Herausgabe seitens des Grundbuchamts zu willigen. Der Gläubiger muß vielmehr sein Recht auf Ausantwortung des gebildeten Hypothekenbriefs in der durch den jeweiligen Verbleib dieses Briefes bedingten Art mittels Klage und Zwangsvollstreckung verwirklichen; vom Grundbuchamte kann er ohne weiteres die Herausgabe nicht fordern. (KG. JW. 21 S. A 171.) Hat der Eigentümer in Ausführung jener Vereinbarung beim Grundbuchamte die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger beantragt, so hat das Grundbuchamt diesen Antrag zu beachten. In den Prot. der 2. Lesung (III S. 729 IV) heißt es: „Damit der Erwerb der Hypothek nicht durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefes verzögert wird, ist es nötig, der Ausfertigung des Briefes die Vereinbarung gleichzustellen, durch die dem Gläubiger die Befugnis erteilt wird, sich vom Grundbuchamte den Brief aushändigen zu lassen. Durch die Erteilung dieser Befugnis wird der mittelbare Besitz des Briefes im voraus auf den Gläubiger übertragen." Ist die Vereinbarung getroffen, so erwirbt der Gläubiger ohne weiteres die Hypothek ꝛc. durch ihre Eintragung und das Eigentum am Briefe mit seiner Herstellung (§ 952). An die Beobachtung einer besonderen Form ist die Vereinbarung nicht gebunden, namentlich ist ihre Wirksamkeit nicht davon abhängig gemacht, daß sie vor dem Grundbuchamt erklärt oder diesem nachgewiesen wird. Das Grundbuchamt darf sie allerdings nur dann berücksichtigen, wenn sie der Formvorschrift des § 29 Satz 1 GBO. entspricht, und hat, wenn es hieran fehlt, den Brief dem Eigentümer auszuhändigen (GBO. § 60), gegen den dann der Gläubiger vielleicht auf Herausgabe klagen muß (so auch Gierke SR. S. 891 Anm. 16). Hat jedoch der Eigentümer den Gläubiger bei Bestellung der Hypothek (also formgerecht) ermächtigt, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so kann der Antrag des Gläubigers, ihm den Brief gemäß der Ermächtigung zuzusenden, beim Grundbuchamte formlos gestellt werden (KG. RJA. 6 S. 78). Einfach und sicher für beide Teile ist so zu verfahren, daß der Eigentümer mit der Eintragungsbewilligung den Antrag auf Aushändigung des Briefes an den Gläubiger verbindet und daß der Gläubiger gegen Aushändigung der darüber aufgenommenen öffentlich beglaubigten Urkunde die Valuta zahlt. Ist die Eintragung der Hypothek erfolgt und die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger, wenn auch nur mündlich, vereinbart, so kann der Gläubiger, wenn der Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet wird, als aussonderungsberechtigter Eigentümer des Briefes dessen Herausgabe vom Konkursverwalter verlangen (KO. § 43). Ist die Vereinbarung unterblieben und der Eigentümer fällt in Konkurs, bevor die Übergabe des Briefes an den Gläubiger erfolgt oder in zulässiger Weise (§§ 930, 931) ersetzt ist, so verbleibt die Hypothek dem Gemeinschuldner und gehört zur Konkursmasse. Ist vor der Konkurseröffnung der Anspruch auf Bestellung einer Briefhypothek an einem Grundstücke des Gemeinschuldners und auf Aushändigung des Briefes an den Gläubiger durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche gesichert, so kann der Gläubiger vom Konkursverwalter

die Befriedigung dieser Ansprüche, also sowohl die Bestellung der Hypothek als auch die Aushändigung des Briefes verlangen (KO. § 24).

Hiernach erwirbt der Gläubiger die Briefhypothek, wenn eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 getroffen ist, mit der Eintragung, andernfalls mit der Übergabe des Briefes (KG. JW. 25 S. A 153). Die Vereinbarung ersetzt aber nur dann die Übergabe des Briefes, wenn der Brief später vom Grundbuchamte dem Gläubiger tatsächlich ausgehändigt wird (Breslau Seuff. A. 57 S. 138; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1117). Wird die getroffene Vereinbarung dem Grundbuchamte nicht oder nicht formgerecht (GBO. § 60 Abs. 2) vom Eigentümer kundgegeben und infolgedessen der Brief nicht dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer ausgehändigt oder unterbleibt die Erteilung des Briefes ganz und ist infolge dessen die Briefhypothek überhaupt für den Verkehr nicht geeignet, so hat die Vereinbarung keine Wirkung und der Gläubiger erwirbt die Hypothek gemäß § 1117 Abs. 1 erst mit der Übergabe des Briefes.

Sind auf der Eigentümerseite mehrere Personen vorhanden, sei es, daß das Eigentum des belasteten Grundstücks mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht (§ 1114) oder daß die Hypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer als Gesamthypothek eingetragen ist (§ 1132), so muß der Hypothekenbrief dem Gläubiger von den sämtlichen Eigentümern übergeben bezw., falls der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, die Einigung über den Übergang des Eigentums am Briefe auf den Gläubiger (§ 1117 Abs. 1, § 929) von den sämtlichen Eigentümern getroffen werden, so daß, wenn auch nur einer der mehreren Eigentümer sich bei der Übergabe bezw. der Einigung nicht beteiligt hat, die Übergabe nicht erfolgt und die Hypothek vom Gläubiger an keinem der verhafteten Grundstücke erworben ist. Es ist dies schon eine Folge der Unteilbarkeit des Hypothekenbriefs in dem Sinne, daß nicht über die ganze Hypothekenforderung mehrere Briefe in Ansehung der mehreren haftenden Grundstücke oder Miteigentumsanteile erteilt werden dürfen (vgl. BGB. §§ 1152, 1132 Abs. 2; GBO. §§ 59, 61, 63, 64). Will der im Besitze des Hypothekenbriefs befindliche Gläubiger, dem nur von einzelnen der Eigentümer der verhafteten Grundstücke oder nur von einzelnen der Miteigentümer der Brief zum Eigentum übergeben ist, von den übrigen aber nicht, sich die Möglichkeit verschaffen, die Hypothek aus den Grundstücken oder den Miteigentumsanteilen der Eigentümer bezw. der Miteigentümer beizutreiben, die ihm den Brief übergeben haben, so bleibt ihm nur übrig, daß er durch Verzicht auf die Hypothek an den anderen mithaftenden Grundstücken oder Miteigentumsanteilen die Hypothek an diesen Grundstücken oder Anteilen zum Erlöschen bringt und sie ausschließlich an den übrigen bestehen läßt (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). (RG. E. 52 S. 360.)

4. Ist der Eigentümer zur Bestellung der Briefhypothek und zur Bewilligung der Aushändigung des Briefes an den Gläubiger rechtskräftig verurteilt, so hat das Grundbuchamt auf Grund des Urteils den Brief dem Gläubiger auszuhändigen (ZPO. § 894; GBO. § 60). Ist im Urteile die Bewilligung zur Aushändigung des Briefes nicht ausgesprochen und deshalb der Brief dem Eigentümer zugestellt, so gilt die Übergabe des Briefes an den Gläubiger als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (ZPO. § 897; KG. JW. 21 S. A 171; Planck Nr. 3 Abs. 2 zu § 1117; a. M. Kretzschmar 1 S. 241).

5. Bei Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek (vgl. Nr. 2 a S. 685) verbleibt die Hypothek dem Gläubiger. Infolgedessen steht dem Gläubiger das Eigentum an dem zu erteilenden Briefe zu (BGB. § 952). Der Brief wird dem Gläubiger vom Grundbuchamt ausgehändigt, wenn von ihm oder dem Eigentümer in der Form des § 29 Satz 1 GBO. nichts Abweichendes bestimmt ist, ohne daß es einer Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 bedarf (GBO. § 60). Zu Verfügungen über die Hypothek als Briefhypothek vor dem Grundbuchamte wird der Gläubiger, falls der Brief ihm auszuhändigen ist, berechtigt, sobald die Eintragung der Umwandlung beantragt wird. Ist der Brief dem Eigentümer auszuhändigen, so muß der Gläubiger sich auch dem Grundbuchamte gegenüber

durch deſſen Vorlegung legitimieren (GBO. § 42). Zu Verfügungen außer dem Grundbuche wird der Gläubiger in allen Fällen erſt durch den Beſitz des Briefes berechtigt.

6. In derſelben Weiſe, wie im § 1117 der Erwerb der Briefhypothek für den erſten Gläubiger geordnet iſt, ſind die Fälle geregelt, in welchen die Briefhypothek abgetreten (§ 1154) oder verpfändet (§ 1274) oder gepfändet und überwieſen wird (ZPO. §§ 829, 830, 837, 857 Abſ. 6, § 897). Überall iſt der Erwerb einer Hypothek oder eines Rechtes daran von der Übergabe des Briefes abhängig. Vgl. Nr. 5 a, b, 6 S. 688 ff.

Dadurch allein, daß der Gläubiger einer durch Hypothek geſicherten Forderung von einem Dritten befriedigt wird und dieſe Befriedigung angenommen hat, erwirbt der Dritte nicht die von ihm bezahlte Forderung und einen Anſpruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs. Dieſer Erfolg tritt vielmehr nur ein in den vom Geſetze beſonders hervorgehobenen Fällen des § 1225 BGB., wo vorausgeſetzt wird, daß der Verpfänder den Pfandgläubiger befriedigt hat, und des § 1249, wonach derjenige durch die Befriedigung des Gläubigers gemäß § 268 Abſ. 2 u. 2 die Forderung mit dem Pfande erwirbt, welcher durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht am Pfande verlieren würde, alſo z. B. nicht der Eigentümer des Grundſtücks, auf dem die verpfändete Hypothek haftet. (RG. E. 54 S. 111.)

7. Hat ein Schuldner nach Einſtellung ſeiner Zahlungen bei Kenntnis ſeine Zahlungsunfähigkeit für ſeine Gläubiger eine Hypothek ohne Ausſchließung der Erteilung des Hypothekenbriefs eintragen laſſen, ſo hat er dem Gläubiger ſo lange nicht eine Sicherung im Sinne des § 241 KO. gewährt, als er dem Gläubiger nicht den Brief nach § 1117 Abſ. 1 übergeben oder mit ihm nicht die im Abſ. 2 daſ. bezeichnete Vereinbarung getroffen hat (RG. E. in Str. 34 S. 172).

8. Über das Verfahren beim Grundbuchamte vgl. Bd II § 40 GBO. mit Anm.

§ 1118.

Kraft der Hypothek haftet das Grundſtück auch für die geſetzlichen Zinſen der Forderung ſowie für die Koſten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundſtücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

1. Nach PALR. I 20 § 482 haftete die Hypothek nur für vorbedungene Zinſen, für dieſe aber auch dann, wenn ſie nicht eingetragen waren. Dagegen erſtreckte ſich das dingliche Recht des Gläubigers nicht auf bloße Zögerungszinſen (daſ. § 483); das Hypothekengeſetz für Neuvorpommern und Rügen v. 21. März 1868, das im § 21 das Gegenteil vorſchrieb, war nur vorübergehend von lokaler Bedeutung (G. v. 26. Mai 1873 § 51). Nach § 30 PEigG. mußten nicht allein die geſetzlichen, ſondern auch die vorbedungenen Zinſen im Grundbuch eingetragen ſein, damit das Grundſtück dafür haſte.

Das BGB. fordert die Eintragung nur für die rechtsgeſchäftlichen Zinſen (§ 1115), es läßt die Haftung des Grundſtücks für die geſetzlichen Zinſen eintreten, ohne daß ſie in das Grundbuch beſonders eingetragen oder in der Eintragungsbewilligung beſtimmt iſt. Der § 1066 Entw. I brachte dies in der Faſſung zum Ausdrucke: „Die Hypothek erſtreckt ſich auch ohne beſondere Bewilligung und Eintragung in das Grundbuch auf die geſetzlichen Zinſen der Hauptforderung.“ Durch die Faſſung des § 1118 BGB. iſt keine ſachliche Änderung des Entwurfs bezweckt (Prot. III S. 549 VI). Das BGB. geht davon aus, daß hinſichtlich der geſetzlichen Zinſen die Sache anders liegt, als hinſichtlich der rechtsgeſchäftlichen.

„Für den Realkredit iſt die Erſtreckung der Hypothek auf die geſetzlichen Zinſen von keiner ſchädlichen Wirkung. Das Geſetz kann ſein Prinzip hier um ſo eher modifizieren, als die Beſchaffenheit der Forderung ſowie die künftige Rückzahlbarkeit derſelben und damit auch die Verpflichtung oder doch bei Verzugszinſen die Möglichkeit des Eintritts der Verpflichtung zur Verzinſung ſich aus dem Grundbuch ergeben werden. Der Abſicht der Beteiligten wird es regelmäßig entſprechen, daß die dem Gläubiger zu gewährende Sicherheit ſich auf die geſetzlichen Zinſen, insbeſondere die Verzugszinſen miterſtreckt, da dieſe eine geſetzliche Erweiterung der Forderung bilden und ohne ſie der Gläubiger keine volle Sicherheit für die Befriedigung ſeines Anſpruchs haben würde. Wollte man die Haftung

des Grundstücks für gesetzliche Zinsen von der Bewilligung des Bestellers der Hypothek bezw. von der Eintragung abhängig machen, so würde die Folge die sein, daß in allen Eintragungsbewilligungen, die von rechts- und geschäftskundiger Hand herrühren, eine entsprechende Bestimmung Aufnahme finden und nur unerfahrene Personen von ihr absehen und Schaden leiden würden. Das Bedenken, daß der Eintritt des Verzugs aus dem Grundbuche nicht erhellt, würde auch im Falle der Eintragung einer bedingten Hypothek für die Verzugszinsen Platz greifen und ist folglich, da man eine derartige Hypothek keinenfalls würde ausschließen können, ohne praktische Bedeutung." (Mot. III S. 647.)

Als gesetzliche Zinsen sind außer denen, die der Käufer nach § 452 BGB. entrichten muß, von besonderer Bedeutung die *Verzugszinsen*. Sie betragen, wenn der Gläubiger nicht aus einem anderen Rechtsgrunde (Vertrag) höhere Zinsen verlangen kann, vier Prozent (§ 288). Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten (§ 289). Zur Entrichtung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet (§ 522). Die Verpflichtung des Schuldners zu Verzugszinsen hört mit dem Eintritte des Verzugs des Gläubigers auf (§ 301); ebenso mit der Hinterlegung des geschuldeten Geldes durch den Schuldner (§ 379 Abs. 2). Die Verzugszinsen unterliegen (wie die rechtsgeschäftlichen Zinsen) der vierjährigen Verjährung (BGB. §§ 197, 222; Prot. I S. 208 II; anders nach § 157 Entw. I und nach früherem preuß. Rechte, RG. E. 16 S. 183). Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke (§ 1146); nicht aber aus dem Vermögen des Schuldners, wenn dieser nicht im Verzug ist. Für andere durch den Verzug entstehende *Schadenersatzansprüche* als Zinsen (§§ 286, 288 Abs. 2, § 289 Satz 2) haftet das Grundstück kraft der Hypothek nicht. Ob der Eigentümer, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, gemäß § 291 *Prozeßzinsen* zu zahlen hat, ist zweifelhaft. Mittelstein (S. 150) verneint, weil es im BGB. nicht bestimmt sei. Es wird ihm mit Biermann (zu § 1146) beizutreten sein. Vgl. Anm. 3 zu § 1146.

Auf die außer den Zinsen ausbedungenen *Nebenleistungen* (die sonstigen Jahreszahlungen des § 30 PEigG.) erstreckt sich die Haftung des Grundstücks kraft der Hypothek nicht; sie müssen nach § 1115 Abs. 1 mit ihrem Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden (vgl. Anm. c S. 741).

2. Nach PALR. I 20 §§ 484, 488, 489 hatte der Gläubiger wegen der *Kosten* der Hypothekbestellung, Eintragung, Kündigung, Ausklagung und Beitreibung der Forderung nur dann ein dingliches Recht, wenn für sie ausdrücklich Hypothek bestellt und die Eintragung im Hypothekenbuch erfolgt war. Die Liquidationskosten, d. h. die Kosten zur Ausführung seines Anspruchs gegen die Mitgläubiger, mußte der Gläubiger selbst tragen, auch wenn dafür Hypothek bestellt war (das. § 510). Durch § 29 HypG. v. 24. Mai 1853 wurde unter Abänderung des § 484 I 20 ALR. bestimmt, daß die Hypothek, wenn von den Beteiligten nicht ein anderes verabredet war, auch für die Kosten der Kündigung, Ausklagung und Beitreibung hafte, und daß ihrer in dem Eintragungsvermerke keine Erwähnung geschehen solle. Der § 54 PKO. brachte dann die Bestimmung, daß an der Stelle der Hypothekenforderung die Kosten der Liquidation, Kündigung, Ausklagung und Beitreibung, ingleichen sonstige Kosten, berichtigt werden, insofern die Hypothek dafür hafte. Nach § 29 HypG. v. 24. Mai 1853 haftete die Hypothek für die Liquidationskosten nicht, sie waren daher an der Stelle der Hauptforderung nur dann anzusetzen, wenn dafür Hypothek bestellt und deren Eintragung erfolgt war. Durch § 30 PEigG. wurden dann den Kosten der Kündigung, Klage und Beitreibung, für welche die Hypothek nach § 29 HypG. v. 24. Mai 1853 auch ohne Eintragung haftete, die Kosten der Eintragung hinzugefügt. Das ZVG. v. 13. Juli 1883 wiederholte im § 35 Nr. 1 die Bestimmung des § 54 PKO. Hiernach haftete das Grundstück für die Kosten der Eintragung, der Kündigung der Klage und Beitreibung ohne deren Eintragung, für die Liquidationskosten aber nur dann, wenn sie eingetragen waren.

Nach § 1118 BGB. haftet das Grundstück kraft der Hypothek, also ohne besondere Bewilligung und Eintragung in das Grundbuch, *für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung*. Für die Kosten der Eintragung einer mit Bewilligung des Eigentümers eingetragenen Hypothek haftet das Grundstück ohne ihre besondere Eintragung nicht. Dagegen haftet es

kraft Gesetzes ohne weiteres für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung einer im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung des Arrestes eingetragenen Sicherungshypothek (ZPO. § 867 Abs. 1 Satz 3, § 932 Abs. 2), was dem Zwecke der Vollstreckungsmaßregel und der allgemeinen Vorschrift des § 788 ZPO. entspricht. Die Kosten erhalten bei der Zwangsversteigerung Befriedigung aus dem Grundstück an der Stelle, an der das Hauptrecht angesetzt wird, und zwar vor den Zinsen, Nebenleistungen und dem Hauptanspruche (ZVG. § 10 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, § 12).

In den Motiven (III S. 648) wird ausgeführt, daß die Kosten unter dieselbe Vorschrift, wie die gesetzlichen Zinsen, gestellt werden müssen, weil die Gründe, die für die Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen sprechen, in noch höherem Grade hinsichtlich der Kosten sich geltend machen. Bezüglich der einzelnen Kosten wird bemerkt: „Die Haftung des Grundstücks für die Eintragungskosten wird abgelehnt. Für den Realkredit würde sie ohne praktische Bedeutung sein. An sich aber muß darauf gehalten werden, daß das Spezialitätsprinzip nicht mehr als unbedingt nötig abgeschwächt wird. Gegen die Erstreckung der Hypothek auf die Eintragungskosten spricht überdies, daß, wenn die Geltendmachung des dinglichen Rechtes erst nach Jahren erfolgt, es oft nicht ohne Schwierigkeit sein wird, festzustellen, ob diese Kosten vom Gläubiger oder vom Eigentümer bezahlt sind. Wegen der Kündigungskosten muß der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt werden, weil er, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängig ist, die Hypothek nicht geltend machen kann, ohne vorher gekündigt zu haben. Auch die Erstreckung der Hypothek auf die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung bedarf einer weiteren Rechtfertigung nicht. Die Kosten der persönlichen Klage, wenn diese mit der dinglichen Klage gegen den Eigentümer verbunden wird, gehören an sich nicht zu den Kosten, für die das Grundstück haftet. Der Regel nach werden jedoch durch die Verbindung die Kosten sich nicht erhöhen. Die Entscheidung darüber, ob trotzdem im einzelnen Falle gewisse Kosten von der Beitreibung aus dem Grundstück auszuschließen sind, kann der Praxis ohne nähere Direktive überlassen bleiben. Daß Prozesse, die der Gläubiger gegen andere Personen als den Eigentümer des Grundstücks führt, nicht unter die Vorschrift des § 1066 (Entw. I; BGB. § 1118) fallen, erscheint nicht zweifelhaft."

3. Es macht keinen Unterschied, ob die Kosten bei einer gewöhnlichen Hypothek oder bei einer Sicherungshypothek mit Angabe des Höchstbetrags (Kautionshypothek) entstanden sind. In den Höchstbetrag werden nur die Zinsen, nicht auch die Kosten des § 1118 eingerechnet (vgl. Anm. 5 zu § 1190).

Zu den Kosten, für die das Grundstück haftet, gehören nur die einer solchen Kündigung, welche für die Hypothek wirksam, also von dem Gläubiger dem Eigentümer erklärt ist (§ 1141 Abs. 1), nicht die für eine vom Gläubiger dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, erklärte Kündigung aufgewendeten. Zu den Kündigungskosten gehören namentlich die Zustellungskosten des Gerichtsvollziehers und die Kosten für die Bestellung eines Vertreters gemäß § 1141 Abs. 2.

Kosten der Rechtsverfolgung, welche die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckt, sind zunächst die, welche durch Geltendmachung des Anspruchs aus der Hypothek, der Grundschuld, der Rentenschuld dem Gläubiger erwachsen, ohne Unterschied, ob der Anspruch mit der gewöhnlichen Klage oder im Urkundenprozeß (ZPO. § 592) oder im Mahnverfahren (ZPO. § 688) erhoben ist. Die Hypothek haftet nicht für die Kosten der persönlichen Klage gegen den Schuldner, die nicht mit der dinglichen Klage verbunden ist, auch nicht für die höheren Kosten, die etwa durch die Verbindung beider Klagen entstanden sind. (RG. E. 1 S. 105.) Ebensowenig für die Kosten der Prozesse, in deren Verlauf erst auf Grund eines den Schuldner zur Bewilligung der Eintragung verurteilenden rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Urteils (ZPO. §§ 894, 895) die Hypothek oder Vormerkung oder erst

im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung eines Arrestes die Sicherungshypothek (ZPO. §§ 866, 867, 932) eingetragen ist. Dagegen haftet die Hypothek für die Kosten derjenigen Klage, mit der gemäß § 1133 BGB. wegen Verschlechterung des Grundstücks sofortige Befriedigung aus diesem gesucht wird. Das dingliche Recht besteht nur für solche (gerichtlichen und außergerichtlichen) Kosten, deren Erstattung dem Beklagten obliegt, die also zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren (ZPO. § 91). Soll das Grundstück für weitere Kosten haften, so muß für diese eine Sicherungshypothek unter Angabe ihres Höchstbetrags (BGB. § 1190) bestellt und eingetragen werden (Joh. 4 S. 151). Im Zwangsvollstreckungsverfahren muß die Liquidation der Kosten durch einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel, der Regel nach durch einen Kostenfestsetzungsbeschluß des Gerichts erster Instanz, begründet werden (ZPO. §§ 104, 105). Wird die Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger des Beklagten betrieben, so können gegen diesen auch die Kosten des vorangegangenen Prozesses liquidiert werden; denn die Rechtshängigkeit umfaßt auch die Kostenforderung, für welche die Hypothek ꝛc. nach dem Gesetze haftet, ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsnachfolger die Rechtshängigkeit gekannt hat oder nicht (ZPO. § 325 Abs. 3).

Zu den Kosten der Rechtsverfolgung gehören ferner die früher (PEigG. § 30) als Kosten der Beitreibung bezeichneten, nämlich diejenigen, die nach der Ausklagung des Anspruchs aus der Hypothek zu dessen Befriedigung im Zwangsvollstreckungsverfahren aufgewendet werden, mag die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Gläubigers führen oder ganz oder teilweise resultatlos verlaufen. Die Kosten für einen zurückgenommenen Antrag auf Zwangsversteigerung gehören also dazu nicht (OTrib. E. 51 S. 423). Die Kosten des Verfahrens sind aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu entnehmen; die Kosten der Anordnung des Verfahrens und des Beitritts eines Gläubigers sind Kosten der Rechtsverfolgung, die an der Stelle der Hauptforderung zu liquidieren sind (ZVG. §§ 109, 155, 10 Abs. 2); die Kosten des Zuschlags fallen dem Ersteher zur Last (das. § 58). Die Gebühren eines Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers für das Zwangsvollstreckungsverfahren sind zu den Kosten der Rechtsverfolgung zu rechnen. Zweifelhaft war dies bezüglich der Erhebungsgebühren. Das RGer. hat sich darüber in folgender Weise (hier den jetzt geltenden Gesetzen angepaßt) ausgesprochen. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke wird erst durch die Empfangnahme des Geldes seitens des Gläubigers beendigt; zu den Kosten der Rechtsverfolgung zwecks Befriedigung des Gläubigers gehören mithin auch die Kosten der Liquidation, insbesondere die Erhebungsgebühren eines den Gläubiger vertretenden Rechtsanwalts. Da jedoch auch bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke die Bestimmungen der §§ 91 und 788 ZPO. Anwendung finden, wonach dem Schuldner nur die notwendigen Kosten zur Last fallen, so dürfen die Erhebungsgebühren aus dem Versteigerungserlöse dann nicht erstattet werden, wenn sie, worüber das freie richterliche Ermessen entscheidet, für die Zwangsvollstreckung nicht notwendig sind. Ist durch Landesgesetz, wie in Preußen durch Art. 11 AG. z. ZVG., als Art der Auszahlung an einen im Verteilungstermine nicht erschienenen Berechtigten die Übersendung des Geldes durch die Post bestimmt (ZVG. § 117 Abs. 2), so sind die Erhebungsgebühren eines Rechtsanwalts aus dem Versteigerungserlöse nicht zu erstatten, wenn nicht besondere Umstände erforderten, daß der Gläubiger im Termin an der Gerichtsstelle persönlich oder durch einen Vertreter das Geld (z. B. behufs sofortiger anderweitiger Verwendung) in Empfang nehme. Doch sind in solchem Falle dem Gläubiger die durch die Übersendung mit der Post entstehenden Kosten zu ersetzen. (RG. E. 22 S. 322.) Ist die Liquidation der Erhebungsgebühren berechtigt, so kann deren Erstattung nicht nur von dem betreibenden oder beigetretenen, sondern von jedem Gläubiger beansprucht werden, dessen Recht durch Zahlung zu decken ist. Versäumt der Gläubiger die Anmeldung der Kosten bis zur Feststellung des geringsten Gebots, so kann er sie zwar noch im Verteilungsverfahren nachfordern, sie stehen dann aber den übrigen Rechten nach (ZVG. § 37 Nr. 4, §§ 66, 110). In den

Teilungsplan werden die Kosten nur dann aufgenommen, wenn sie spätestens im Verteilungstermin angemeldet sind (das. § 114).

4. Nach dem § 10 Nr. 1 ZVG. gewährt ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück an erster Stelle „der Anspruch eines die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers auf Ersatz seiner Ausgaben zur Erhaltung und nötigen Verbesserung des Grundstücks, im Falle der Zwangsversteigerung jedoch nur, wenn die Verwaltung bis zum Zuschlage fortdauert und die Ausgaben nicht aus den Nutzungen des Grundstücks erstattet werden können." Diese Ausgaben gehören nicht zu den Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 BGB. kraft der Hypothek haftet, sondern sind sog. Massekosten, die der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfen und kraft Gesetzes aus dem Grundstück ersetzt werden. Es genügt hier der Hinweis auf die Urteile des RG. Bolze 7 Nr. 1230, E. 17 S. 273, Bd 25 S. 227, 237, Bd 41 S. 321. Der PlenBeschl. E. 38 S. 312 wird nicht mehr anwendbar sein, vielmehr scheint das ZVG. im § 37 Nr. 4 dem Gedanken zu entsprechen, der dem früheren, durch den PlenBeschl. beseitigten Urteile E. 23 S. 233 zugrunde liegt. (Jaeckel ZVG. Nr. 6 zu § 38.)

5. Der § 1118 findet Anwendung auch auf die am 1. Januar 1900 bereits vorhandenen Hypotheken und Grundschulden (vgl. Nr. VI S. 714 ff.). Bezüglich dieser ist die Haftung des Grundstücks insofern erweitert, als sie auch die nicht eingetragenen gesetzlichen Zinsen umfaßt, und insofern beschränkt, als sie sich auf die nicht eingetragenen Kosten der Eintragung nicht mehr erstreckt. (Vgl. Biermann SR. Nr. 4, Fuchs Nr. 4, Kober Nr. V zu § 1118 und Planck 6 Nr. 8 a zu Art. 192.)

6. Die im § 1118 bezeichneten Zinsen und Kosten sind weder eintragungsbedürftig, da sich die Haftung des Grundstücks aus dem Gesetz ergibt, noch auch eintragungsfähig, weil nach der GBO. und dem BGB. solche Eintragungen vermieden werden sollen, die nicht erforderlich sind und das Grundbuch nur unnütz belasten (KG. RJA. 1 S. 81, KG. JW. 21 S. A 168). Auch die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung einer Zwangshypothek sind weder eintragungsbedürftig (ZPO. § 867 Abs. 1 Satz 3) noch eintragungsfähig (Karlsruhe RJA. 2 S. 247). Dagegen haftet das Grundstück für die Kosten der Eintragung einer bewilligten Hypothek nur dann, wenn sie eingetragen sind; sie müssen daher, wenn ihre Eintragung bewilligt ist, auf Antrag eingetragen werden (vgl. Anm. 2 S. 760 f.).

§ 1119.

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich.

1. „Das Kapital hat die Bestimmung, Zinsen zu bringen. Wenn daher eine Forderung nicht als verzinslich eingetragen ist, so ist zu gewärtigen, daß der Gläubiger, sobald sie fällig geworden, Zahlung verlangen und, wenn diese ausbleibt, die Hypothek geltend machen wird. Die üble Lage, in die der Eigentümer hierdurch geraten kann, läßt sich jedoch in der Regel vermeiden, wenn nachträglich die Eintragung der Verzinslichkeit mit einem angemessenen Zinssatz erfolgt. Denn entweder wird der Gläubiger dann die Hypothek stehen lassen, oder es wird sich ein anderer finden, der sie erwirbt. Die Sache ist einfach, wenn Rechte, die der Hypothek im Range gleich- oder nachstehen, nicht eingetragen sind; es genügt in diesem Falle die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, um die nachträgliche Eintragung herbeizuführen und damit die Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen zu bewirken. Sind dagegen gleich- oder nachstehende Rechte vorhanden, so kann dieser Erfolg nur mit Zustimmung der Berechtigten erreicht werden, sofern nicht das Gesetz davon absieht. Denn an sich hat jedes Recht an einem Grundstücke vermöge seiner dinglichen Natur den Vorrang vor allen nach ihm entstehenden Rechten und also auch vor jeder Erweiterung eines ihm im Range gleich- oder vorstehenden Rechtes (BGB. § 879).

Es kann daher auch die Verzinslichkeit einer Forderung nachträglich nur an der letzten Stelle im Grundbuch eingetragen werden, falls nicht die der Hypothek gleich- oder nachstehenden Berechtigten die Eintragung mit dem Range des Kapitals bewilligen. Durch diese Konsequenz aber ist jener Ausweg dem Eigentümer so gut wie verschlossen. Denn auf die letzte Stelle wird sich der Gläubiger mit den Zinsen regelmäßig nicht verweisen lassen, und zu einer Eintragung mit dem Range des Kapitals werden die gleich- oder nachstehenden Berechtigten kaum je ihre Einwilligung geben. Verschiedene Gesetze gestatten deshalb die nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit, und zwar mit einem Zinssatze bis zu fünf vom Hundert, an der Stelle, und mit dem Range des Kapitals ohne Rücksicht auf gleich- oder nachstehende Rechte, indem sie davon ausgehen, daß der mit einer solchen Eintragung verbundene Eingriff in diese Rechte kaum je von praktischer Bedeutung sein und jedenfalls durch den günstigen Einfluß der dem Eigentümer beigelegten Befugnis auf den Realkredit reichlich aufgewogen wird, so namentlich das PEigG. § 25 usw. Der § 1119 schließt sich im Abs. 1 diesen Vorgängen an, indem er die Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen in dem vorausgesetzten Falle zuläßt, ohne die Einwilligung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu fordern. Diese Gründe treffen auch dann zu, wenn der Zinssatz bis zu fünf vom Hundert erhöht werden soll. Im Abs. 1 des § 1119 wird deshalb die Erhöhung des Zinssatzes der Neueintragung eines solchen gleich behandelt." (Mot. III S. 646.)

2. Da der § 1119 auch auf die vor dem 1. Januar 1900 gemäß dem PEigG. eingetragenen Hypotheken von dieser Zeit an Anwendung findet (EG. z. BGB. Art. 192 ff.), wird damit in Preußen einem verwickelten Rechtszustand ein Ende gemacht. Der § 25 EigG. ließ zwar auch für bereits eingetragene Kapitalien die Eintragung der Verzinslichkeit oder der Zinserhöhung bis zu 5% mit dem Range des Kapitals zu, machte aber die Einwilligung nur derjenigen gleich- oder nachstehenden Gläubiger entbehrlich, die nach dem 1. Oktober 1872 eingetragen wurden. Zwar wurden der Vorschrift des § 25 im Abs. 2 auch die Hypotheken unterworfen, die seit dem G. v. 24. Mai 1853 mit Zinsen unter fünf vom Hundert eingetragen waren. Damit wurden aber die Hypotheken ausgeschlossen, die zinslos eingetragen wurden, sowie die, welche vor dem Geltungsanfange des G. v. 24. Mai 1853 bereits eingetragen waren. Auf letztere blieben die Vorschriften des ALR. anzuwenden, wonach es, wenigstens zur Eintragung der Verzinslichkeit und der Zinserhöhung, der ausdrücklichen Einwilligung der dem Kapitale gleich- oder nachstehend eingetragenen Gläubiger bedurfte (ALR. I 20 § 501; HypO. II § 30). Vgl. Turnau I S. 390.

Nach § 1119 BGB. kann seit dem 1. Januar 1900 die Hypothek durch Eintragung eines Zinssatzes bis zu 5% mit dem Range des Kapitals ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erweitert werden, ohne Unterschied, in welchem Zeitpunkt (ob unter der Herrschaft des PALR., des G. v. 24 Mai 1853, des PEigG. oder des BGB.) die Eintragung der Hypothek erfolgt ist, ohne Unterschied, ob die Hypothek als unverzinslich oder mit Zinsen unter 5% eingetragen ist, ohne Unterschied, ob die gleich- oder nachstehenden Rechte Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden oder andere dinglichen Rechte sind. Nur soweit der einzutragende Zinssatz 5% übersteigt, bedarf es zu seiner Eintragung mit dem Range des Kapitals der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten; fehlt es an dieser, so darf nur der Zinssatz bis zu 5% mit dem Range des Kapitals eingetragen werden, während die 5 übersteigenden Prozente an letzter Stelle einzutragen sind.

Der § 1119 ist ohne Bedenken auch auf die Hypothekenvormerkung entsprechend anzuwenden (Sekler S. 159 h).

Daß durch die Anwendung des § 1119 auf ältere Hypotheken in bestehende Rechte eingegriffen wird, daß insbesondere die gleich- oder nachstehenden Berechtigten dadurch ungünstiger gestellt werden, ist bei der Beratung der Art. 192 ff. EG. z. BGB. nicht verkannt worden (vgl. S. 714).

3. Die Erweiterung der Hypothek durch Festsetzung der Verzinslichkeit oder Zinserhöhung stellt eine Änderung des Inhalts eines Rechtes dar. Es findet darauf die Vorschrift des § 877 Anwendung (vgl. Anm. 1 u. 2 S. 149 f.). Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht (§ 1119). Zur Eintragung der Verzinslichkeit oder Zinserhöhung sind die Eintragungsbewilligungen des Eigentümers und des Gläubigers in der Form des § 29 GBO. erforderlich und genügend. Biermann (SR. Nr. 2 zu § 1119) hält nach § 19 GBO. die Bewilligung des Gläubigers zur Eintragung für entbehrlich, weil nur das Recht des Eigentümers dadurch betroffen werde (wie hier Planck Nr. 2 und

Fuchs Nr. 2 b zu § 1119). Unter Beilegung dieser Bewilligungen und des Hypothekenbriefs kann der Antrag auf Eintragung von dem einen oder dem andern privatschriftlich beim Grundbuchamte gestellt werden. Die Einwilligung des vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners in die Zinserhöhung ist für die Eintragung im Grundbuche bedeutungslos. Soll bei einer drei Grundstücke belastenden Gesamthypothek bezüglich zweier eine Zinserhöhung eingetragen werden, so bedarf es hierzu nicht der Bewilligung des Eigentümers des dritten Grundstücks, bei dem der Zinssatz unverändert bleibt (KG. JW. 21 S. A 168). Der vom Eigentümer bewilligten Erweiterung des Inhalts des Hypothekenrechts durch Änderung der Zins- und Zahlungsbedingungen kommt, soweit nicht aus der Bewilligung ein anderer Wille zu entnehmen ist und nicht Rechte Dritter entgegenstehen, begrifflich der Rang des Rechtes selbst zu. Deshalb bedarf es keiner besonderen Erklärung des Eigentümers über den Rang der Erweiterung neben der Bewilligung und ebensowenig seiner besonderen Zustimmung zu der Einräumung des Vorrechts, für die Erweiterung seitens gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger (vgl. § 880 BGB.), da die Zustimmung in der Bewilligung enthalten ist. (KG. JW. 26 S. A 140.) Die Zinserhöhung bis zu 5% wird in Preußen (A. Bf. v. 20 November 1899 § 12 Abs. 2) in der Hauptspalte „Veränderungen" (Spalte 5 u. 7) zum Kapital eingetragen und auf dem Hypothekenbriefe vermerkt. Ist die Erhöhung über 5% bewilligt und die Zustimmung der gleich- und nacheingetragenen Gläubiger zur Eintragung der 5 übersteigenden Prozente nicht beigebracht, so werden die höheren Prozente ebenfalls zum Kapital unter Vermerk ihres Ranges eingetragen (KG. RJA. 3 S. 248, JW. 26 S. A 141, 290). Der Vermerk auf dem bisherigen Briefe kann bei Eintragung einer Zinserhöhung auf 7% zur Hypothek Nr. 7 beim Vorhandensein von nacheingetragenen Posten so lauten: „Zu Nr. 7. Der Zinssatz ist vom 1. Juli 1890 ab auf 7% erhöht, eingetragen mit dem Range des sechsten und siebenten Prozents hinter den unter Nr. 8 eingetragenen 2000 Mk. und den unter Nr. 9 eingetragenen 1200 Mk. am . . ." (Dresden Rsp. 1900 S. 461.)

Es ist keine Erweiterung der Belastung eines Grundstücks, zu deren Eintragung es der Zustimmung der gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten bedarf, wenn an Stelle der als Zuschläge zu den Zinsen zu entrichtenden Tilgungsbeiträge und Verwaltungskosten wirkliche Zinsen dergestalt gesetzt werden sollen, daß der Zinssatz die Höhe der bisher zu entrichtenden Nebenleistungen nicht übersteigt; wenn z. B. zu einem Darlehn, das nebst 5% Zinsen, ½% Tilgungsraten und ½% Verwaltungskosten eingetragen ist, unter Löschung des mehr eingetragenen halben Zinsprozentes sowie der Tilgungs- und Verwaltungskosten eingetragen werden soll, daß das Darlehn von einem bestimmten Tage ab mit 4½% verzinst werden und eine Erhöhung der Zinsen auf 6% jährlich eintreten soll, wenn die Zinszahlung nicht längstens 14 Tage nach Verfall vollständig erfolgt oder wenn das fällig gewordene Kapital am Fälligkeitstage nicht zurückgezahlt wird. (KG. RJA. 3 S. 131.)

4. Das Verbot des Anatozismus des § 248 BGB. trifft nur die im voraus getroffene Abrede, daß fällig werdende Zinsen im Falle ihrer Nichtzahlung wieder Zinsen tragen sollen, schließt aber die Vertragsfreiheit für die Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen nicht aus (Mot. II S. 196). Es ist daher auch zulässig, daß rückständige Zinsen zu einem verzinslichen Kapitale gemacht und daß für dieses vom Eigentümer eine neue Hypothek bestellt wird. Der § 1119 kann nur auf die Zinsen solcher durch Kapitalisierung von rückständigen Zinsen entstandenen Kapitalien bezogen werden. Eine Beschränkung auf ältere als zweijährige Zinsen (PALR. I 11 § 819) oder auf einen einjährigen Zinsrückstand (code civ. Art. 1154) enthält das BGB. nicht. Die Eintragung des kapitalisierten Zinsrückstandes erfolgt in den Spalten 1—4 unter einer neuen Nummer, ohne daß es einer Bemerkung in der Spalte „Veränderungen" bei der Hauptpost, deren Zinsen kapitalisiert sind, bedarf. Ebenso ist zu verfahren, wenn der Hypothekengläubiger wegen fälliger Zinsraten einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erwirkt hat.

Er kann zwar ihre Eintragung verlangen, aber nicht als Veränderung bei der Kapitalhypothek und mit deren Range, sondern als neue, selbständige Hypothek an der bereitesten Stelle des Grundbuchs. (RG. JW. 12 S. 117.)

5. Der § 1119 kann ohne Bedenken auch auf Hypothekenvormerkungen angewendet werden. Ist für eine vierprozentige Forderung Hypothek vorgemerkt, so kann die Haftung der künftig zu erwerbenden Hypothek ohne Rücksicht auf gleich- oder nachstehende Berechtigte auf 5% der Forderung sofort durch einen Zusatzvermerk bei der Vormerkung oder später bei der Definitiveintragung ausgedehnt werden (Reichel Umschreibung S. 41).

6. Bei Herabsetzung der Zinsen kommt es darauf an, ob für die Prozente, um welche die eingetragenen Zinsen herabgesetzt, die Hypothek aufgegeben wird oder ob nur in Rücksicht auf die Person eines bestimmten Gläubigers die Herabsetzung erfolgt. Im ersten Falle tritt eine teilweise Aufhebung des Hypothekenrechts ein (RG. E. 39 S. 208), im anderen Falle bleibt das Hypothekenrecht unberührt. Zur endgültigen Verringerung des Zinsrechts bedarf es der Aufhebungserklärung des Gläubigers und eventuell des dritten Berechtigten (BGB. § 876), sowie der Eintragung in das Grundbuch (§ 875). Zur letzteren bedarf es der Zustimmung des Eigentümers (BGB. § 1183; GBO. § 27). Die herabgesetzten Zinsen können später gemäß § 1119 wieder erhöht werden.

Wird eine Hypothek ꝛc. zu einem geringeren Zinsfuß als dem ursprünglichen abgetreten und hat sich der abtretende Gläubiger die Zinsdifferenz ausdrücklich vorbehalten, so muß die Teilabtretung bei der Buchhypothek eingetragen und bei einer Briefhypothek auf dem Briefe vermerkt werden. Darüber, ob und wann ein Teilhypothekenbrief über die vorbehaltene Zinsdifferenz erteilt werden kann oder muß, vgl. Bd II Anm. 3 zu § 61 GBO. Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es zur Eintragung der Teilabtretung nicht, da sein Recht dadurch nicht betroffen wird. Hat sich der abtretende Gläubiger die Zinsdifferenz nicht vorbehalten, so wird die Zession mit dem herabgesetzten Zinsfuß eingetragen, ohne daß es der Löschung der Zinsdifferenz bedarf. In solchem Falle behält weder der Zedent noch erwirbt der Eigentümer ein Recht darauf. Zur Löschung der Zinsdifferenz ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Solange die Löschung nicht erfolgt ist, bleibt das Hypothekenrecht für die Zinsdifferenz bestehen. Der frühere Zinssatz kann nur unter Mitwirkung des Eigentümers wiederhergestellt werden. Die Eintragungsvermerke in der Hauptspalte „Veränderungen" können lauten: „500 Mk. Abgetreten mit 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1901 unter Vorbehalt des fünften Zinsprozents für . . . (den abtretenden Gläubiger) an . . . mit dem Vorzugsrechte vor dem Reste. Eingetragen am . . .", oder „1000 Mk. Abgetreten mit 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1901 an . . . Die beiden übrigen Zinsprozente sich gelöscht. Eingetragen am . . ."

Erfolgt die Herabsetzung der Zinsen oder die Löschung der Zinsdifferenz bei einer Post, über die ein Brief erteilt ist, so muß der Brief zur Eintragung dem Grundbuchamte vorgelegt und die Eintragung oder die Löschung darauf vermerkt werden (GBO. §§ 42, 62). Auf den Briefen über die gleich- oder nacheingetragenen Posten, die dadurch eine Verbesserung erlangen, wird die Eintragung nur auf Antrag und nur dann vermerkt, wenn der ursprüngliche Zinssatz 5% übersteigt (GBO. § 57 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3; A. Vf. v. 20. Novbr 1899 § 38 Abs. 2 Nr. 4).

7. Auf die Begründung und Eintragung der Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts finden die § 873, 874 BGB. Anwendung. Der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es weder zur Änderung noch zur Löschung der Änderung. § 1119 Abs. 2 deckt auch eine Änderung der Kündigungsbedingungen (Gierke SR. S. 868 A. 37).

8. Über den Stempelansatz für Urkunden, in denen die Eintragung von Abänderungen der Zins- und Zahlungsbedingungen hypothekarischer Forderungen in das Grundbuch bewilligt wird, vgl. für Preußen A. Vf. v. 4. Februar 1899 (JMBl. S. 45) sowie RG. E. 42 S. 264.

§ 1120.

Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.

A. **Übersicht.** 1. In den §§ 1120—1131 werden die Gegenstände behandelt, die mit dem Grundstücke für die Hypothek haften. Es handelt sich dabei teils um Erweiterungen des Grundstücks (Früchte, Zubehör), teils um Surrogate von Bestandteilen, Früchten, Zubehörstücken (Forderungen aus der Versicherung solcher Gegenstände). Dazu tritt dann noch als Surrogat des Grundstücks die Enteignungsentschädigung nach Maßgabe von Reichsgesetzen und von aufrecht erhaltenen Landesgesetzen (vgl. Anm. B. IV, V).

Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Bestandteile, Früchte und Zubehör sind bereits S. 16 ff. besprochen und es ist an diese Besprechung des inneren Zusammenhanges wegen die Erörterung über den Anspruch aus der Versicherung geknüpft worden. Auf alle jene Ausführungen wird verwiesen; hier bleibt nur der Einfluß der Hypothek (unter der im folgenden auch die gleich zu behandelnde Grund- und Rentenschuld verstanden wird) inbezug auf Einzelheiten zu erörtern.

Die Erstreckung der Hypothek über das Grundstück und seine ungetrennten Bestandteile hinaus steht im wesentlichen mit dem bisherigen preuß. Rechte (EigG. §§ 30, 31) im Einklange. Sie ist im Interesse des Realkredits und des Verkehrs erforderlich. „Der Realkredit ist wesentlich dadurch bedingt, daß dem Gläubiger die Sicherheit, die er durch die Eintragung erlangt, bis zur Verwirklichung der Hypothek erhalten bleibt. Um dieses Ziel zu erreichen, muß das Grundstück nicht bloß in seinem *rechtlichen* Bestande, sondern auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden *wirtschaftlichen* Bestande dem dinglichen Rechte des Gläubigers unterworfen werden. Daher ist die Hypothek nicht auf die nach römischem Rechte haftenden Gegenstände zu beschränken, sondern auf alle den wirtschaftlichen Bestand des Grundstücks ausmachenden Gegenstände, namentlich auf die mit der Trennung dem Eigentümer zufallenden Früchte (§§ 99, 100), auch wenn dieser nicht der Verpfänder ist, desgleichen auf die an die Stelle der Früchte tretenden Pacht- und Mietzinsforderungen (§ 99 Abs. 3) und auf die Forderung aus der Versicherung von Gegenständen, die kraft der Hypothek dem Gläubiger haften (§§ 1127—1130), grundsätzlich auszudehnen" (Mot. III S. 651).

Daß die Haftung der Erweiterungen und der Surrogate nur eine bedingte ist und nur eine solche sein kann, wird sich aus den Bemerkungen zu den §§ 1120—1130 ergeben.

Über die Haftung des Grundstücks selbst in allen seinen ungetrennten Bestandteilen enthält das BGB. keine besonderen Bestimmungen. Sie ist selbstverständlich und unbedingt. Im übrigen vgl. Anm. B I S. 770.

Durch die hypothekarische Haftung wird der Eigentümer an der Verfügung über das Grundstück und an der Veräußerung und Entfernung der mithaftenden Gegenstände nicht gehindert. Im Falle seines Konkurses hat der Verwalter die gleiche Befugnis (RG. E. 52 S. 140). Erst durch die Beschlagnahme seitens der Hypothekengläubiger tritt ein Hemmnis hinsichtlich der mithaftenden Gegenstände ein.

Die *Beschlagnahme*, auf die der Hypothekengläubiger in den §§ 1121—1124, 1126 verwiesen wird, setzt Fälligkeit der Hypothek (Mot. III S. 672) und einen vollstreckbaren Titel (ZVG. § 16 Abs. 1) voraus. Nur bei Verschlechterung des Grundstücks (§§ 1133, 1134), der es gleichsteht, wenn Zubehörstücke (nicht auch getrennte Erzeugnisse ohne Zubehöreigenschaft und sonstige getrennte Bestandteile) verschlechtert oder den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft zuwider vom Grundstück entfernt werden (§ 1135), kommt es auf die Fälligkeit der Forderung nicht an; auch können in diesem Falle schon vor Erlangung eines

vollstreckbaren Titels Sicherungsmaßregeln (auch Zwangsverwaltung) im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden. Ob das den landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditinstituten durch PKabO. v. 14. Februar 1829 (GS. S. 22). verliehene Recht, die Zwangsversteigerung der von ihnen bepfandbrieften Güter auch ohne vollstreckbaren Titel zu beantragen, noch besteht, ist zweifelhaft (vgl. Mot. z. Entw. I d. ZVG. S. 375), aber wohl zu bejahen (G. v. 3. August 1897 § 12; B., betr. das Zwangsverwaltungsverf., v. 15. November 1899 § 51 Abs. 4; zustimmend Oberneck 1 S. 760 Nr. 18). Für die öffentlichen landschaftlichen ꝛc. Kreditanstalten, denen dieses Recht nicht verliehen war, kann, soweit sie zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehen, mit landesherrlicher Genehmigung durch Satzung bestimmt werden, daß aus Urkunden, die von einem zum Richteramte befähigten Beamten der Anstalt innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse aufgenommen sind, die gerichtliche Zwangsvollstreckung wegen fälliger Pfandbriefforderungen und Nebenforderungen gegen den Eigentümer des beliehenen Grundstücks stattfindet. In diesem Falle wird der vollstreckbare Schuldtitel durch den Antrag auf Zwangsversteigerung ersetzt (G. v. 3. August 1897 §§ 1, 2, 4, 13). In den Fällen des § 726 Abs. 1, der §§ 727—729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 ZPO. ist jedoch vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Amtsgerichts zu erteilen, in dessen Bezirke die Anstalt ihren Sitz hat (PAG. z. RGes., betr. Änd. d. ZPO., Art. 5). Die erst nach dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Anstalten unterliegen den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen.

2. Bei der Zwangs-Versteigerung und Verwaltung werden die Hypothekengläubiger nach ihrem sich aus dem Grundbuch ergebenden Range aus dem Versteigerungserlös oder Verwaltungsüberschusse befriedigt, aber vor ihnen werden die im § 10 Nr. 1—3 ZVG. aufgezählten Ansprüche befriedigt, und zwar auch dann, wenn Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen versteigert sind. Den mehr als 2 Jahre rückständigen Hypothekenzinsen geht auch der betreibende Gläubiger vor (Nr. 5, 8 das.). Der § 10 Nr. 1—3 ist auf Grund des Vorbehalts im EG. z. ZVG. ergänzt durch das PAG. z. ZVG. Art. 1, 2, 12, 17 Abs. 1. „Nach dem BGB. gewähren ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke nur die Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Soweit es sich um andere dingliche Rechte handelt, muß aber das gleiche Recht auf Befriedigung auch dem Anspruche zukommen, der an die Stelle eines solchen Rechtes tritt, falls dieses durch den Zuschlag erlischt (§ 92 ZVG.). Dies wird durch die allgemeine Fassung des § 10 Nr. 4 ZVG. zum Ausdrucke gebracht“ (Denkschr. zum ZVG. S. 58).

Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, Reallasten, die erst nach der Zwangsversteigerungsbeschlagnahme eingetragen werden, sind dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam, wenn der Hypotheken- ꝛc. Gläubiger zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags oder, falls die nach § 873 BGB. erforderliche Einigung erst später zustande kommt, zur Zeit der Einigung (§ 892 Abs. 2 das.) vom Versteigerungsantrage Kenntnis hatte (§ 892 Abs. 1 Satz 1 das.; ZVG. § 23 Abs. 2) oder wenn der Versteigerungsvermerk bereits eingetragen war (ZVG. § 23 Abs. 2 Satz 2). Kenntnis, die der Hypothekengläubiger erst nach Stellung des Versteigerungsantrags erlangt, schadet ihm nicht; ebensowenig grob fahrlässige Unkenntnis. Wird dem Hypothekengläubiger, dessen Recht vor dem Versteigerungsvermerk eingetragen ist, die Kenntnis des Versteigerungsantrags in den nach § 892 Abs. 2 BGB. entscheidenden Zeitpunkten nachgewiesen, so muß er dem betreibenden Gläubiger gegenüber zurücktreten, wird also erst nach diesem aus dem Versteigerungserlöse befriedigt. Der Nachweis muß ihm im Prozeßwege geführt werden. Die im § 10 Nr. 2, 3 ZVG. aufgeführten Ansprüche gehen aber dem Anspruche des betreibenden Gläubigers aus Nr. 5 das. in jedem Falle vor.

3. Sehr erweitert ist der Begriff des unbeweglichen Vermögens durch das PG., betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben, v. 19. August 1895 und 11. Juni 1902. Nach § 1 dieses G. bildet eine Privat-

eisenbahn, die dem G. über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. November 1838 unterliegt, und eine Kleinbahn (G. v. 28. Juli 1892), deren Unternehmer verpflichtet ist, für die Dauer der ihm erteilten Genehmigung, das Unternehmen zu betreiben, mit den dem Bahnunternehmen gewidmeten Vermögenswerten eine Einheit (Bahneinheit). Die Bahneinheit entsteht, sobald die Genehmigung des Betriebs auf der ganzen Bahnstrecke erteilt ist und, wenn die Bahn vorher in das Bahngrundbuch eingetragen wird, mit dem Zeitpunkte der Eintragung (§ 3). Zu dieser Bahneinheit gehören nach § 4 außer Grundstücken auch Rechte an anderen Grundstücken, bewegliche Sachen, Kassenbestände und Forderungen (vgl. Bd II Anm. 2 zu § 85 GBO.).

Nach § 16 Abs. 1 das. gelten für die Bahneinheit die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB., soweit sich nicht aus diesem Gesetz ein anderes ergibt. Nach Abs. 2 das. finden mit der gleichen Beschränkung die für den Erwerb des Eigentums und für die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften des BGB. auf die Bahneinheit entsprechende Anwendung. Demgemäß kann eine Bahneinheit mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden belastet werden. Zur Eintragung einer Grund- oder Rentenschuld an einer Bahneinheit ist bei Privateisenbahnen jedoch die Genehmigung des Ministers der öffentlichen Arbeiten erforderlich (§ 17). Sofern nach dem Erlöschen der Genehmigung die Bahneinheit fortbesteht, sind Verfügungen des Bahneigentümers über einzelne Bestandteile der Bahneinheit den Bahnpfandgläubigern gegenüber unwirksam; jedoch finden die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, insbesondere die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entsprechende Anwendung. Das Recht der Bahnpfandgläubiger, die Unwirksamkeit einer Verfügung des Bahneigentümers geltend zu machen, erlischt mit der Schließung des Bahngrundbuchblatts (§ 19).

Das G. v. 19. August 1895 ist durch Art. 112 EG. z. BGB. (vgl. auch GBO. § 83; EG. z. ZVG. § 2) aufrecht erhalten insbesondere, soweit es Vorschriften über die Behandlung der dem Unternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstiger Vermögensstücke als Bahneinheit, über die Veräußerung und Belastung einer solchen Bahneinheit oder ihrer Bestandteile enthält. Durch den Vorbehalt ist nach Art. 3, 218 EG. z. BGB. auch anderen Bundesstaaten die Möglichkeit gegeben, die privatrechtlichen Verhältnisse an einer Bahn als einem Ganzen in besonderer Weise zu regeln (Prot. VI S. 553 X). Das G. v. 19. August 1895 ist durch G. v. 11. Juni 1902 abgeändert und ist hier in der neuen Fassung (GS. 1902 S. 238) bezogen. Soweit die Frage, was für die Hypothek und Grundschuld haftet, in Betracht kommt, sind die Abweichungen von den Vorschriften des BGB. folgende. Es haften nicht die Grundstücke nebst den auf ihnen errichteten Gebäuden (BGB. § 94) und Zubehörstücken (§ 97), sondern ein abgesondertes Vermögen, das außer den Grundstücken in deren weiterem Sinne (vgl. Anm. A 1 S. 767) Gegenstände (Kassenbestände, ausstehende Forderungen aus dem Betriebe ꝛc.) enthält, die unter den Begriff von Bestandteilen, Früchten, Zubehörstücken (oder von Surrogaten dieser Sachen) nicht gebracht werden können. Diese Vermögenseinheit wird vom Gesetze dergestalt einem Grundstücke gleichgestellt, daß die dem Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechte an fremden Grundstücken den Hypothekengläubigern ebenso haften, wie nach §§ 96, 1120 ff. BGB. die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen, als Bestandteile dieses Grundstücks geltenden Rechte, daß ferner die dem Bahnunternehmer gehörigen beweglichen Sachen, die zur Herstellung ꝛc. der Bahn oder der Bahngebäude oder zum Betriebe des Bahnunternehmens dienen, dem Hypothekengläubiger ebenso haften, wie beim Grundstücke das Zubehör. Den Fonds, Kassenbeständen, den Betriebsforderungen und den Ansprüchen aus Zusicherungen Dritter wird Bestandteilseigenschaft beizulegen sein. Die Haftung des als Zubehör anzusehenden rollenden Betriebsmaterials entspricht im wesentlichen den §§ 1121, 1122 BGB.

Bei Anlegung des Grundbuchs für die Bahneinheit müssen die zu dieser gehörigen einzelnen Grundstücke dem Bahneigentümer gehören und frei von Hypotheken, Grund- und

Rentenschulden sein (§ 12 des G.). Die dann unter Grundbuchrecht stehende Bahneinheit kann der Regel nach nur als solche verpfändet werden. Veräußerungen oder Belastungen einzelner zu ihr gehörigen Grundstücke sind ungültig, soweit nicht die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß durch die Verfügung die Betriebsfähigkeit des Bahnunternehmens nicht beeinträchtigt werde. Sobald die Genehmigung für das Unternehmen erloschen ist, können Veräußerungen oder Belastungen, auch wenn die Bahneinheit fortbesteht, ohne diese Bescheinigung erfolgen, jedoch unbeschadet der an der Bahn in gutem Glauben an das Grundbuch erworbenen Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§§ 5, 19 des G.). Daraus folgt, daß in diesem Falle die Bahnpfandgläubiger den Realgläubigern der einzelnen Grundstücke vorgehen. Die auf das einzelne Grundstück gelegte Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ergreift überdies nur die nach den Vorschriften des BGB. mit dem Grundstücke haftenden Gegenstände, also keinenfalls den Betriebs- und Verwaltungsfonds, die Kassenbestände, die Betriebsforderungen und die Ansprüche aus Zusicherungen Dritter.

Hypotheken ꝛc., die die Bahneinheit betreffen, werden nur in das Bahngrundbuch, Hypotheken, die zulässigerweise auf die einzelnen Grundstücke gelegt werden, nur in die Grundbücher dieser eingetragen. Die Zugehörigkeit der einzelnen Grundstücke zur Bahneinheit begründet eine Verfügungsbeschränkung, die gegen einen dritten Erwerber nur geltend gemacht werden kann, wenn die Zugehörigkeit ihm bekannt oder im Grundbuche vermerkt war (§ 5 das.). Nur unter der gleichen Voraussetzung wird der Gläubiger, der eine Hypothek ꝛc. an einem einzelnen Grundstück erlangt hat, den Vorrang der Bahnpfandgläubiger anzuerkennen brauchen. Die Verfolgung dinglicher Rechte an einzelnen zur Bahneinheit gehörigen Grundstücken findet bis zum Erlöschen der Genehmigung nur statt, so weit die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß durch die Verfolgung die Betriebsfähigkeit des Bahnunternehmens nicht beeinträchtigt werde. Wird die Bescheinigung versagt, so kann der Berechtigte gegen Aufgabe seines Rechtes vom Bahneigentümer eine nach den Enteignungsvorschriften zu bemessende Entschädigung fordern (§ 6 das.), die im Zwangsversteigerungsverfahren bevorrechtet ist (§ 26 Nr. 1 das.). Die zuletzt erwähnten Vorschriften (der §§ 5, 6) finden auf die Veräußerung und Belastung der für das Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechte an fremden Grundstücken und auf die Verfolgung dinglicher Rechte an diesen Rechten entsprechende Anwendung (§ 7 das.). Alle diese Vorschriften sind bestimmt, den Bahnpfandgläubigern die ihnen haftende Vermögenseinheit zu erhalten. Anderseits werden auch diese hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsobjekte beschränkt. Grundsätzlich findet eine Zwangsvollstreckung nur in die Bahneinheit, in das Ganze statt; in einzelne zur Bahneinheit gehörende Gegenstände nur, soweit die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß die Vollstreckung mit dem Betriebe des Bahnunternehmens vereinbar sei (§ 37 Abs. 1 das.). Die Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, die Personen oder Güter im öffentlichen Verkehre befördern, sind überdies nach dem G. v. 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131) von der ersten Einstellung in den Betrieb bis zur endgültigen Ausscheidung aus den Beständen der Pfändung völlig entzogen. Auch nach dem Erlöschen der Genehmigung ist, wenn die Bahneinheit fortbesteht, bis zur Schließung des Bahngrundbuchblatts die Zwangsvollstreckung in die einzelnen Gegenstände nur zur Beitreibung eines den Bahnpfandgläubigern gegenüber wirksamen Pfandrechts zulässig, d. h. eines Pfandrechts, das im guten Glauben an das Grundbuch der Einzelgrundstücke erworben ist. So weit hiernach eine Einzelzwangsversteigerung zulässig ist, wird der Teil des Erlöses, der dem Bahneigentümer zufällt (der Überschuß), Bestandteil der Bahneinheit (G. v. 19. August 1895 und 11. Juni 1902 § 37) und haftet als solcher den Bahnpfandgläubigern — Über das Bahngrundbuch vgl. Bd II Anm. 2 zu § 85 GBO.

B. I. Bestandteile vor der Trennung (vgl. Anm. 3, 4 zu § 93 S. 18 f., Anm. 4 5 zu § 94 S. 22 f., Anm. II, III zu § 97 S. 38 f., Anm. zu § 923 S. 402).

1. Für die Hypothek, Grund- und Rentenschuld haftet in erster Reihe das Grundstück (§§ 1113, 1118), und zwar mit allen ungetrennten wesentlichen (§§ 93, 94) und unwesent-

lichen (z. B. § 96) Bestandteilen. Die Mithaftung der ungetrennten Bestandteile ergibt sich aus dem Bestandteilsbegriff und ist daher im BGB. nicht besonders ausgesprochen. Zu den Bestandteilen gehört in erster Reihe der Grund und Boden selbst mit allen in ihm enthaltenen Naturprodukten mit Ausnahme der durch berggesetzliche Bestimmungen (z. B. § 1 PBergG. v. 24. Juni 1865) vom Verfügungsrechte des Grundeigentümers ausgeschlossenen Mineralien. In den vormals Königl. sächsischen Landesteilen sind Stein- und Braunkohlen dem Verfügungsrechte des Grundeigentümers nicht entzogen, unterliegen daher dem Rechte der Hypothekengläubiger auch gutgläubigen Dritten gegenüber; es sei denn, daß das Recht zum Abbaue vom Grundstück abgetrennt und auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen ist (PG. v. 22. Februar 1869 in der Fassung des Art. 38 PAG. z. BGB.). In letztem Falle haften die Kohlen den auf das neue Blatt nicht mitübertragenen Hypothekengläubigern nicht (vgl. OTrib. E. 76 S. 180). In gleicher Weise wie die Kohlenabbaugerechtigkeit ist die Salzabbaugerechtigkeit in der Provinz Hannover geregelt (G. v. 4. August 1904). Die Haftung eines mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechtes (§ 96) ist nicht von seiner Zuschreibung abhängig, sondern es kommt nur darauf an, daß die Verbindung besteht. „Das ist aber bei Grunddienstbarkeiten und Reallasten der Fall, sobald die Eintragung beim belasteten Grundstücke zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks erfolgt ist“ (Mot. III S. 652). Das verbundene Recht haftet auch für die früher bestellten Hypotheken.

a. Es haftet für die Hypothek das Grundstück in dem räumlichen Umfange, den es zur Zeit der Eintragung der Hypothek hat. Die Angaben des Grundbuchs über die Größe und den Bestand des Grundstücks sind tatsächlicher Natur und werden von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gedeckt (vgl. Anm. 3 S. 240 und Anm. II 1 S. 250). Erweist sich also später, daß ein Teil, der nach den aus dem amtlichen Verzeichnis in das Grundbuch übernommenen Angaben zum verpfändeten Grundstücke gehört, in Wirklichkeit Bestandteil eines andern Grundstücks oder ein selbständiges Grundstück ist, so haftet dieser Teil für die Hypothek nicht oder doch wenigstens dann nicht mehr, wenn das Grundbuch der Wirklichkeit entsprechend berichtigt ist (a. M. RG. JW. 25 S. A 107). Hierher gehört insbesondere der in den Mot. III S. 652 behandelte Fall, daß ein Flächenteil vor Eintragung der Hypothek abveräußert, aufgelassen und auf ein anderes Grundbuchblatt übertragen, aber die Abschreibung auf dem Grundbuchblatte des Stammgrundstücks unterblieben ist. Die frühere, sich an § 30 PEigG. anlehnende Rechtsprechung (OTrib. E. 75 S. 333; RG. E. 11 S. 278, Bd 39 S. 241; vgl. Turnau I S. 647 Nr. 5) nahm an, daß in solchen Fällen keines der beiden Grundbuchblätter öffentlichen Glauben habe, und kam so im wesentlichen zu demselben Ergebnisse, wie das BGB., das jenen Angaben von vornherein den öffentlichen Glauben versagt. Nicht anders ist der Fall zu behandeln, wenn ein ganzes Grundstück doppelt gebucht ist. Sind auf den beiden Grundbuchblättern verschiedene Personen als Eigentümer angegeben und wird (nach materiellen Grundsätzen) ermittelt, daß das für den Besteller der Hypothek angelegte Grundbuchblatt gegenstandslos ist, so ist auch die auf diesem Blatte eingetragene Hypothek gegenstandslos und darum wirkungslos (OTrib. E. 75 S. 333). Lauten beide Blätter auf denselben Eigentümer, so trifft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die, gleichviel für welches der beiden Blätter, bewilligte Eintragung das in Wirklichkeit nur einmal vorhandene Grundstück (RG. E. 13 S. 246). Zweifelhaft wird dann freilich wieder, welchen Rang die auf dem einen und dem anderen Blatte etwa eingetragenen Hypotheken zueinander haben. Es wird anzunehmen sein, daß in dieser Beziehung dieselben Grundsätze gelten, als wenn nur ein Grundbuchblatt bestände. Werden demnächst auf den beiden Blättern zwei verschiedene Personen als Eigentümer eingetragen, so gelten die von dem früher eingetragen gewesenen einen Eigentümer bestellten Hypotheken unbedingt; bei später eingetragenen Hypotheken liegt die Sache ebenso, als wenn von Anfang an zwei verschiedene Personen als Eigentümer eingetragen gewesen wären, d. h. es gelten nur die Hypotheken, die vom wahren Eigentümer

des Grundstücks bewilligt sind. Läßt der Eigentümer das Grundstück einem anderen auf, so bleibt er nicht wahrer Eigentümer, wenn er auch als solcher auf dem einen Blatte noch erscheint. Da durch doppelte Buchung die Rechte der Gläubiger auf das äußerste gefährdet werden können, ist bei Anlegung neuer Grundbuchblätter die peinlichste Sorgfalt geboten. (Vgl. auch Anm. 3 S. 253 und Anm. 4 S. 511.)

b. In die hypothekarische Haftung treten ein Vergrößerungen, die das Grundstück nach Eintragung der Hypothek durch Anspülung (Alluvion), durch natürliche Zulandung des angrenzenden Flußbettes 2c. ohne menschliches Zutun (insbesondere ohne Besitzergreifung seitens des Eigentümers) erfährt (vgl. III 2 a, b, c S. 408 f.). Der Eintritt dieser An- und Zuwüchse 2c. in die hypothekarische Haftung folgt aus ihrer Bestandteilseigenschaft.

c. In die hypothekarische Haftung tritt endlich ein nach § 890 Abs. 2 BGB. im Grundbuche zugeschriebenes Grundstück ein (§ 1131 Satz 1). Grundstücke, die nur vereinigt sind (§ 890 Abs. 1), haften für die vor der Vereinigung eingetragenen Hypotheken, wie früher, ein jedes nur für seine Hypotheken, für die nach der Vereinigung eingetragenen dagegen als einheitliches Grundstück.

d. Die in früheren Gesetzen enthaltene Bestimmung, daß für die ganze Forderung das ganze Grundstück in allen seinen einzelnen Teilen hafte (vgl. Turnau 1 S. 717 B I), ist als entbehrlich in das BGB. nicht aufgenommen. Ebenso selbstverständlich ist, daß eine nachstehende Hypothek im Range aufrückt, wenn eine vorstehende Hypothek gelöscht wird. Daß durch Abschreibung von Flächenabschnitten diese nicht aus der Haftung für die vor der Abschreibung eingetragenen Hypotheken ausscheiden, ist bereits in Anm. 8 S. 27 bemerkt. Die Gefahr, die den Hypothekengläubigern droht, wenn die einzelnen Teile des zersplitterten Grundstücks, das ihnen früher als ein Ganzes haftete, besonders zur Zwangsversteigerung gebracht werden, können sie nur dadurch abwenden, daß sie den betreibenden Gläubiger befriedigen (BGB. §§ 268, 401, 412; vgl. Jaeckel ZVG. S. 7).

Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Pfandes steht der Verpfändung eines realen Teiles des Grundstücks nicht entgegen (vgl. Anm. 4 S. 20 f.). Dies wurde schon früher von der Praxis angenommen. Die Hypothek wird solchenfalls dadurch verwirklicht, daß der verpfändete reale Teil zur Zwangsversteigerung gestellt wird. Die GBO. gibt Ordnungsvorschriften (vgl. Anm. 4 S. 20), wie bei Eintragung einer solchen Teilhypothek zu verfahren ist. Das Nähere hierüber wird zu § 6 GBO. erörtert werden.

e. Nicht zu verwechseln mit dem Falle zu a ist der, daß ein Teil eines Grundstücks ohne Auflassung und Eintragung durch ein Rechtsgeschäft in das Eigentum eines anderen ohne Abschreibung und Anlegung eines neuen Blattes übergegangen ist, bevor die Hypothek eingetragen wurde. Während der Geltung des PEigG. konnte dieser Fall ebensowenig vorkommen, wie er nach den Bestimmungen des BGB. möglich ist. Es handelt sich dabei um einen Eigentumserwerb, der sich nach den Bestimmungen des PALR. vollzogen hat. Im Falle zu a gibt das Grundbuch den Bestand des Grundstücks, in dem hier besprochenen Falle den Eigentümer des Grundstücksteils falsch an. Diese Angabe steht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (BGB. §§ 891, 892), jene nicht. Dem Gläubiger, der eine Hypothek am Grundstück erwirbt und dabei von dem (nach früherem Rechte erworbenen) Eigentumsrecht eines Dritten keine Kenntnis hat, haftet das ganze im Grundbuch auf den Namen seines Schuldners geschriebene Grundstück. Vorkommen kann auch unter der Herrschaft des Auflassungs- und Eintragungsprinzips der Fall, daß ein aufgelassener Teil zwar im Grundbuche des Stammgrundstücks abgeschrieben, aber übersehen wird, für ihn ein neues Grundbuchblatt anzulegen. Dann haftet dieser Teil einem später eingetragenen Gläubiger nicht, weil er weder nach dem Buche, noch in Wirklichkeit einen Bestandteil des Stammgrundstücks mehr bildet.

f. Ist im Grundbuch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Eigentums an einem Teile des Grundstücks eingetragen, so ergreift zwar

eine später eingetragene Hypothek auch diesen Teil (BGB. § 883), wird aber hinterher der vorgemerkte Anspruch durch Auflassung und Abschreibung erfüllt, dann scheidet jener Teil aus der Haftung für diese Hypothek aus. Daraus folgt jedoch nicht, daß die nach der Vormerkung eingetragene Hypothek auf das für das Teilstück bei dessen Abschreibung neu anzulegende Grundbuchblatt nicht mitzuübertragen ist, sondern der Erwerber des Teilstücks muß die Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Löschung nach § 888 BGB. beschaffen.

g. Die Gebäude haften dem Hypothekengläubiger, soweit sie Bestandteile des Grundstücks sind, dann aber auch mit allen ihren Bestandteilen (vgl. Anm. 2 S. 17, Anm. 1, 3, 4, 10 S. 18 ff., 28, Anm. 1—4 S. 30 f.), und zwar auch dann, wenn sie erst nach Bestellung der Hypothek errichtet sind. Zu besprechen ist hier noch der Fall des Grenzüberbaues (BGB. §§ 912—916). Der Eigentümer, in dessen Grundstück der Bau des Nachbars hinübergreift, kann den Überbau dulden und Entschädigung in Geldrente oder Ersatz des Wertes gegen Übertragung des Eigentums am überbauten Teile des Grundstücks verlangen. Duldet er den Überbau, wozu er verpflichtet ist, wenn er nicht rechtzeitig Widerspruch erhoben hat und wenn er nicht zur Übertragung des Eigentums gegen Wertersatz bereit ist, so wird der auf seinem Grundstücke stehende Teil des Gebäudes nicht Bestandteil dieses Grundstücks; denn dann würde der Überbauende nicht noch zur Entrichtung einer Geldrente verpflichtet werden können. Infolge davon haftet der Überbau auch den Hypothekengläubigern des Grundstücks nicht, auf das der Überbau sich erstreckt. Da jedoch auch das Recht der Hypothekengläubiger dieses Grundstücks durch den Überbau beeinträchtigt wird, so haftet ihnen die Rente, die die Natur einer Reallast im Sinne des § 1105 Abs. 2 BGB. hat (§§ 913 Abs. 1, 914 Abs. 3) und daher Bestandteil des vom Überbaue betroffenen Grundstücks ist (BGB. § 96), nach den Bestimmungen der §§ 876, 1126 BGB. Dagegen haftet der Überbau als Teil des ganzen Gebäudes den Hypothekengläubigern des anderen Grundstücks. Entscheidet der Rentenberechtigte sich für die Übertragung des Eigentums am überbauten Grundstücksteile gegen Ersatz des Wertes (BGB. § 915), so scheidet dieser Teil zwar aus dem Eigentume des Rentenberechtigten, nicht aber aus der Haftung für die vor diesem Eigentumsübergang eingetragenen Hypotheken aus. Unter den Voraussetzungen des § 1131 BGB. haftet dieser Teil auch den Hypothekengläubigern des anderen Grundstücks.

Über die Haftung von Anlagen im Falle des § 1021 vgl. Anm. 5 S. 568.

Errichtet der Besitzer eines Grundstücks auf diesem ein Gebäude, so haftet es den Hypothekengläubigern, sofern dem Besitzer die Trennungsbefugnis zusteht (BGB. § 997), bis zur Trennung und Aneignung, andernfalls unbedingt. Voraussetzung ist jedoch, daß die Gebäude mit ihrer Errichtung wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden sind. Ist dies nicht der Fall (§ 95), so haften die Gebäude den Hypothekengläubigern nicht (RG. JW. 1887 S. 484 Nr. 36, 1892 S. 171 Nr. 54, 1894 S. 323 Nr. 94, 1899 S. 679 Nr. 22, Gruch. 33 S. 1070, Bd 34 S. 1109, Bd 35 S. 952).

Sehr zweifelhaft ist, wie nach BGB. der vom RG. E. 15 S. 249 behandelte Fall (vgl. Turnau I S. 719 Anm. II 1) zu entscheiden ist. Der Eigentümer zweier benachbarten Grundstücke, für die besondere Grundbuchblätter angelegt sind und auf deren jedem besondere Hypotheken lasten, erbaut auf beiden ein einheitliches, nach seiner Bestimmung nicht teilbares Gebäude, z. B. eine Fabrik, die durch Teilung zum Fabrikbetrieb unbrauchbar werden würde. Das RG. nahm nach preuß. Rechte an, jedes der beiden Grundstücke behalte zwar seine grundbuchmäßige Selbständigkeit, aber in Wirklichkeit bestänben sie nicht mehr als individuelle Vermögensgegenstände, sondern würden Bestandteile eines neuen Ganzen; zwischen den Gläubigern der beiden Grundstücke entstehe eine zufällige Gemeinschaft. Wolle der Gläubiger sein nur auf dem einen Grundstück eingetragenes Pfandrecht verwirklichen, so könne er nicht das einzelne Grundstück zum Verkaufe bringen, ehe die Gemeinschaft mit den Gläubigern des anderen Grundstücks gelöst sei, und zwar entweder so, daß beide Grundstücke zusammen veräußert werden, oder so, daß nach Maßgabe der gegebenen

Wertfaktoren das Pfandrecht am Einzelgrundstück in ein Pfandrecht an einem Idealteil an den verbundenen beiden Grundstücken umgesetzt werde. Sei die Verbindung der beiden Grundstücke nicht durch eine solche Auseinandersetzung vor oder bei der Subhastation eines von ihnen gelöst, so bestehe sie fort; die Subhastation habe auf den Zustand, wie er vorher bestand, keinen Einfluß geübt. Mit den Vorschriften des BGB. ist dieses Urteil nicht in Einklang zu bringen. Das BGB. kennt weder Hypotheken an einem über verschiedenen Grundstücken schwebenden Begriffsganzen, noch auch den Begriff der durch bloße Abstraktion oder durch einen einheitlichen Betrieb oder dgl. hergestellten Sachgesamtheit (Mot. III S. 28. Anders nach aufrecht erhaltenenem Landesrecht nur in dem in Anm. A 3 S. 769 f. besprochenen Falle). Ein Grundstück kann nur zum Bestandteil eines anderen Grundstücks — durch Zuschreibung im Grundbuche — gemacht werden (BGB. § 890 Abs. 2), dagegen kann es niemals Bestandteil eines Gebäudes sein. Das Grundstück, der Grund und Boden, bleibt nach den Anschauungen des BGB. immer die Hauptsache, zu deren Bestandteilen Gebäude gehören können, aber nicht umgekehrt (Mot. III S. 358). Daher kann der auf dem einen Grundstücke stehende und dessen Bestandteil bildende Teil eines Gebäudes nicht für die Hypotheken haften, die auf dem anderen Grundstücke lasten. Ebensowenig besteht oder entsteht zwischen den Gläubigern der beiden Grundstücke irgend welche rechtlich anerkannte Gemeinschaft. Freilich haben die Gläubiger beider Grundstücke dasselbe ökonomische Interesse daran, daß das Gebäude, das durch die (vertikale) Teilung an Wert verlieren würde, ungeteilt erhalten bleibt; die sogen. Interessengemeinschaft hat aber im Rechte (BGB. §§ 741 ff.) und insbesondere im Sachenrechte keine Anerkennung gefunden. Auch davon kann keine Rede sein, daß den Gläubigern beider Grundstücke das ganze Gebäude zu ideellen Anteilen hafte (vgl. Mot. III S. 277). Kommen beide Grundstücke zusammen zur Zwangsversteigerung und werden sie zusammen zugeschlagen, dann bietet der Fall keine erheblichen Schwierigkeiten. Es ist der Wert, den das Gebäude als Ganzes hat, zu ermitteln und der auf das Gebäude entfallende Teil des Kaufpreises nach Verhältnis der bebauten Grundflächen unter die Gläubiger der beiden Grundstücke zu verteilen. — Der Gläubiger, dem nur das eine Grundstück haftet, ist rechtlich nicht in der Lage, das andere Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen, wenn er nicht zugleich persönlicher Gläubiger des Eigentümers ist. Ebensowenig kann er den Hypothekengläubiger des anderen Grundstücks zum Antrag auf Zwangsversteigerung nötigen und, wenn er es könnte, würde die Zwangsversteigerung beider Grundstücke in demselben Verfahren nicht einmal zulässig sein (ZVG. § 18), wenn nicht alle Interessenten darüber einig sind. Dem Ersteher kann nichts zugeschlagen werden, als das Grundstück mit dem darauf stehenden Gebäudeteile. Ob der Gläubiger des anderen Grundstücks mit Rücksicht auf die Entwertung, die dem ihm haftenden Grundstücke durch Zerteilung des Gebäudes droht, der Zwangsversteigerung auf Grund des § 1134 Abs. 1 BGB. widersprechen kann, ist nicht zweifellos. Ein solches Widerspruchsrecht würde schließlich dahin führen, dem Gläubiger des einen Grundstücks die Verwirklichung des Hypothekenrechts auf unabsehbare Zeit unmöglich zu machen. Sonach scheint eine Lösung des Problems im Sinne des angeführten Urteils des RG. auf Grund der Vorschriften des BGB. nicht möglich zu sein. Im praktischen Leben wird der Fall übrigens selten vorkommen. Der Regel nach werden Grundstücke, die einem Baue zur Grundlage dienen sollen, entweder nach § 890 Abs. 1 zu einem Grundstücke vereinigt, oder es wird das eine durch Zuschreibung zum anderen zum Bestandteile des letzteren nach § 890 Abs. 2 gemacht werden. Jedenfalls ist es Sache des Gläubigers, der das ganze Gebäude seiner Hypothek unterwerfen will, darauf zu dringen, daß die Vereinigung oder Zuschreibung vor der Eintragung der Hypothek erfolgt, oder die Hypothek als Gesamthypothek auf beiden Grundstücken eintragen zu lassen (zustimmend Oberneck S. 759).

2. Aus dem oben Bemerkten ergibt sich der Grundsatz, daß alle Bestandteilsvermehrungen (Anspülungen, zugeschriebene Flächen, neue Gebäude, Erzeugnisse ꝛc.) auch den schon früher eingetragenen Hypothekengläubigern haften, daß dagegen Bestandteile

durch die bloße Tatsache der Trennung aus der hypothekarischen Haftung nicht ausscheiden. In Anm. 10, 11 S. 28, 29 ist schon bemerkt, daß fremde Sachen, die zu wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks oder eines Gebäudes gemacht sind, aus ihrem früheren Eigentumsverhältnis ausscheiden. Die auf dem Grundstücke haftende Hypothek erstreckt sich auch auf sie. Eigentumsvorbehalte nützen ihrem früheren Eigentümer nichts (RG. E. 2 S. 255, Bd 26 S. 346, Bd 36 S. 261, Bd 50 S. 241, Gruch. 35 S. 892, JW. 1899 S. 449 Nr. 49, S. 679 Nr. 22), und zwar auch dann nicht, wenn der Hypothekengläubiger beim Erwerbe der Hypothek vom Vorbehalte Kenntnis hatte (RG. JW. 1904 S. 138 Nr. 2). Kommt es zur Zwangsversteigerung des Grundstücks, so gehen auch solche Bestandteile mit dem Zuschlag auf den Ersteher über; der auf sie entfallende Teil des Erlöses wird an die Hypothekengläubiger verteilt, und der frühere Eigentümer hat gegen diese gar keinen Anspruch. Dadurch, daß er die Sache vom Grundstück oder Gebäude trennt, erlangt er weder das verlorene Eigentum wieder, noch befreit er sie von der Hypothek. Samen und Pflanzen, die während des Konkurses des Grundeigentümers dem Grundstück einverleibt werden, unterliegen dem Hypothekenrechte. Der § 15 KO. steht nicht entgegen (RG. E. 53 S. 350).

3. Einzelne Bestandteile können von der Haftung für die Hypothek der Regel nach nicht ausgeschlossen werden, weil das Grundstück mit allen seinen Bestandteilen ein einheitliches Ganzes bildet. Es ist jedoch bereits in Anm. 4 S. 20 dargelegt, daß die Beschränkung der Hypothek auf einzelne Flächenabschnitte eines Grundstücks grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Wesentliche Bestandteile, z. B. Gebäude, können von der Mithaft nicht ausgenommen werden. Will der Eigentümer des Grundstücks ein Gebäude abbrechen und ein neues nicht wieder aufführen, so kann er bei Bestellung einer Hypothek mit Wirkung gegen Dritte nicht vereinbaren, daß das Gebäude von der Hypothek nicht betroffen werden solle (BGB. § 93). Der Hypothekengläubiger, mit dem die Vereinbarung getroffen ist, muß sich den Abbruch gefallen lassen, sein Zessionar nur im Falle der vor oder bei der Zession erlangten Kenntnis (OTrib. E. 76 S. 123).

4. Über die Haftung der ungetrennten Erzeugnisse (der stehenden und hängenden Früchte des § 30 PEigG.) vgl. Anm. 3 S. 18 und Anm. 5, 6 S. 21.

Der Nießbraucher des Grundstücks (BGB. § 1031) hat dem im Range vorhergehenden (BGB. §§ 879, 880; GBO. § 46) Hypothekengläubiger gegenüber weder ein Recht auf die ungetrennten Erzeugnisse, noch auf den auf diese entfallenden Teil des Zwangsversteigerungserlöses. Selbst Erstattung der Bestellungskosten kann er nur verlangen, wenn er die Zwangsverwaltung des Grundstücks betrieben hat und die sonstigen Voraussetzungen des ZVG. § 10 Nr. 1 vorliegen. Nicht anders steht in diesen Beziehungen der Pächter eines solchen nachstehenden Nießbrauchers. Der vorstehende Hypothekengläubiger kann ihn austreiben, wenn er nicht vorzieht, sich an die Pachtzinsforderung des Nießbrauchers zu halten (Prot. III S. 554).

Die ungetrennten Erzeugnisse haften dem Hypothekengläubiger, gleichviel ob sie oder die Hypothek früher entstanden sind. Die Beschlagnahme des Grundstücks ergreift auch die ungetrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile (vgl. Anm. 3 S. 18). Eine besondere Beschlagnahme ungetrennter wesentlicher Bestandteile ist, abgesehen vom Falle des § 810 ZPO., rechtlich nicht möglich (vgl. Anm. 3 S. 18, Anm. 5 S. 24).

Nicht aufgenommen ist in das BGB. die Bestimmung des PEigG. § 31, wonach die Veräußerung stehender und hängender Früchte, nur soweit sie zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit ist. Die Vorschrift ist entbehrlich, weil dingliche Verfügungen über ungetrennte Erzeugnisse, als über wesentliche Bestandteile des Grundstücks (BGB. § 94), rechtlich unmöglich sind (§ 93) und die obligatorische Verfügung durch hinzutretende Trennung und Übergabe zwar zur Übertragung des Eigentums führt, diese aber (abweichend vom PEigG. § 30) für sich allein nicht zur Enthaftung der (nunmehr) getrennten Erzeugnisse führt, sondern dazu noch Entfernung vom Grundstück erforderlich ist (BGB. § 1121). Das vor der Trennung geschlossene Rechtsgeschäft führt zu

Digitized by Google

dinglichen Wirkungen erst an den getrennten Erzeugnissen und daher kommen die Erzeugnisse nur als getrennte in Betracht, wenn es sich um die Frage handelt, ob und wann sie von der Haftung für die Hypothek frei werden. Sind sie getrennt, veräußert und entfernt, dann sind sie pfandfrei, gleichviel ob die Veräußerung den Hypothekengläubigern zum Nachteile gereicht.

II. Über die Haftung getrennter Bestandteile ist im allgemeinen schon in den Anm. 6, 7 S. 25 f. gehandelt. Sie bleiben zunächst den Hypothekengläubigern verhaftet und scheiden aus der Haftung erst dadurch aus, daß sie nach §§ 954—957 BGB. mit der bloßen Tatsache der Trennung in das Eigentum eines andern als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers gelangen, vorausgesetzt jedoch, daß das dingliche oder obligatorische Fruchtbezugsrecht älter ist als die Hypothek. Das Bezugsrecht des Pächters geht auch der älteren Hypothek vor. (Vgl. Nr. 7 S. 27). Ist dem Bezugsberechtigten nicht der Besitz des Grundstücks überlassen, erwirbt er daher nach § 956 das Eigentum erst mit der Besitzergreifung, so bleiben die von ihm getrennten und in Besitz genommenen Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile bis zu ihrer Entfernung vom Grundstücke der Hypothek unterworfen (§ 1121). Erzeugnisse und Bestandteile werden hier (abweichend vom bisherigen Rechte) einander gleichgestellt (Mot. III S. 656). Wie die getrennten Erzeugnisse, so bleiben auch die Materialien eines abgebrochenen Gebäudes (RG. V 261. 03) und die Ausbeute, z. B. gestochener Torf (BGB. §§ 99 Abs. 2), dem Rechte der Hypothekengläubiger unterworfen.

Unter Trennung wird die Lösung vom Grund und Boden oder vom Gebäude verstanden; Anbringung von Zeichen, z. B. Anschlag der Bäume mit dem Forsthammer, genügt nicht (vgl. Anm. 5 S. 24). Durch die Trennung werden die Erzeugnisse und die sonstigen wesentlichen Bestandteile zu nicht wesentlichen Bestandteilen, bleiben aber immerhin noch Bestandteile und als solche der Hypothek unterworfen, soweit sie nicht durch die bloße Tatsache der Trennung in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder Eigenbesitzers des Grundstücks gelangen. Der Eigenbesitzer überwindet zwar nach § 955 BGB. in der Regel jedes dingliche Fruchtbezugsrecht, aber auf die Hypothek kann dieser Grundsatz nicht ausgedehnt werden. Inbezug auf diese kann der Eigenbesitzer nicht besser stehen als der Eigentümer (Mot. III S. 656). Die mit der Trennung in das Eigentum des Eigentümers oder Eigenbesitzers fallenden Früchte haften, abgesehen von den Fällen der §§ 1121, 1122, auch für die nach der Trennung bestellten Hypotheken. Die abweichende Ansicht von Planck (Nr. 2 e zu § 1120) und von Biermann (Nr. 2 zu § 1120) dürfte im Gesetze, das mit dem Worte „erstrecken" nur ausdrücken will, daß die Haftung nicht bloß das nackte Grundstück ergreife, keinen Anhalt finden und auch mit den Verkehrsanschauungen nicht im Einklange stehen.

III. Über Zubehör und seine Haftung für die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld vgl. die Anm. zu § 97, 98 S. 34 ff. Die Haftung ist, wie nach PEigG. § 30, auf die dem Eigentümer gehörigen Zubehörstücke beschränkt. Diese Beschränkung besteht auch im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks. Der fremde Eigentümer von Zubehörstücken muß jedoch sein Recht dadurch wahren, daß er vor der Erteilung des Zuschlags sein Eigentum derart zur Anerkennung bringt, daß die Zubehörstücke von der Versteigerung ausgeschlossen werden. Versäumt er dies, so verliert er zwar sein Eigentum zugunsten des Erstehers, selbst wenn dieser nicht gutgläubig ist, aber ein verhältnismäßiger Teil des Versteigerungserlöses tritt an die Stelle der versteigerten Zubehörstücke (ZVG. §§ 37 Nr. 5, 55 Abs. 2). Diesen ihm gebührenden Teil des Erlöses soll er im Termine zur Verteilung des Versteigerungserlöses geltend machen. Versäumt er auch dies, so kann er seinen Anteil von dem an letzter Stelle befriedigten Hypothekengläubiger nach §§ 812 ff. herausverlangen (RG. E. 17 S. 184, Bd 38 S. 222, Bd 42 S. 245). Ein von der Zwangsversteigerung ausgenommenes Zubehörstück, auf das sich die Hypothek erstreckt, wird nicht dadurch von der hypothekarischen Haftung frei, daß die Hypothek bei der Versteigerung ausfällt und gelöscht wird (RG. JW. 1897 S. 430 Nr. 48, 1903 S. 434

Nr. 10). Ist nicht zugleich nach § 65 ZVG. die besondere Versteigerung des Zubehörstücks angeordnet und die Vollstreckung in das Grundstück beendet, so bleibt das Zubehörstück so lange in der hypothekarischen Haftung, als es nicht veräußert und vom Grundstück entfernt ist. Hat also der ausgefallene Gläubiger einen vollstreckbaren Titel, so kann er jedenfalls die Fahrniszwangsvollstreckung in das Zubehörstück verlangen (RG. E. 55 S. 414, V. 576. 03). Ob er, wenn er der Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht beigetreten ist, auch (insbesondere ohne vollstreckbaren Titel) die Fortsetzung des (geschlossenen) Versteigerungsverfahrens fordern kann, obwohl der betreibende Gläubiger befriedigt ist, ist zweifelhaft. Kretzschmar (S. 108) und Herold (ZBlFG. 1903 S. 287) bejahen die Frage, Jaeckel (ZVG. S. 245) verneint sie. Hoffentlich kommt die Praxis zur Bejahung. Auf anderem Standpunkt als RG. E. 55 S. 414 steht Eccius in Gruch. 48 S. 470.

Erwirbt der Grundstückseigentümer das Eigentum an Zubehörstücken, die bisher (z. B. kraft Eigentumsvorbehalts) Dritten gehörten, so treten sie mit dem Erwerb in die hypothekarische Haftung ein. Dieser Erfolg wird dadurch nicht verhindert, daß der Grundstückseigentümer sich zur Zeit des Erwerbes im Konkurse befindet. Insbesondere steht § 15 KO. nicht entgegen, der sich auf Belastungen, die sich kraft allgemeiner gesetzlichen Bestimmungen mit rechtlicher Notwendigkeit vollziehen, nicht bezieht. Derselbe Erfolg tritt auch ein, wenn der Konkursverwalter, z. B. durch Zahlung des Kaufpreises, das bisher vorbehaltene Eigentum erwirbt. In allen Fällen haben die Hypothekengläubiger das Absonderungsrecht aus § 47 KO. auch hinsichtlich solcher Sachen (RG. E. 53 S. 350). Dem Konkursverwalter, der Zubehörstücke veräußern und wegschaffen will, kann dies auf Antrag der Hypothekengläubiger durch einstweilige Verfügung untersagt werden.

Zum Zubehör eines Landguts gehören das Inventar und die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen landwirtschaftlichen Erzeugnisse (BGB. § 98 Nr. 2).

Das Zubehör haftet dem Hypothekengläubiger (ebenso wie nach dem PALR. I 20 § 446), gleichviel ob es vor oder nach der Eintragung der Hypothek die Zubehöreigenschaft erlangt hat (Mot. III S. 657; Biermann Nr. 3, Fuchs Nr. 6, Oberneck 1 S. 767, zu § 1120; a. M. Planck Nr. 3 zu § 1120 u. v. Brünneck in Gruch. 44 S. 98). *Eigentumsvorbehalte* hindern den Eintritt der Zubehörstücke in die hypothekarische Haftung RG. JW. 1904 S. 403 Nr. 3; (anders im Falle der Anm. B 1 2 S. 775). Sind Zubehörstücke aber einmal in das Eigentum des Grundeigentümers gelangt, dann haften sie (wie bisher; vgl. Turnau I S. 733 Anm. 3). Bringt der Pächter Inventar mit, so haftet es dem Hypothekengläubiger nicht, kauft er es aber erst vom Verpächter, so haftet es (RG. V 248/97); jedoch auch nur so weit, als die gekauften Stücke noch vorhanden sind. Stücke, die zur Ergänzung der Abgänge vom Pächter neu angeschafft sind, haften den Hypothekengläubigern nicht, weil sie nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind (RG. E. 9 S. 303). Anders steht jedoch die Sache, wenn der Pächter das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung übernommen hat, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren. Dann werden die von dem Pächter angeschafften Stücke mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters (§§ 587, 588 Abs. 2 Satz 2), haften also den Hypotheken- ꝛc. Gläubigern. Zur Einverleibung ist regelmäßig die Einbringung in das Grundstück erforderlich (Mot. II S. 436). Wer behauptet, daß Zubehörstücke *nicht* ins Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind, ist dafür *beweispflichtig*.

Die nur einem der mehreren *Miteigentümer* gehörigen Inventarienstücke haften den Hypothekengläubigern der anderen Miteigentümer nicht (a. M. RG. Gruch. 33 S. 913).

Unbewegliche Pertinenzen sind dem BGB. unbekannt. Nach dem PEigG. hafteten sie für die Hypothek nur, wenn sie dem Grundstück im Grundbuche zugeschrieben waren. Nach BGB. sind zugeschriebene Grundstücke Bestandteile und haften als solche. Vor dem 1. Oktober 1872 hafteten für die Hypothek aber auch nicht zugeschriebene unbewegliche Pertinenzen. Für Hypotheken, die vor dem 1. Oktober 1872 eingetragen sind, dauert diese Haftung auch nach dem Inkrafttreten des BGB. fort (RG. E. 27 S. 240).

Wo das Grundbuch nach Art. 186 EG. z. BGB. als angelegt anzusehen ist, gilt nach Art. 192 das. und nach Art. 33 § 1 PAG. z. BGB. die zur Zeit des angelegten Grundbuchs bestehende Hypothek als eine solche des neuen Rechtes, so daß also auch für die Frage, was für die Hypothek haftet, und insbesondere, welche Sachen Zubehöreigenschaft haben, die Vorschriften der §§ 1120 ff., 97, 98 BGB. maßgebend sind (RG. E. 46 S. 173, Bd 47 S. 198, Bd 50 S. 72, JW. 1902 Beil. S. 217, V 160, 209, 460. 03). Dem neuen Rechte wohnt insofern rückwirkende Kraft bei, als Sachen, denen das BGB. etwa abweichend vom früheren Rechte Zubehöreigenschaft beilegt oder abspricht, ohne weiteres in die hypothekarische Haftung eintreten, oder aus ihr scheiden und als die Pfändung auch solcher Sachen, die auf diese Weise kraft Gesetzes in die Haftung neu eingetreten sind, unzulässig ist. Sachen, die erst durch das neue Recht Zubehöreigenschaft erlangt haben, treten aber nur in dem Rechtszustand in die Haftung für die Hypothek ein, in dem sie sich zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes befinden, also z. B. behaftet mit einem Pfandrechte, das durch eine nach dem bisherigen Rechte zulässige Pfändung erworben ist. Der Widerspruch des Hypothekengläubigers gegen ein solches älteres Pfändungspfandrecht ist nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes über die Zubehöreigenschaft und über die Zulässigkeit der Pfändung von Zubehörstücken zu beurteilen. (RG. E. 46 S. 171, JW. 1902 Beil. S. 217.) Da das BGB. nicht gestattet, daß Sachen, die nach seinen Vorschriften keine Zubehöreigenschaft haben, eine solche durch Privatwillkür beigelegt wird (S. 35), scheiden Sachen, die nach früherem Rechte als gewillkürtes Zubehör mit dem Grundstücke verpfändet sind, mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts aus der hypothekarischen Haftung insoweit aus, als das BGB. ihnen nicht Zubehöreigenschaft beilegt. Das gilt auch, wenn (wie es z. B. nach früherem württembergischen Rechte zulässig war) Sachgesamtheiten (z. B. Warenlager) als gewillkürtes Zubehör mit dem Grundstücke verpfändet waren. Das RG. (E. 55 S. 288) hat angenommen, daß Sachen (ohne die Zubehöreigenschaft des BGB.), die nach dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts einer solchen Sachgesamtheit einverleibt werden, in die Haftung für die Hypothek nicht eintreten. Es ist aber auch nicht zweifelhaft, daß die unter der Herrschaft des alten Rechtes einverleibten Sachen, die nach BGB. kein Zubehör sind, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes aus der hypothekarischen Haftung ausgeschieden sind. Auch wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, muß die Frage, ob eine bewegliche Sache Zubehöreigenschaft hat, seit dem 1. Januar 1900 nach BGB. beurteilt werden, während für die Frage, ob bewegliches Zubehör für die Hypothek haftet, dort das alte Recht maßgebend ist (RG. V 162. 04).

IV. Zu erwähnen sind noch einige, im EG. zum BGB. aufrecht erhaltene landesgesetzliche Bestimmungen.

1. Der oben (unter I 2) aufgestellte Grundsatz, daß Abtrennung von Grundstücksteilen auf die Hypothek keinen Einfluß ausübe, erleidet nach preuß. Rechte einige Ausnahmen, die aufrecht erhalten sind durch die Bestimmung im Art. 120 Abs. 1 EG. z. BGB.:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle der Veräußerung eines Teiles eines Grundstücks dieser Teil von den Belastungen des Grundstücks befreit wird, wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist.

Über die Gründe, die dazu geführt haben, diese landesgesetzlichen Bestimmungen nicht aufzuheben, sie aber auch nicht in das BGB. zu übernehmen, vgl. Mot. zum BGB. III S. 58 und Mot. zum EG. z. BGB. S. 200. In Betracht kommen die PG. v. 3. März 1850, v. 27. Juni 1860 und v. 15. Juli 1890. Die Gesetze v. 3. März 1850 und 27. Juni 1860 sind durch besondere Gesetze eingeführt in den Regierungsbezirk Kassel (ausschließlich der vormals Großherzoglich hessischen Gebietsteile) und in die hohenzollernschen Lande (G. v. 12. April 1885), in die Prov. Schleswig-Holstein (G. v. 22. April 1886) und in das Gebiet des rheinischen Rechtes (G. v. 12. April 1888 § 76). Besondere Gesetze sind für Hannover (v. 25. März 1889) und für Waldeck-Pyrmont (v. 14. Dezember 1896) erlassen.

Das hannoversche Gesetz ist durch G. v. 19. Aug. 1895 § 4 auf das Gebiet von Frankfurt a./M. und auf die vormals hessischen Gebietsteile der Prov. Hessen-Nassau ausgedehnt und es tritt mit dem PAG. z. BGB. (Art. 20) im Gebiete des vormaligen Herzogtums Nassau und auf der Insel Helgoland in Kraft. Das AG. bestimmt im Art. 19:

Die bestehenden Vorschriften über die Erteilung von Unschädlichkeitszeugnissen zum Zwecke der Befreiung eines Teiles eines Grundstücks von dessen Belastungen bleiben mit folgenden Maßgaben in Kraft:

1. Bei der Entscheidung, ob der Grundstücksteil im Verhältnisse zum Hauptgrundstücke von geringem Werte und Umfang ist, wird, wenn die Belastungen, von denen der Teil befreit werden soll, noch auf anderen Grundstücken desselben Eigentümers haften, die Gesamtheit der belasteten Grundstücke als Hauptgrundstück behandelt.

2. Das Unschädlichkeitszeugnis kann auf einzelne Belastungen beschränkt werden.

Die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses, für die nach den in den einzelnen Landesteilen maßgebenden Gesetzen die Generalkommission oder die Kreditdirektion (letztere nur bezüglich der landschaftlich beliehenen Grundstücke; § 1 G. v. 3. März 1850) zuständig ist, kommt in Frage, wenn ein Teil eines Grundstücks, das im Lehns-, Fideikommiß-, Erbstammguts- oder Leiheverbande steht oder mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden belastet ist, veräußert und frei von allen oder einzelnen Belastungen des Hauptgrundstücks abgeschrieben werden soll (PAG. z. GBO. Art. 20 Abs. 1).

Die von der Behörde zu treffende Feststellung muß in den Regelfällen dahin gehen, daß der abzutrennende Teil im Verhältnisse zum Hauptgute von geringem Werte und Umfang ist und daß die dafür zu gewährende Gegenleistung den Ertrag oder den Wert des Trennstücks erreicht. Im Falle des Art. 19 Nr. 1 kann der abzuschreibende Teil im Verhältnisse zu dem einzelnen Grundstück an Wert und Umfang groß sein und auch im Falle der Rentengutsbildung kann das Unschädlichkeitszeugnis bei Abveräußerung größerer Trennstücke erteilt werden, wenn die Sicherheit der Realberechtigten (des Hauptgrundstücks) nicht vermindert wird (G. v. 27. Juni 1890 § 1). Nach den G. v. 25. März 1889, 15. Juli 1890 und 14. Dezember 1896 scheidet ein zu öffentlichen Zwecken unentgeltlich veräußertes Trennstück aus der hypothekarischen Haftung aus, wenn es im Verhältnisse zum Hauptgut oder zu der Gesamtheit der belasteten Grundstücke desselben Eigentümers (AG. z. BGB. Art. 19 Nr. 1), „von geringem Umfang und Werte ist und wenn die durch die öffentliche Anlage herbeigeführte Werterhöhung des Hauptguts den Wert des Trennstücks erreicht". Im vormaligen Herzogtume Nassau und auf Helgoland sind die Kreditdirektionen zur Erteilung solcher Unschädlichkeitsatteste nicht befugt, da dort das G. v. 15. Juli 1890 nicht gilt. Eine besondere Bestimmung ist für die Kohlenabbaugerechtigkeiten in den ehemals Königl. sächsischen Landesteilen getroffen. Nach § 6 PG. v. 22. Februar 1869 in der Fassung des PAG. z. BGB. Art. 38 finden die Vorschriften über die Erteilung von Unschädlichkeitszeugnissen mit der Maßgabe Anwendung, daß das Zeugnis auch dann erteilt werden darf, wenn die vorhandenen Eintragungen im Grundbuche nach Abtrennung der Kohlenabbaugerechtigkeit noch innerhalb der ersten zwei Drittel des Wertes ländlicher oder der ersten Hälfte des Wertes städtischer Grundstücke versichert sind. Dieselbe Bestimmung enthält für Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover § 7 des G. v. 4. Aug. 1904.

Wird bei Prüfung der Voraussetzung für die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses die Gesamtheit der mit demselben Rechte belasteten Grundstücke als Hauptgrundstück behandelt (AG. z BGB. Art. 19 Nr. 1) und wird auf diese Weise die Mitbelastung anderer Grundstücke bei der Feststellung der Unschädlichkeit berücksichtigt, so ergibt sich die Möglichkeit, daß die Unschädlichkeit für einzelne Belastungen des zu veräußernden Grundstücksteils zu bejahen, für andere zu verneinen ist. Diesen Fall regelt Art. 19 Nr. 2 (Begr.).

Ist ein Unschädlichkeitszeugnis nicht zu erlangen, so kann die lastenfreie Abschreibung des Trennstücks nur mit Bewilligung der Realberechtigten erfolgen. Ist das Zeugnis erteilt und es handelt sich um entgeltliche Veräußerung, so tritt die Gegenleistung an die Stelle

des ausscheidenden Trennstücks in die hypothekarische Haftung ein. Die Gegenleistung kann entweder in einer Rente, oder in Kaufgeld, oder in Land bestehen. Die nach den Vorschriften der Ablösungsordnung ablösbare Geldrente, der bei Rentengütern die feste Abgabe in Körnern gleich steht (G. v. 27. Juni 1890 § 2), wird durch Eintragung auf das Trennstück sichergestellt in Gestalt einer Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Hauptgrundstücks. Das Recht auf die Rente wird dadurch Bestandteil des Stammgrundstücks im Sinne des § 96 BGB. und haftet als solcher den Hypothekengläubigern. Von einer auf dem Stammgrundstücke für die Rentenbank haftenden Rente, sowie von Staats- und öffentlichen Abgaben und von den nach § 9 d. AblösO. v. 2. März 1850 von der Ablösung ausgeschlossenen Lasten wird das Trennstück jedoch nicht frei, sondern diese werden auf die abzutrennenden Teile verhältnismäßig verteilt, und bis dahin bleiben Stammgrundstück und Trennstück solidarisch verhaftet (Ed. v. 14. September 1811 § 3, GS. S. 300; KabO. v. 22. Mai 1833, GS. S. 65). Besteht die Gegenleistung in Kaufgeld, so hat die Behörde für dessen Verwendung (nach Art der Ablösungskapitalien) Sorge zu tragen. Bis zur Verwendung haftet den Hypothekengläubigern das Trennstück (und dessen Erwerber auch persönlich) nur in Höhe des bedungenen Kaufgeldes (GemTeilO. v. 7. Juni 1821 § 151). Hinterlegt der Erwerber den Kaufpreis, so erlischt seine persönliche Haftung und die hypothekarische Haftung des Trennstücks. Die hinterlegte Summe haftet den Hypothekengläubigern an Stelle des Trennstücks; sie ist daher, wenn das Stammgrundstück zur Zwangsversteigerung kommt, zur Zwangsversteigerungsmasse zu ziehen (OTrib. E. 61 S. 428; RG. Bolze 1 Nr. 133, 134, 2193). Besteht endlich die Gegenleistung in einem Grundstücke, so tritt dieses an die Stelle des Trennstücks in die Haftung für die auf dem Stammgrundstücke lastenden Realberechtigungen ein. Dieser Erfolg wird erreicht, wenn das eingetauschte Grundstück dem Stammgrundstück als dessen Bestandteil zugeschrieben wird (BGB. §§ 890 Abs. 2, 1131). Dies muß gleichzeitig mit der Abschreibung geschehen (AG. z. GBO. Art. 20 Abs. 1 Nr. 2).

Der Vorbehalt des EG. z. BGB. Art. 120 Abs. 1 ist durch § 83 GBO. auch auf die landesgesetzlichen Vorschriften ausgedehnt, die die Voraussetzungen bestimmen, unter denen die lastenfreie Abschreibung eines Trennstücks auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses erfolgen kann. Für Preußen sind diese Voraussetzungen durch das AG. z. GBO. Art. 20 neu dahin geregelt:

Im Falle der Veräußerung eines Teiles eines Grundstücks, das im Lehns-, Fideikommiß-, Erbstammguts-, Stammguts- oder Leiheverbande steht oder mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden belastet ist, kann der Teil auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses der zuständigen Behörde frei von allen oder einzelnen Belastungen des Hauptgrundstücks von diesem ohne die Bewilligung der Berechtigten unter folgenden Voraussetzungen abgeschrieben werden:

1. Wird der Grundstücksteil gegen Auferlegung einer Rente veräußert, so kann die Abschreibung nur erfolgen, wenn gleichzeitig die Rente auf dem Grundstücksteile mit dem Vorrange vor den sonstigen Belastungen als Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Hauptgrundstücks eingetragen und auf dem Blatte des Hauptgrundstücks vermerkt wird. Zu den Belastungen, denen die Rente vorzugehen hat, gehören nicht die auf Grund des G., betr. die Beförderung der Errichtung von Rentengütern, v. 7. Juni 1891 (GesS. S. 279) festgestellten Rentenbankrenten.

2. Wird der Grundstücksteil gegen ein anderes Grundstück vertauscht, so kann die Abschreibung nur erfolgen, wenn gleichzeitig das eingetauschte Grundstück dem Hauptgrundstück als Bestandteil zugeschrieben wird; ist ein Ausgleichungskapital festgestellt, so finden auf dieses die unter Nr. 3 für ein vereinbartes Kaufgeld gegebenen Vorschriften Anwendung.

3. Ist der Grundstücksteil verkauft, so kann die Abschreibung nur erfolgen:

a. wenn gleichzeitig auf dem Grundstücksteil eine Hypothek für die Kaufgeldforderung zur ersten Stelle und die Zugehörigkeit dieser Forderung zu dem Verbande, dem das Haupt-

grundstück angehört, oder ein Pfandrecht an der Forderung für diejenigen Reallastberechtigten, Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubiger eingetragen wird, deren Bewilligung durch das Unschädlichkeitszeugnis ersetzt wird;

b. wenn die Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt, daß das Kaufgeld zu ihrer Verfügung hinterlegt oder sichergestellt oder daß die Verwendung des Kaufgeldes erfolgt oder nicht erforderlich ist.

4. Wird der Grundstücksteil zu öffentlichen Zwecken unentgeltlich veräußert, so kann die Abschreibung nur erfolgen, wenn die Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt, daß mit der Ausführung der öffentlichen Anlage begonnen ist.

Auf eine Eintragung, die auf Grund des Unschädlichkeitszeugnisses bei einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld zu bewirken ist, finden die Vorschriften der §§ 42 bis 44 der GBO. keine Anwendung. Wird der Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbrief nachträglich vorgelegt, so hat das Grundbuchamt die Eintragung auf dem Briefe zu vermerken.

Die Wirkung eines von der zuständigen Behörde ausgestellten Unschädlichkeitszeugnisses erstreckt sich nur auf die im Abs. 1 des Art. 20 bezeichneten besonderen Rechtsverhältnisse, in denen das Grundstück steht, von dem ein Teil lastenfrei abgeschrieben werden soll, und auf Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, mit denen es belastet ist. Falls andere eingetragene Rechte an dem Grundstücke bestehen, kann der abveräußerte Teil des Grundstücks auf Grund des Unschädlichkeitszeugnisses frei von solchen Rechten nicht abgeschrieben werden, sondern es bedarf dazu der besonderen Freigabe seitens der Berechtigten. Dies gilt sowohl von den Dienstbarkeiten, dem Vorkaufsrechte und den Veräußerungsverboten, wie von den Reallasten des öffentlichen Rechtes, den sog. gemeinen oder öffentlichen Lasten (vgl. BGB. § 436; PAG. z. GBO. Art. 11; PAG. z. ZVG. Art. 1 Nr. 3, Art. 2), weil im Art. 20 Abs. 2 nach dem Sprachgebrauche des BGB. und seiner Nebengesetze unter Reallasten nur privatrechtliche Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen aus dem Grundstücke verstanden werden können (vgl. BGB. § 1105). (KG. JW. 22 S. A 317.)

Die Auseinandersetzungsbehörden haften für Versehen bei Ausstellung der Unschädlichkeitszeugnisse und der zur lastenfreien Abschreibung erforderlichen Bescheinigungen (RG. E. 28 S. 335, Bd 29 S. 249). Dem Grundbuchamte liegt in dieser Beziehung eine Nachprüfung nicht ob; dagegen haftet der Staat und diesem wieder der Grundbuchbeamte, wenn dieser lastenfreie Abschreibungen vornimmt, ohne daß die Voraussetzungen unter Nr. 1—4 vorliegen. Er darf auf Grund des Unschädlichkeitsattestes einer Kreditdirektion das Trennstück z. B. nicht abschreiben, wenn nicht außerdem noch die Bescheinigung der Auseinandersetzungsbehörde über die Verwendung des Kaufgeldes beigebracht ist (KG. JW. 1 S. 118; RG. E. 29 S. 252). Geht das Attest dahin, daß die pfandfreie Abschreibung für den Fall der Löschung bestimmter Hypotheken auf dem Hauptgut erfolgen könne, so hat der Grundbuchrichter vor der Abschreibung zu prüfen, ob jene Löschung erfolgt ist (KG. JW. 1 S. 118).

Die Vorschriften des Art. 20 Nr. 1—4 sind dazu bestimmt und geeignet, die auf dem Hauptgrundstück eingetragenen Realberechtigten vor der Schmälerung ihrer bisherigen Sicherheit möglichst zu schützen. Die Bestimmung, daß die Rente als Reallast auch auf dem Blatte des Hauptgrundstücks zu vermerken ist (was sonst nach § 8 GBO. nur auf Antrag des Berechtigten geschieht), ist mit Rücksicht auf § 21 GBO. zum Schutze der Berechtigten notwendig (vgl. den zweitfolgenden Abs. dieser Anm.).

Das Unschädlichkeitszeugnis ersetzt den Realberechtigten gegenüber die sonst nach § 19 GBO. erforderliche Einwilligung zur pfandfreien Abschreibung. Auch der Einwilligung der Lehns- oder Fideikommißberechtigten oder der Lehns- oder Fideikommißbehörde bedarf es nicht (Joh. 7 S. 188, KG. JW. 27 S. A 105). Soweit von der Abschreibung Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden betroffen werden, bedarf es der Vorlegung des Briefes in Abweichung von den allgemeinen Regeln der §§ 42—44 GBO. nicht. Wird der Brief

nachträglich vorgelegt, so hat das Grundbuchamt die Eintragung auf dem Briefe zu vermerken.

Als Bestandteil eines Grundstücks gelten nach BGB. § 96 die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen Rechte, die, soweit sie privatrechtlicher Natur sind (Grunddienstbarkeiten, das Vorkaufsrecht im Falle des § 1094 Abs. 2, die Reallasten im Falle des § 1105 Abs. 2, die Überbau- und Notwegrente, die Rente im Falle des PAG. z. GBO. Art. 20 Nr. 1), für die Hypotheken des berechtigten Grundstücks haften. Alle diese Rechte stehen dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstücke zu. Sie gelangen zur Vollendung durch Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks (BGB. § 873; Mot. III S. 38; Denkschr. z. GBO. S. 30). Eintragung auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks ist, auf Antrag des berechtigten Eigentümers und jedes Dritten, für den das herrschende Grundstück mit einem Rechte belastet ist, nach § 8 GBO. zulässig, aber nicht erforderlich. In seiner Eigenschaft als Bestandteil teilt das mit dem Grundstücke verbundene Recht dessen Schicksale, haftet also auch für die Hypotheken und kann ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger nicht aufgehoben (BGB. § 876 Satz 2) oder geändert werden (BGB. § 877). Ist aber ein solches Recht nur auf dem Blatte des belasteten, nicht auch des herrschenden Grundstücks eingetragen, so kann die Löschung nach § 21 GBO. (oder die Eintragung einer Änderung) ohne Bewilligung der Hypothekengläubiger des berechtigten Grundstücks erfolgen. Im wesentlichen entsprechen diese Bestimmungen dem bisherigen preuß. und gemeinen Rechte; nur bedurften nach dem PEigG. § 12 Abs. 2 die gesetzlichen Vorkaufsrechte und die Grundgerechtigkeiten der Eintragung überhaupt nicht (vgl. Turnau I S. 46 Anm. 6).

Der Verzicht auf ein solches von der hypothekarischen Haftung mitergriffenes Recht steht inbezug auf die Entbehrlichkeit der Einwilligung der Hypothekengläubiger der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks selbst gleich. Mit Rücksicht hierauf hält das EG. z. BGB. Art. 120 Abs. 2 Nr. 2 die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, nach denen beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 im Falle der Aufhebung eines solchen Rechtes die Zustimmung derjenigen nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist. Dieser Vorbehalt hat nur dann Bedeutung, wenn nicht schon nach § 876 Satz 2 BGB. die Zustimmung um deswillen entbehrlich ist, weil jene Rechte an dem Grundstücke des Berechtigten durch die Aufhebung der subjektiv-dinglichen Berechtigung nicht berührt werden (Mot. z. EG. z. BGB. S. 201). Der Vorbehalt findet auch auf die Überbau- und Notwegrente (BGB. §§ 912 ff., 917) Anwendung, weil die im EG. z. BGB. Art. 116 für diese Renten getroffene Ausnahmebestimmung im Art. 120 nicht wiederholt ist. In Preußen besteht weder zurzeit eine dem Vorbehalt entsprechende gesetzliche Vorschrift, noch ist eine solche in den Ausführungsgesetzen zu den neuen Reichsgesetzen getroffen.

Im einzelnen ist zu Art. 20 PAusfG. z. GBO. noch zu bemerken:

a. „Bei der Rentengutsbildung besteht die Abfindung des Rentengutgebers häufig aus Kapital und Rente derart, daß dem Verkäufer außer der baren Anzahlung des Käufers das in Rentenbriefen der Rentenbank gewährte Rentenkapital und eine auf das Rentengut zu übernehmende Restprivatrente zukommen. Die letzte müßte nach Art. 20 Nr. 1 Satz 1 bei der lastenfreien Abschreibung des Rentenguts auf diesem mit dem Vorrange vor sonstigen Belastungen eingetragen werden. Dieser Anforderung kann aber in Fällen der vorbezeichneten Art nicht entsprochen werden, weil die aus dem Rentengutsverkaufe herrührende Rentenbankrente und ebenso eine etwaige zur Verzinsung und Tilgung eines Baugelderdarlehns dienende Rentenbankrente (G. v. 7. Juli — im AG. Art. 20 Nr. 1 steht fälschlich Juni — 1891 § 2) nach § 6 Nr. 2 G. v. 7. Juli 1891 und § 18 Abs. 1 RentenbG. v. 2. März 1850 den Vorrang vor der Restprivatrente haben. Mit Rücksicht hierauf ist die Bestimmung im Art. 20 Nr. 1 Satz 2 getroffen, um die lastenfreie Abschreibung zu ermöglichen“ (Begr.).

b. Zu Nr. 2 vgl. S. 779 f.

c. Zu Nr. 3 a. Das für Hannover erlassene G. v. 25. März 1889, das dem Art. 20 zum Vorbilde gedient hat, bestimmte (§ 4 Nr. 3), daß beim Verkaufe von Teilstücken, abgesehen von den Fällen, wo das Kaufgeld hinterlegt oder verwendet oder die Verwendung nicht notwendig ist, die Abschreibung nur erfolgen dürfe, wenn gleichzeitig das Kaufgeld auf das Trennstück zur ersten Stelle mit dem Bemerken eingetragen werde, daß es ein Zubehör des Hauptguts und die Fähigkeit des Besitzers, darüber zu verfügen, aus dem Grundbuche des Hauptguts zu ersehen sei. Nach BGB. können Forderungen nicht Zubehör eines Grundstücks sein. Daher mußte der Gedanke, daß das Kaufgeld an die Stelle des veräußerten Grundstücksteils tritt, in anderer Form durchgeführt werden (Begr.). Dies ist in Nr. 3 a geschehen. Es muß gleichzeitig mit der Abschreibung das Kaufgeld auf dem Trennstücke zur ersten Stelle hypothekarisch eingetragen werden. Steht das Hauptgrundstück im Lehns- oder einem ähnlichen Verbande, so muß außerdem die Zugehörigkeit der Forderung zu diesem Verband im Grundbuche vermerkt und, wenn das Hauptgut mit Reallasten, Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden belastet ist, ein Pfandrecht an der Forderung zugunsten der Berechtigten eingetragen werden, deren Bewilligung durch das Unschädlichkeitszeugnis ersetzt wird (Begr.).

d. Zu Nr. 3 b und 4. Die Bescheinigung der Auseinandersetzungsbehörde hat das Grundbuchamt nicht nachzuprüfen.

Sämtliche Vorschriften über Unschädlichkeitszeugnisse beziehen sich nur auf privatrechtliche Belastungen (KG. JW. 22 S. A 317). Die dem öffentlichen Rechte angehörenden Lasten, die nach Art. 11 PAG. z. GBO. in Verb. m. Art. 1—3 PAG. z. BGB. nicht eingetragen werden, werden bei Grundstücksteilungen und bei Gründung neuer Ansiedelungen der Regel nach auf die einzelnen Grundstücke verteilt nach Maßgabe der G. v. 25. August 1876 (für die Prov. Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien, Sachsen und Westfalen, GS. S. 405), v. 4. Juli 1887 (für die Prov. Hannover, GS. S. 324), v. 13. Juni 1888 (für die Prov. Schleswig-Holstein, GS. S. 243), v. 11. Juni 1890 (für die Prov. Hessen-Nassau, GS. S. 173), sowie nach Maßgabe des diese Gesetze ergänzenden G. v. 16. September 1899 (GS. S. 497). Die Verteilung liegt nicht den Gerichten ob; sie kommt in Zukunft ebensowenig im Grundbuche zur Darstellung, wie die öffentlichen Lasten selbst. Das Grundbuchamt darf weder die Entgegennahme der Auflassung, noch die Abschreibung der Parzellen von der vorherigen Verteilung abhängig machen. Sollen bei der Zerstückelung eines Grundstücks Reallasten, Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden auf die einzelnen Stücke verteilt werden, so bedarf es dazu der Einigung der Grundstückseigentümer untereinander und mit den Realberechtigten und zur Wirkung Dritten gegenüber der Eintragung.

Liegen die Voraussetzungen der Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses nicht vor, so kann die pfandfreie Abschreibung eines Trennstücks nur auf Grund einer Enthaftungserklärung der Realberechtigten erfolgen. Geschieht die Abschreibung gleichzeitig mit der Enthaftung, so ist diese im Grundbuche nicht weiter ersichtlich zu machen; die Last, Hypothek ꝛc. wird nur nicht auf das neue Blatt mitübertragen und gilt dann auf diesem als gelöscht (GBO. § 47 Abs. 2). Erfolgt die Entpfändung eines realen Grundstücksteils vor oder ohne dessen Abschreibung, so muß sie eingetragen werden. Die Eintragung ist aber nur möglich, wenn der Teil nach dem Verzeichnisse der Grundstücke (dem bisherigen Titelblatte) unterschieden werden kann oder wenn er sonst unterscheidbar bezeichnet wird (KG. JW. 16 S. 153). In allen diesen Fällen ist die Entpfändung nach §§ 42—44 GBO. auf dem Hypotheken- ꝛc. Briefe zu vermerken (Rostock RJA. 5 S. 200). Ist ein aus dem Grundbuche nicht ersichtlicher Gläubigerwechsel eingetreten (vgl. § 1154 Abs. 1 BGB.), so braucht der neue Gläubiger, um die Entpfändung wirksam erklären zu können, sich nicht eintragen zu lassen, aber er muß dem Grundbuchamte seine Legitimation in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nachweisen (Joh. 7 S. 187). — In Preußen sind die Regierungen ohne Genehmigung des Ministers berechtigt, die pfandfreie Abschreibung

einzelner Trennstücke der mit Domänen-Amortisationsrenten belasteten Grundstücke zu bewilligen (Joh. 8 S. 185).

2. Nach dem EG. z. BGB. Art. 113 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zusammenlegung von Grundstücken, über die Gemeinheitsteilung, sowie über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten und Reallasten unberührt. Es bleiben danach in Preußen die Bestimmungen der GemTeilO. v. 7. Juni 1821, des G. v. 29. Juni 1835 (GS. S. 135) und des AblösG. v. 2. März 1850 in Kraft, nach denen, wenn bei Auseinandersetzungen nach Inhalt des von der Auseinandersetzungsbehörde bestätigten Rezesses eine vollständige Entschädigung für das abgetretene Trennstück durch ein anderes Grundstück, durch Kapitalzahlung oder durch Rente erfolgt, die Entschädigung in Ansehung der Befugnisse und Lasten und sonstigen Rechtsverhältnisse, namentlich der Lehns- und Fideikommißverbindungen, Hypotheken- und Grundschulden (jetzt auch Rentenschulden) an Stelle des Trennstücks tritt (das Nähere vgl. Bd II Ergänz. III § 1). Im allgemeinen kann auf das in Anm. IV 1 S. 778 Ausgeführte verwiesen werden, nur werden hier Unschädlichkeitszeugnisse nicht erteilt.

Nach den Vorarbeiten zu Art. 113 EG. z. BGB. (Prot. VI S. 372, 743 Nr. 5) ist unter der Zusammenlegung von Grundstücken auch die Verlegung und Neueinteilung durch Änderung oder Umlegung der Grenzen zu verstehen. Es bleiben demnach für Gemeinheitsteilungen die Vorschriften des PALR. I 20 §§ 458—465 bestehen (PAG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1 b); dagegen treten sie außer Kraft für die im ordentlichen Rechtsweg erfolgende Berichtigung streitiger Grenzen, die keine Verlegung oder Neueinteilung der Grundstücke zur Folge hat. Da die Bezeichnung der Grundstücke im Grundbuche nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens steht, sondern der wahre Bestand unter Anwendung der historischen Methode zu ermitteln ist (vgl. Anm. 3 S. 240 und Anm. II 1 S. 250), so tritt durch die Grenzberichtigung in Wahrheit keine Änderung, sondern nur eine Feststellung des wirklichen Bestandes ein. Den Hypothekengläubigern aber haftet das Grundstück nicht nach dem im Grundbuch angegebenen, sondern nach seinem wahren Bestande.

In Anlehnung an Art. 113 EG. z. BGB. bestimmt das PAG. z. BGB. Art. 31:

Die Vorschriften, nach welchen im Falle der Teilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Teile des Grundstücks verteilt wird, bleiben in Kraft. Die Verteilung ist bei der Auseinandersetzungsbehörde zu beantragen.

Diese Bestimmung tritt an Stelle des PGBO. § 66 und des G. über das Grundbuchw. in Hannover v. 28. Mai 1873 § 15. Jener § verweist auf das AblösG. v. 2. März 1850 § 93, dieser auf die V. v. 28. September 1867 § 11 und auf das G. v. 3. April 1869. Die in Bezug genommenen Bestimmungen bleiben gemäß Art. 113 EG. z. BGB. in Kraft. Nach diesen Bestimmungen muß sich der Berechtigte — abweichend von der allgemeinen Regel, daß durch die Zerteilung eines Grundstücks die darauf lastenden Rechte (Hypotheken, Reallasten ꝛc.) nicht berührt werden, sondern alle Teile des ehemals einheitlichen Grundstücks in solidum verhaftet bleiben — die Verteilung nicht ablösbarer Renten auf die Trennstücke nach Verhältnis des Wertes der Trennstücke mit der Maßgabe gefallen lassen, daß er inbezug auf geringfügige Rentenbeträge (unter 12 Mk. jährlich) Ablösung durch Kapitalzahlung seitens des Pflichtigen fordern darf. Jeder durch die Zerstückelung des Grundstücks verselbständigte Teil haftet nur für den ihm bei der Verteilung zugewiesenen Rententeil.

Nach Art. 33 Nr. 10 PAG. z. GBO. bleibt § 29 d. G. über das Grundbuchw. im Geltungsber. d. rhein. Rechtes v. 12. April 1888 in Kraft. Dieser bestimmt:

In den Landesteilen des linken Rheinufers findet § 66 (der preuß.) GBO. (jetzt PAG. z. BGB. Art. 31) mit folgenden Maßgaben Anwendung:

Bei der Zerstückelung von Grundstücken, auf welchen feste Geldrenten haften, muß sich der Berechtigte eine Verteilung dieser Renten auf die Trennstücke nach Verhältnis des Wertes

derselben gefallen lassen. Er ist jedoch zu fordern berechtigt, daß diejenigen Rentenbeträge, welche nach der Verteilung jährlich weniger als 12 Mk. betragen, durch Kapitalzahlung seitens des Pflichtigen abgelöst werden. . . .

Die festen Geldrenten des § 29 sind, abgesehen von den auf Rentengütern lastenden Renten, nicht Reallasten, da solche dem rheinisch-französischen Rechte bisher fremd waren, sondern hypothekarisch gesicherte persönliche Forderungen. Soweit § 29 diese betrifft, ist er durch das BGB. aufgehoben, da Art. 113 EG. z. BGB. auf sie nicht zutrifft. Damit hat § 29 in Wirklichkeit seinen Inhalt verloren; er wird aber mit einem neuen Inhalt erfüllt durch das PAG. z. BGB. Art. 30 und gilt nun für die als Reallast aufgelegten festen Geldrenten, die nach Art. 30 künftig begründet werden können. In Kraft bleibt ferner nach Art. 33 Nr. 6 PAG. z. GBO. der § 47 des G. über das Grundbuchw. im Bezirke d. AppG. Kassel ꝛc. v. 29. Mai 1873:

Soweit eine ganze Gemarkung oder mehrere vormals pflichtige Grundstücke für ein an die Stelle abgelöster Grundlasten getretenes Ablösungs- oder Entschädigungskapital oder für ein zu dessen Abtragung erborgtes Darlehn ungeteilt haften, ist der Eigentümer jedes der mitverhafteten Grundstücke berechtigt, gegen Abtragung des auf dasselbe fallenden Anteils der Gesamtschuld dessen Freigabe aus dem Pfandverband zu beanspruchen.

Die Feststellung des Anteilsverhältnisses des einzelnen Grundstücks erfolgt im Falle eintretenden Streites durch die Generalkommission. . . .

3. Art. 109 EG. z. BGB. hält die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten aufrecht und verordnet in Satz 2:

Auf die nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen eines solchen Eingriffs zu gewährende Entschädigung finden die Vorschriften der Art. 52, 53 Anwendung, soweit nicht die Landesgesetze ein anderes bestimmen.

Bestehen bleibt das PEnteignG. v. 11. Juni 1874. Nach dessen §§ 45, 46 wird das enteignete Grundstück (auch das vom Unternehmer nach § 9 Abs. 1 übernommene Restgrundstück; RG. JW. 1895 S. 401 Nr. 69) mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Eigentümer und Unternehmer, bei vereinbarter Abtretung mit dem Eigentumsübergange von allen darauf haftenden privatrechtlichen (nicht auch von den öffentlich-rechtlichen; RG. JW. 1896 S. 455 Nr. 70) Verpflichtungen frei, soweit der Unternehmer diese nicht vertragsmäßig übernommen hat. Die Stellung der dinglich Berechtigten in Ansehung der Entschädigung hat das Enteignungsgesetz vollständig und teilweise abweichend von den Art. 52, 53 EG. z. BGB. geregelt. Daher ist für unmittelbare Anwendung der Art. 109 Abs. 2, 52, 53 das. und des im Art. 53 bezogenen § 1128 BGB. kein Raum. Auf Grund des Vorbehalts im Art. 109 Abs. 2 in Verb. mit dem allgemeinen Grundsatze des Art. 218 EG. z. BGB. ist jedoch das Enteignungsgesetz bezüglich der Stellung der Realberechtigten zu der Entschädigung ergänzt und teilweise geändert durch das PAG. z. BGB. Art. 35—41. Nach dem EnteignG. § 45 Abs. 2 tritt die Entschädigung rücksichtlich aller Eigentums-, Nutzungs- und sonstigen Realansprüche, insbesondere der Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (und Rentenschulden) an die Stelle des enteigneten Gegenstandes. Diese Bestimmung wird durch Art. 35 jenes AG. dahin geändert oder ergänzt:

Ist im Falle der Enteignung eines mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden belasteten Grundstücks die für den Eigentümer vereinbarte oder durch Beschluß oder Urteil endgültig festgestellte Entschädigungssumme nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 des G. über die Enteign. von Grundeigentum v. 11. Juni 1874 hinterlegt und sind die Wirkungen der Enteignung eingetreten, so haben die Realberechtigten an dieser Entschädigung, unbeschadet der Vorschriften der §§ 38, 49 des genannten Gesetzes, dieselben Rechte, welche ihnen im Falle des Erlöschens ihres Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen.

Der Eigentümer und jeder der im Abs. 1 bezeichneten Realberechtigten kann die Eröffnung eines gerichtlichen Verteilungsverfahrens beantragen. Für das Verfahren gelten die Vorschriften der Art. 36 bis 41.

Die Vorschrift des Abs. 1 ist dem Art. 52 EG. z. BGB. angepaßt und enthält eine Einschränkung der Regel des EnteignG. § 48, wonach der Eigentümer über die Entschädigungssumme nur verfügen kann, wenn die Realberechtigten einwilligen. Bei Teilenteignungen ist die für den enteigneten Teil bestimmte Entschädigung nach dem unverändert gebliebenen § 38 EnteignG. dem Enteigneten ohne Rücksicht auf die auf dem gesamten Grundbesitze haftenden Hypotheken-, Grund- (und Renten-) Schulden auszuzahlen, wenn diese den fünfzehnfachen Betrag des Grundsteuerreinertrags des Restgrundbesitzes nicht übersteigen. Reallasten werden hierbei den Hypotheken gleichgeachtet und in entsprechender Anwendung der bei der Subhastation geltenden Grundsätze zu Kapital veranschlagt (vgl. jedoch ZVG. § 92). Auch wird bei Teilenteignungen die Auszahlung der Entschädigungssumme durch nicht eingetragene Reallasten, durch den Fideikommiß-, Stammgut-, Lehn- oder Leiheverband des gesamten Grundbesitzes nicht gehindert, wenn die Entschädigungssumme den fünffachen Betrag des Grundsteuerreinertrags des gesamten Grundbesitzes und auch die Summe von 300 Mk. nicht übersteigt. In diesen Fällen nimmt das Gesetz die Unschädlichkeit an. In allen andern Fällen hat der Unternehmer die Entschädigungssumme zu hinterlegen, wenn Reallasten, Hypotheken oder Grund- (und Renten-) Schulden auf dem Grundstücke haften (EnteignG. § 37 Nr. 3). In jenen ersten Fällen kann der Eigentümer über die hinterlegte Summe frei verfügen; in den letzten ist er an die Einwilligung der Realberechtigten gebunden. Kann er diese nicht erlangen, so ist er im Geltungsbereiche des AblösG. v. 2. März 1850 befugt, wegen Auszahlung und Verwendung der hinterlegten Entschädigungssumme die Vermittlung der Auseinandersetzungsbehörden in Anspruch zu nehmen (EnteignG. § 49), die nach §§ 110—112 AblösG. (in der Prov. Hannover nach der AblösO. v. 23. Juli 1833) und nach Art. 37 PAG. z. ZVG. zu verfahren haben, oder die Eröffnung eines gerichtlichen Verteilungsverfahrens zu beantragen, auf das nach Art. 41 PAG. z. ZVG. die für die Verteilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften des ZVG. mit einigen Maßgaben entsprechende Anwendung finden. Nur die letzte Alternative steht dem Eigentümer offen in den Landesteilen des linken Rheinufers und der Teile des Regierungsbezirks Wiesbaden, wo die V. v. 13. Mai 1867 und v. 2. September 1867 nicht eingeführt sind.

Die Enteignung in den Fällen des ebenfalls in Kraft bleibenden PFluchtlinienG. v. 2. Juli 1875 folgt, insbesondere auch bezüglich der Entschädigung, den Vorschriften des EnteignG. und dessen oben erwähnten Änderungen und Ergänzungen.

Unter den Vorbehalt des Art. 109 EG. z. BGB. fallen ferner die PMarksteinG. v. 7. Oktober 1865 und v. 7. April 1869, sowie das ErgänzG. v. 3. Juni 1874 und v. 24. Mai 1901. Vgl. hierüber Bd II Ergänzung 1 Nr. II.

Die Enteignung auf Grund des PBergG. v. 24. Juni 1865 (§§ 135 ff.) berührt die Realgläubiger nicht (vgl. Brassert, Komm. S. 365, 375).

V. Es interessieren hier ferner zwei Reichsgesetze, nämlich:

1. das G., betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dezember 1871 und

2. Das G. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873. Im ersten Gesetze (§ 41 Abs. 5) war wegen des Enteignungsverfahrens auf die Landesgesetze verwiesen und im letzten (§ 14 Abs. 3) war bestimmt, daß die Entschädigung für die Abtretung des Grundeigentums im Wege des für Enteignungen vorgeschriebenen Verfahrens festzustellen sei. Da es ein allgemeines Reichsenteignungsgesetz nicht gibt, bedeutet auch diese Verweisung eine Bezugnahme auf die Landesgesetzgebung.

In den Art. 52—54 EG. z. BGB. ist die Frage jetzt reichsgesetzlich geregelt und die

Anwendung der partikulären Enteignungsgesetze insoweit beseitigt (vgl. Art. 4, 55 das.). Es verordnen nämlich:

Art. 52. Ist auf Grund eines Reichsgesetzes dem Eigentümer einer Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache oder wegen Beschränkung des Eigentums eine Entschädigung zu gewähren und steht einem Dritten ein Recht an der Sache zu, für welches nicht eine besondere Entschädigung gewährt wird, so hat der Dritte, soweit sein Recht beeinträchtigt wird, an dem Entschädigungsanspruche dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen.

Art. 53. Ist in einem Falle des Art. 52 die Entschädigung dem Eigentümer eines Grundstücks zu gewähren, so finden auf den Entschädigungsanspruch die Vorschriften des § 1128 BGB. entsprechende Anwendung. Erhebt ein Berechtigter innerhalb der im § 1128 bestimmten Frist Widerspruch gegen die Zahlung der Entschädigung an den Eigentümer, so kann der Eigentümer und jeder Berechtigte die Eröffnung eines Verteilungsverfahrens nach den für die Verteilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften beantragen. Die Zahlung hat in diesem Falle an das für das Verteilungsverfahren zuständige Gericht zu erfolgen.

Ist das Recht des Dritten eine Reallast, eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, so erlischt die Haftung des Entschädigungsanspruchs, wenn der beschädigte Gegenstand wiederhergestellt oder für die entzogene bewegliche Sache Ersatz beschafft ist. Ist die Entschädigung wegen Benutzung des Grundstücks oder wegen Entziehung oder Beschädigung von Früchten oder von Zubehörstücken zu gewähren, so finden die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1 und des § 1124 Abs. 1, 3 BGB. entsprechende Anwendung.

Art. 54. Die Vorschrift des § 36 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgegend von Festungen, vom 21. Dezember 1871 (RGBl. S. 459) wird durch die Vorschriften der Art. 52, 53 nicht berührt. Findet nach diesen Vorschriften ein Verteilungsverfahren statt, so ist die Entschädigung auf Ersuchen des für das Verfahren zuständigen Gerichts an dieses zu leisten, soweit sie zur Zeit der Stellung des Ersuchens noch aussteht.

Die Vorschrift des § 37 desselben Gesetzes wird dahin geändert:

> **Ist das Grundstück mit einem Rechte belastet, welches durch die Beschränkung des Eigentums beeinträchtigt wird, so kann der Berechtigte bis zum Ablauf eines Monats, nachdem ihm der Eigentümer die Beschränkung des Eigentums mitgeteilt hat, die Eröffnung des Verteilungsverfahrens beantragen.**

Der am Schlusse des Art. 52 erwähnte Fall ist im § 92 ZVG. dahin geregelt:

Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse.

Der Ersatz für einen Nießbrauch, für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sowie für eine Reallast von unbestimmter Dauer ist durch Zahlung einer Geldrente zu leisten, die dem Jahreswerte des Rechtes gleichkommt. Der Betrag ist für drei Monate vorauszuzahlen. Der Anspruch auf eine fällig gewordene Zahlung verbleibt dem Berechtigten auch dann, wenn das Recht auf die Rente vor dem Ablaufe der drei Monate erlischt.

Bei ablösbaren Rechten bestimmt sich der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme.

In den Kommissionsberatungen (vgl. Prot. VI S. 467) wurde hervorgehoben, daß beide Fälle (des Art. 52 und des § 92 ZVG.) grundsätzlich gleich zu behandeln seien, da es sich um das gleiche Rechtsverhältnis und um die gleichen wirtschaftlichen Beziehungen handle. In beiden Fällen werde das Grundstück allen Beteiligten entzogen und es trete an seine Stelle ein Geldbetrag. Ob die Entziehung ihren Grund darin habe, daß das Grundstück auf den Antrag eines Realgläubigers zur Zwangsversteigerung gelange, oder

ob die Entziehung im öffentlichen Interesse erfolge, sei für die Beurteilung der Ersatzansprüche der Realberechtigten unerheblich.

Nach den Vorschriften des Art. 53 wird der Entschädigungsanspruch rücksichtlich der Rechte der Realgläubiger ebenso behandelt, wie der Anspruch auf die Versicherungssumme, und zwar, wenn die Entschädigung für Entziehung, Beschädigung oder Beschränkung des Grundstückskörpers zu gewähren ist, wie die Gebäudeversicherungsforderung (BGB. § 1128), wenn sie dagegen wegen Benutzung des Grundstücks oder wegen Entziehung oder Beschädigung von Früchten oder von Zubehörstücken zu gewähren ist, wie die Forderung aus der Versicherung anderer Gegenstände (BGB. § 1129). Es ist hier auf die Bemerkungen unter D S. 52 ff. zu verweisen und wegen der Geltendmachung und Behandlung der Widersprüche gegen die Auszahlung an den Eigentümer auf S. 786.

Rücksichtlich des RayonG. v. 21. Dezember 1871 enthält Art. 54 EG. z. BGB. einige besondere Bestimmungen. Besteht die dem Eigentümer zu gewährende Entschädigung in einer Rente, so wird diese nach § 36 Abs. 4 dieses Gesetzes dem jeweiligen im Rayonkataster bezeichneten Besitzer des Grundstücks in vierteljährlichen Raten postnumerando aus der Festungskasse gezahlt. Diese Bestimmung wird durch die Art. 52, 53 EG. nicht berührt. Für den Fall, daß ein Verteilungsverfahren stattfindet, gibt aber Art. 54 neue Bestimmungen. Die Tätigkeit des Gerichts wird durch den Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten auf Eröffnung des Verteilungsverfahrens in Bewegung gesetzt (Art. 53 Abs. 1 Satz 2 das.).

Ein Vermittlungsverfahren findet in den Fällen reichsgesetzlicher Enteignung nicht statt.

Im Anschluß an den in Anm. IV 1 S. 778 mitgeteilten Abs. 1 verordnet Art. 120 EG. z. BGB. in Abs. 2 Nr. 3:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen unter der gleichen Voraussetzung . . . in den Fällen . . . des Art. 52 dieses Gesetzes der dem Eigentümer zustehende Entschädigungsanspruch von dem einem Dritten an dem Anspruche zustehenden Rechte befreit wird.

Damit ist der Landesgesetzgebung die Befugnis zur Regelung dieser Materie gegeben (Art. 3 das.). Zurzeit bestehen in Preußen solche landesgesetzlichen Bestimmungen nicht. Die Mot. z. EG. S. 202 rechtfertigen die Vorschrift, wie folgt: „In dem in den Art. 52, 53 geregelten reichsrechtlichen Falle der Zwangsenteignung stehen den Realberechtigten nicht selbständige Entschädigungsansprüche, sondern nur Rechte am Entschädigungsanspruche zu, die den Eigentümer in der Verfügung über diesen Anspruch mehr oder weniger beschränken. Dabei ist es möglich, daß die Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache oder die Beschränkung des Eigentums materiell die Realberechtigten nicht beeinträchtigt. Diese Unschädlichkeit ist leicht von der zuständigen Behörde festzustellen. Eine Beschränkung des Vorbehalts auf den Fall, wenn der staatliche Eingriff ein Grundstück betroffen hat, erscheint nicht geboten."

VI. Nach den Satzungen verschiedener landschaftlichen Kreditinstitute, z. B. der westpreuß. Landschaft v. 25. Juni 1851 (OTrib. E. 33 S. 358; RG. Gruch. 25 S. 742), der schlesischen Landschaft v. 20. Mai 1839 und 22. November 1858 (RG. E. 3 S. 222), der alten Posener Landschaft v. 15. Dezember 1821 (RG. E. 1 S. 368, 398) und des neuen Kreditvereins für die Provinz Posen v. 13. Mai 1857 (RG. E. 12 S. 264, Bolze 5 Nr. 117), ist der Anteil des Gutsbesitzers an dem Tilgungs- (Amortisations-) Fonds oder an dem eigentümlichen Fonds der Landschaft Pertinenz des Grundstücks und haftet wegen dieser Eigenschaft den Hypothekengläubigern. Nach dem BGB. § 96 haftet dieser Anspruch des Gutsbesitzers den Hypothekengläubigern als Bestandteil des Grundstücks.

VII. Rein persönlicher Natur und daher der hypothekarischen Haftung nicht unterworfen sind die Forderungen aus den zur Ausgleichung wegen Zuvielerhebung von Branntweinsteuer dem Brennereibesitzer ausgestellten Berechtigungsscheinen (vgl. G. v. 24. Juni 1887 § 16; Beschl. des BR. v. 3. November 1887 und

v. 12./19. Juli 1888, Zentralbl. für das D. R. 1887 S. 527, 1888 S. 456; RG. in Gruch. 35 S. 141).

Nach der Ansicht der bisherigen Praxis war auch der Anspruch auf Entschädigung für die einem Grundstücke durch einen Bergwerksbetrieb zugefügten Schäden (PBergG. § 148) der hypothekarischen Haftung nicht unterworfen, den Hypothekengläubigern aber auch kein besonderer Anspruch auf Entschädigung gewährt. Der Bergwerksbesitzer konnte die Entschädigung an den Grundstückseigentümer zahlen und brauchte sich um die Hypothekengläubiger nicht zu kümmern. (Vgl. RG. JW. 18 S. 82.) Dieser Rechtszustand ist geändert. Jener § 148 hat in dem PAG. z. BGB. Art. 37 Nr. XI folgenden Zusatz erhalten:

Den Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubigern wird eine besondere Entschädigung nicht gewährt.

Im Zusammenhalte mit den Vorschriften der Art. 67 Abs. 2, 52, 53 EG. z. BGB., wonach den Realberechtigten, denen nicht eine besondere Entschädigung gewährt wird, an dem Entschädigungsanspruche des Eigentümers dieselben Rechte zustehen, die ihnen im Falle des Erlöschens ihrer Rechte durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen, hat der Zusatz zu § 148 die Bedeutung, daß die Entschädigung den Hypotheken- ꝛc. Gläubigern haftet und daß der Bergwerksbesitzer bei der Zahlung die Bestimmungen des Art. 53 und der darin bezogenen Vorschriften des BGB. zu beachten hat (vgl. sten. Ber. d. AbgH. S. 2565 und Stranz u. Gerhard PAG. z. BGB. S. 239). Auch die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Hypotheken- ꝛc. Gläubiger können nach Art. 192 ff. EG. z. BGB. die Rechte aus Art. 52, 53 das. seit dem 1. Januar 1900 auch bezüglich der vor diesem Zeitpunkte begründeten Rechte Entschädigungsforderungen des Eigentümers aus üben RG. E. 61 S. 226, Zeitschr. f. Bergr. 47 S. 530). Ist das durch den Bergbau beschädigte Gebäude wiederhergestellt oder durch einen gleichartigen Neubau ersetzt und sind die zum Schutze gegen neue Bergschäden erforderlichen Sicherungsmaßregeln getroffen, so haben die Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf die Entschädigung (RG. V 16. 03).

§ 1121.

Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind.

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

I. Im allgemeinen ist hier auf die Anm. 6, 7 S. 25, 26, und II 2 d, III, IV 39, 41 ff. zu verweisen.

II. Die Hypothek erstreckt sich nach § 1120 nur auf die getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, die mit der Trennung nach §§ 954—957 in das Eigentum des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind. Die Hypothek hindert aber durch ihr bloßes Dasein den Eigentümer oder Eigenbesitzer nicht, über getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile rechtswirksam zu verfügen. „Eine ordentliche Wirtschaftsführung wäre unmöglich, wenn die nach § 1120 mit dem Grundstücke haftenden Sachen nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von dieser Haftung frei werden könnten. Die Erzeugnisse gewähren den Nutzen, den sie zu gewähren bestimmt sind, überhaupt nur dadurch, daß sie verbraucht oder in Geld umgesetzt werden. Die übrigen Bestandteile aber werden in den meisten Fällen nur deshalb vom Grundstücke getrennt, weil sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen und durch andere ersetzt werden sollen" (Mot. III S. 661). Die

Fortdauer der Hypothek an solchen Sachen, deren Verbindung mit dem Grundstücke vollständig gelöst ist, würde mit dem Grundsatze, daß ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand stattfindet (BGB. § 1205), im Widerspruche stehen. „Die Rücksicht auf die Sicherheit der Hypothek verlangt nur, daß dem Gläubiger gestattet wird, jene Gegenstände, solange sie noch als Erweiterungen des Grundstücks angesehen werden können, zum Zwecke seiner Befriedigung in Beschlag nehmen zu lassen" (Mot. III S. 661). Die gleichen Grundsätze und gesetzgeberischen Erwägungen gelten auch für die in das Eigentum des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangten Zubehörstücke.

Der nicht überall mit dem bisherigen preuß. Rechte im Einklange stehende Rechtszustand ist demnach folgender: Getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile sowie Zubehörstücke haften dem Hypothekengläubiger unter der Voraussetzung des § 1120. Sie bleiben unter allen Umständen verhaftet, solange sie sich auf dem Grundstücke befinden, also auch dann, wenn der Eigentümer das Eigentum an ihnen nach § 929 BGB. auf einen anderen übertragen hat und dieser andere in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen ist (RG. ZBlFG. 1903 S. 405, Recht 1904 S. 224). Es ist dies eine Ausnahme von der im BGB. § 936 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 enthaltenen Regel, daß das Recht eines Dritten, mit dem eine veräußerte bewegliche Sache belastet ist, mit dem Übergange der Sache in das Eigentum eines gutgläubigen Erwerbers erlischt. Erst wenn zu der Veräußerung, im ursächlichen Zusammenhange zu ihr, noch die Entfernung vom Grundstücke hinzutritt, erlischt die hypothekarische Haftung. Bis zu der auf eine Veräußerung folgenden Entfernung oder bis zu der auf die Entfernung folgenden Veräußerung kann der Hypothekengläubiger die bezeichneten Sachen in Beschlag nehmen lassen mit der Wirkung, daß die spätere Entfernung das Erlöschen der Hypothek nicht zur Folge hat, es sei denn, daß der Erwerber bei der Entfernung in Ansehung einer vorher erfolgten Beschlagnahme in gutem Glauben gewesen ist (vgl. S. 40). Der Mangel des guten Glaubens muß dem Erwerber nachgewiesen werden (§ 1121 Abs. 2 Satz 2). Der Erwerber von Sachen, die bereits vor ihrer Entfernung veräußert sind, ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm vor oder bei der Entfernung die Beschlagnahme bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 932 Abs. 2). Wie die Veräußerung ohne Entfernung, so hat auch die Entfernung ohne Veräußerung der Regel nach die Befreiung von der hypothekarischen Haftung nicht zur Folge. Ausnahmeweise hat die bloße Entfernung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen, wenn sie vor der Beschlagnahme stattgefunden hat, nach § 1122 Abs. 1 doch diese Folge, wenn sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vom Grundstücke getrennt waren, es sei denn, daß die Entfernung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt. Letztes muß der Hypothekengläubiger, das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 1122 Abs. 1 muß der Eigentümer beweisen. Unter denselben Bedingungen werden Zubehörstücke nach § 1122 Abs. 2 von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft aufgehoben wird. Die Beweislast liegt dem Hypothekengläubiger ob.

Über den besonderen Fall des § 589 Abs. 2 Halbs. 2 vgl. Anm. d S. 40.

Die Bestimmungen des § 1121 Abs. 2 sind nicht ganz klar. Unbedenklich wird anzunehmen sein, daß dem in Abs. 2 Satz 2 behandelten Falle der Fall gleichsteht, wenn der Grundstückseigentümer die Sache nach der Veräußerung vom Grundstück entfernt und sie dem Erwerber bringt. Unzweifelhaft erlischt die Hypothek auch, wenn die Sache nach ihrer Entfernung (Gegensatz zu Abs. 2 Satz 1) an einen in Ansehung der Hypothek Gutgläubigen veräußert wird. Aber auch Kenntnis oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis von der Hypothek wird diesen Erfolg nicht hindern, da der Eigentümer des Grundstücks durch das bloße Bestehen der Hypothek an der pfandfreien Veräußerung von Erzeugnissen ꝛc. nicht behindert ist (§ 1121 Abs. 1), selbst wenn die Veräußerung nicht in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegt (vgl. Ber. d. RTKomm. S. 133; a. M. Biermann Nr. 3 zu § 1121, der wohl mit Unrecht annimmt, daß der Erwerber, der

das Bestehen von Hypotheken kennt, die entfernten Sachen auf Verlangen des Hypothekengläubigers zurückschaffen müßte. Vgl. S. 794 Anm. 6. § 1121 Abs. 2 Satz 1 soll offensichtlich nur den Abs. 1 dahin verdeutlichen, daß selbst der gutgläubige dingliche Erwerb ohne hinzutretende Entfernung die Hypothek unberührt läßt, daß der Gläubiger auch nach der Veräußerung an einen Gutgläubigen sein Recht bis zur Entfernung der Sache durch Beschlagnahme wahren kann (RG. V 460. 03). Endlich wird aus § 1121 Abs. 2 Satz 2 nicht entnommen werden dürfen, daß die Beschlagnahme einer erst nach ihrer Entfernung veräußerten Sache dem in Ansehung der Beschlagnahme bei dem Erwerbe nicht Gutgläubigen gegenüber unwirksam sei (§§ 135, 136, 892 ff., 932 ff.). Im Falle des § 1122 Abs. 1 ist eine Beschlagnahme mit der Wirkung der Erhaltung des hypothekarischen Rechtes nicht mehr möglich.

III. Was unter der Entfernung vom Grundstücke zu verstehen, ist ohne weiteres klar; unter Veräußerung versteht das BGB. nur die Eigentumsübertragung (§§ 929 ff., 932, 1136), nicht auch die Verpfändung oder Einräumung eines sonstigen dinglichen Rechtes an der Sache (RG. Gruch. 31 S. 432, V 454.94, Planck Nr. 2, Fuchs Nr. 3, Biermann Nr. 2 zu § 1121) oder einen Eigentumsvorbehalt (RG. Seuff. Arch. 59 S. 218). Auch durch Pfändung im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens wird trotz hinzutretender Entfernung Befreiung von der hypothekarischen Haftung nicht erreicht (RG. Bolze 3 S. 132; OTrib. E. 80 S. 46; Prot. VI S. 248). Selbst das jüngere Hypothekenrecht überwindet die an Erzeugnissen ꝛc., als an beweglichen Sachen, durch Vertrag oder Pfändung erworbenen Pfandrechte, weil diese Sachen bis zu ihrer Veräußerung und Entfernung als zum Grundstücke gehörig angesehen werden (zustimmend Oberneck S. 765). Nur der zugunsten eines vorgehenden Hypothekengläubigers bewirkten Pfändung von Früchten, die vom Boden noch nicht getrennt sind, kann der jüngere Hypothekengläubiger nicht widersprechen (ZPO. § 810 Abs. 2). Er kann sie aber unwirksam machen dadurch, daß er die Immobiliarbeschlagnahme herbeiführt.

Ob die Veräußerung und Entfernung durch den Eigentümer des Grundstücks oder durch den Erwerber oder auf Ansuchen persönlicher Gläubiger des Eigentümers durch Zwangsvollstreckung oder nach eröffnetem Konkurse durch den Konkursverwalter vorgenommen worden, ist gleichgültig (RG. E. 19 S. 321, Bd 25 S. 18). In allen Fällen haben Veräußerung und Entfernung das völlige Ausscheiden aus der hypothekarischen Haftung zur Folge unter der Voraussetzung, daß keine Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger stattgefunden hat. Auch der Kaufpreis oder Zwangsversteigerungserlös haftet den Hypothekengläubigern nicht (RG. E. 25 S. 18). Nur im Falle des § 127 KO. kann der Hypothekengläubiger sein Recht auf den Erlös geltend machen, und zwar, wenn der Erlös zur Masse geflossen ist, nach §§ 59 Nr. 3, 172 KO. als Masseanspruch (Jaeger KO. Nr. 6 zu § 4.).

Auch getrennte Erzeugnisse scheiden nur durch Veräußerung und Entfernung aus der hypothekarischen Haftung aus (anders nach PEigG. § 30); aber Voraussetzung der §§ 1120, 1121 BGB. ist, daß die Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile mit der Tatsache der Trennung in das Eigentum des Eigentümers oder des Eigenbesitzers gelangt oder darin verblieben (§ 953) sind. Das einmal so erlangte Eigentum kann zwar auf andere durch bloße Veräußerung übertragen werden, aber die Pfandfreiheit tritt erst mit der Entfernung ein. So z. B. in den Fällen der §§ 956 Abs. 1, 957, soweit ein anderer, dem der Eigentümer oder ein Nichtberechtigter die Aneignung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen gestattet hat, das Eigentum daran erst durch Besitzergreifung erwirbt, was dann zutrifft, wenn dem anderen nicht der Besitz des Grundstücks überlassen ist. Dann gelangen die Erzeugnisse zunächst in das Eigentum des Grundstückseigentümers (§ 953) und werden nicht schon durch Besitzergreifung, sondern erst durch hinzutretende Entfernung von der Haftung für die Hypothek frei. Nach PEigG. § 31 war die Veräußerung stehender und hängender Früchte, soweit sie zum Nachteile der eingetragenen

Gläubiger gereichte, unwirksam. Auf Grund dieser Bestimmung wurde angenommen, daß der Gläubiger sein dingliches Recht auf Früchte, welche als stehende oder hängende verkauft waren, auch dann noch verfolgen könne, wenn sie auf Grund des Veräußerungsvertrags getrennt und vom Grundstück entfernt waren (RG. E. 5 S. 292). Nach BGB. werden dagegen Erzeugnisse, gleichviel ob das ihre Veräußerung bezweckende Rechtsgeschäft vor oder nach ihrer Trennung geschlossen ist, und gleichviel, ob die Veräußerung zum Nachteile des Gläubigers gereicht, von der Hypothek frei, wenn sie in das Eigentum des Erwerbers übergegangen und, bevor eine Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger erfolgt, vom Grundstück entfernt sind.

IV. Gegen den Verlust seines dinglichen Rechtes kann sich der Gläubiger dadurch schützen, daß er die im § 1120 bezeichneten Sachen in Beschlag nehmen läßt. Die Beschlagnahme kann wirksam erfolgen, bevor die Sachen veräußert und entfernt, oder zwar veräußert, aber noch nicht entfernt, oder zwar entfernt, aber noch nicht veräußert, oder bevor Erzeugnisse und andere Bestandteile nach § 1122 Abs. 1 getrennt sind, oder endlich bevor die Zubehöreigenschaft von Zubehörstücken nach § 1122 Abs. 2 aufgehoben ist. Die Beschlagnahme erfolgt entweder nach Abschnitt I ZVG., der von der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung handelt, oder nach den Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen. Letztes wird entgegen der herrschenden Meinung (RG. PJMBl. 1892 S. 311, E. 23 S. 56, Bd 29 S. 242, Bd 31 S. 318, Bd 42 S. 88, JW. 1895 S. 78 Nr. 37; Fischer-Schäfer Nr. 4 zu § 865 ZPO., Biermann Nr. 2 zu § 1121) von Fuchs (Nr. 6 III zu § 1121) mit Unrecht bestritten. Eine Änderung ist in dieser Beziehung durch die neue Gesetzgebung nicht eingetreten (Begr. zu § 865 ZPO. n. F.). Auch die Beschlagnahme durch einstweilige Verfügung oder durch Arrest reicht aus (Biermann a. a. O., Planck Nr. 3 c vor §§ 1120 ff.). Zubehörstücke sind jedoch der Fahrniszwangsvollstreckung entrückt (ZPO. § 865 Abs. 2).

Nach der Beschlagnahme ist jede Veräußerung und Entfernung, auch die Entfernung im Falle des § 1122 Abs. 1 sowie die Aufhebung der Zubehöreigenschaft im Falle des § 1122 Abs. 2 den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam. Wer mithin die Befreiung von Erzeugnissen, sonstigen Bestandteilen oder Zubehörstücken den Hypothekengläubigern gegenüber geltend machen will, muß nachweisen, daß der Tatbestand, auf den er die Befreiung gründet, vor der Beschlagnahme eingetreten ist (Prot. VI S. 285). Ist die Beschlagnahme des Grundstücks im Grundbuche vermerkt, so können sich dritte Erwerber von Erzeugnissen ꝛc. nicht auf ihren guten Glauben berufen; im übrigen bleiben dagegen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten unberührt (Prot. VI S. 285).

Über die Wirkungen der Beschlagnahme getrennter Erzeugnisse, sonstiger Bestandteile und des Zubehörs, sowie über den gutgläubigen Erwerb solcher beschlagnahmten Sachen vgl. Anm. 7 S. 27, Anm. d S. 39, Anm. III S. 42. Ergänzend ist hier noch zu bemerken:

1. Zubehörstücke, wozu nach § 98 Nr. 2 auch landwirtschaftliche Erzeugnisse gehören, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, wo gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, können nicht zum Gegenstande der Fahrnispfändung, sondern nur zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung in Grundstücke gemacht werden (ZPO. § 865 Abs. 2 Satz 1). Auch der von einem Hypothekengläubiger wider die gesetzliche Vorschrift veranlaßten Fahrnispfändung können die übrigen Hypothekengläubiger nach den Vorschriften der §§ 766, 771 ZPO. widersprechen (RG. E. 55 S. 207; a. M. Planck Nr. 3 b vor §§ 1120 ff.). Ist jedoch die unrechtmäßige Fahrnispfändung durch Versteigerung beendet und Entfernung der Zubehörstücke hinzugetreten, so ist das Hypothekenrecht an ihnen erloschen, falls nicht eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten der Hypothekengläubiger vor der Entfernung, oder, wenn die Entfernung vor der Veräußerung stattgefunden hat, vor der Veräußerung erfolgt ist und der Erwerber sich

in Anſehung der Beſchlagnahme in gutem Glauben befand (vgl. Anm. d S. 39). Hat der Konkursverwalter Zubehörſtücke veräußert und den Erlös zur Maſſe genommen, ſo haben die Hypothekengläubiger mindeſtens dann einen Anſpruch auf vorzugsweiſe Befriedigung aus dem Erlöſe, wenn ſie ſchon vor der Veräußerung ihr Abſonderungsrecht oder den Anſpruch auf vorzugsweiſe Befriedigung dem Verwalter gegenüber geltend gemacht hatten (KO. § 127; RG. E. 42 S. 85). Sobald die Grundſtücksbeſchlagnahme ſtattgefunden hat, iſt die Fahrnispfändung abſolut unwirkſam (vgl. S. 56 Nr. 6 Abſ. 1 und RG. E. 59 S. 87 f.).

2. Getrennte Erzeugniſſe (mit Ausnahme der im § 98 Nr. 2 aufgeführten und ſonſtige Beſtandteile dagegen unterliegen der Zwangsvollſtreckung in das bewegliche Vermögen, jedoch nur ſo lange, als nicht ihre Beſchlagnahme im Wege der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück erfolgt iſt (ZPO. § 865 Abſ. 1, 2 Satz 2). Erfolgt dieſe, ſo iſt die Fahrniszwangsvollſtreckung unzuläſſig, die bereits ſchwebende muß eingeſtellt werden. (RG. JW. 1895 S. 402 Nr. 72, E. 34 S. 378.) Wird ſie dennoch durch Verſteigerung zu Ende geführt, ſo werden die verſteigerten Sachen nur dann dem dinglichen Rechte der Hypothekengläubiger entzogen, wenn der Erſteher weder die Beſchlagnahme des Grundſtücks, noch den Antrag auf Anordnung der Zwangsverſteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundſtücks kannte, auch die Beſchlagnahme noch nicht im Grundbuche vermerkt war (§ 23 Abſ. 2 ZVG.; RG. V 261. 03). Der Kenntnis ſteht die durch grobe Fahrläſſigkeit verſchuldete Unkenntnis im Falle des BGB. § 932 Abſ. 2 gleich. Der § 23 Abſ. 2 ZVG. umgrenzt nur den Begriff der Kenntnis und ſtellt dieſer die grob fahrläſſige Unkenntnis nicht gleich. Dagegen verlangt das BGB. § 1121 Abſ. 2 Satz 2 ausdrücklich guten Glauben des Erwerbers und dieſer iſt ſowohl bei Kenntnis als auch bei grob fahrläſſig verſchuldeter Unkenntnis ausgeſchloſſen (Denkſchr. z. ZVG. S. 64). Dieſe Vorſchrift kommt neben § 23 Abſ. 2 ZVG. ergänzend zur Anwendung. Die Beſchlagnahme des Grundſtücks zum Zwecke der Zwangsverſteigerung umfaßt nicht die getrennten land- und forſtwirtſchaftlichen Erzeugniſſe, die nicht Zubehör ſind (ZVG. § 21 Abſ. 1); dieſe werden erſt von der Beſchlagnahme des Grundſtücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung ergriffen (§ 148 daſ.). Dasſelbe gilt bei der Zwangsvollſtreckung in Bergwerkseigentum, in einen unbeweglichen Bergwerksanteil und in eine ſelbſtändige Kohlenabbaugerechtigkeit hinſichtlich der bereits gewonnenen Mineralien (PrAG. z. ZVG. Art. 22; dieſer Art. findet auch auf die Salzabbaugerechtigkeiten in Hannover nach § 4 G. v. 4. Auguſt 1904 Anwendung). Alle übrigen getrennten Erzeugniſſe und ſonſtigen Beſtandteile werden von der Zwangsverſteigerungsbeſchlagnahme ergriffen; doch hindert dieſe den Schuldner nicht, über einzelne Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtſchaft auch dem Gläubiger gegenüber wirkſam zu verfügen (§ 23 Abſ. 1 Satz 2 ZVG.), während die Zwangsverwaltungsbeſchlagnahme dem Schuldner jede Verfügungsbefugnis in Anſehung dieſer Sachen entzieht (§ 148 Abſ. 1 daſ.).

Der einzelne Hypothekengläubiger kann zwar zur Wahrung und Durchführung ſeines Rechtes auch zur Pfändung ſchreiten, aber er erlangt dadurch den anderen Hypothekengläubigern gegenüber nicht mehr Rechte, als ein pfändender perſönlicher Gläubiger. Insbeſondere erlangt er dadurch keinen Vorrang vor den übrigen Hypothekengläubigern; dieſe können nach ZPO. § 805 ihren Anſpruch auf vorzugsweiſe Befriedigung aus dem Erlöſe geltend machen. Die Pfändung verliert ihre Wirkung, ſobald die gepfändeten Sachen im Wege der Zwangsvollſtreckung in Grundſtücke in Beſchlag genommen werden.

3. Mit der Zwangsverwaltungsbeſchlagnahme geht das Recht, über getrennte Erzeugniſſe und Beſtandteile ſowie über Zubehörſtücke zu verfügen, auf den Verwalter über. Veräußerungen, die dieſer vor der Verſteigerung des Grundſtücks vornimmt, ſind den Hypothekengläubigern gegenüber wirkſam, weil ſie ſich als teilweiſe Verwirklichung des Pfandrechts im Intereſſe der Hypothekengläubiger darſtellen. Der Verwalter wird in der Regel vom Gerichte beſtellt (ZVG. § 150 Abſ. 1), doch können, wenn es ſich

um die Zwangsvollstreckung in land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke handelt, auf Ersuchen des Gerichts die öffentlichen landschaftlichen (ritterschaftlichen) Kreditanstalten diese Bestellung übernehmen (G. v. 3. August 1897 § 6 Abs. 4). Mit der Konkurseröffnung geht das Verfügungsrecht auf den Konkursverwalter über (KO. § 6).

4. Die Beschlagnahme wirkt, auch wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung in Grundstücke erfolgt, nur zugunsten des betreibenden Gläubigers (ZVG. § 20 Abs. 1; vgl. Denkschr. dazu S. 62, Mot. 134). Ihre Folgen kommen jedoch, wenn die Zwangsvollstreckung völlig durchgeführt wird, allen eingetragenen Gläubigern zugute, soweit der Versteigerungserlös zu ihrer Befriedigung hinreicht. Hebt der betreibende Gläubiger die Beschlagnahme auf, so wird sie überhaupt hinfällig, falls nicht andere Gläubiger dem Verfahren beigetreten sind (§ 27 das.). Die von einem nicht gutgläubigen Erwerber nach der Beschlagnahme vom Grundstück entfernten oder nach der Entfernung erworbenen, nach § 1120 BGB. für die Hypothek mithaftenden Sachen kann der betreibende oder zum Beitritte zugelassene Gläubiger zur Zwangsvollstreckungsmasse zurückverlangen.

5. Die nach §§ 1121, 1122 von der hypothekarischen Haftung frei gewordenen Sachen kann der nur dinglich berechtigte Hypothekengläubiger überhaupt nicht mehr zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen.

6. Nimmt der in Vermögensverfall geratene und von Zwangsvollstreckung bedrohte Eigentümer ein sog. kaltes Abbrennen vor, d. h. bricht er Gebäude ab und veräußert die Materialien oder veräußert er Inventarienstücke, alles in der Absicht, die Hypothekengläubiger zu schädigen, so haften die Erwerber solcher vom Grundstücke fortgeschafften Sachen, sofern sie beim Erwerbe von der Sachlage und der Absicht des Eigentümers unterrichtet waren, den Hypothekengläubigern auf Schadenersatz (RG. E. 42 S. 170, Bd 44 S. 186). Sind Ziegeltrockenschuppen, die wesentliche Bestandteile des zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks waren, nach der Beschlagnahme vom Subhastaten zum Abbruche verkauft, vom Käufer abgebrochen und vor dem Zuschlage durch Wiederaufrichtung und Verbindung zu wesentlichen Bestandteilen seines Grundstücks gemacht, so ist ihre frühere hypothekarische Haftung gelöst. Der Käufer ist entschädigungspflichtig (BGB. § 951), aber nur dem betreibenden Gläubiger und dem Ersteher, diesem jedoch nur, wenn ihm der Entschädigungsanspruch mitzugeschlagen ist (RG. Gruch. 48 S. 880). Dieses Urteil steht mit dem vorerwähnten insofern in Widerspruch, als es den ausgefallenen, aber der Subhastation nicht beigetretenen Hypothekengläubigern die Entschädigungsklage auch dann versagt, wenn der Subhastat und der Erwerber in der Absicht der Schädigung der Hypothekengläubiger gehandelt haben. Es kann wohl kein Zweifel bestehen, daß die früheren Urteile das Richtige treffen (vgl. Josef im Recht 1905 S. 41).

§ 1122.

Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird.

1. Das BGB. stellt den Grundsatz als Regel hin, daß alle nach § 1120 mit dem Grundstücke für die Hypothek haftenden Sachen aus dieser Haft nur durch Veräußerung und Entfernung vom Grundstücke ausscheiden, während das PEigG. § 30 in dieser Beziehung zwischen den abgesonderten Früchten und dem Zubehör unterschied. Insoweit ist jener Grundsatz auch festgehalten (Anm. II S. 789), als die bloße Veräußerung (ohne Entfernung)

die hypothekarische Haftung in keinem Falle löst; dagegen ist er sehr durchlöchert durch die Bestimmung im § 1122 Abs. 1, wonach Erzeugnisse oder Bestandteile durch bloße (dauernde) Entfernung von der Haftung frei werden (also auch wirksam gepfändet werden können), wenn sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vom Grundstücke getrennt sind und eine Beschlagnahme vor der Entfernung nicht erfolgt ist. Damit ist, wenigstens soweit landwirtschaftliche Erzeugnisse ohne Zubehöreigenschaft in Frage kommen, die Regel des § 1121 zur Ausnahme gemacht und im wesentlichen der bisherige preuß. Rechtszustand beibehalten.

Auch die Entfernung von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen kann sich als eine außerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung liegende Maßregel darstellen. Darauf kommt es aber nicht an; es genügt, daß bei der Trennung ordnungsmäßig verfahren ist. Getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile haben (abgesehen von den zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen landwirtschaftlichen Erzeugnissen) die wirtschaftliche Bestimmung, auf den Markt gebracht zu werden. Daher ist es nicht erheblich, wie sich die Entfernung vollzieht. Werden die ordnungsmäßig getrennten Erzeugnisse oder Bestandteile als Bestandteile oder Zubehörstücke auf ein anderes Grundstück desselben Eigentümers gebracht, so werden sie von der früheren Hypothek ganz frei, wenn für diese nicht auch das andere Grundstück haftet; dagegen treten sie in die Haftung für die Hypotheken des andern Grundstücks ein, bleiben mithin in Haftung für eine auf beiden Grundstücken ruhende Gesamthypothek (Planck Nr. 2, Biermann Nr. 1 zu § 1122). — Die Entfernung muß dauernd sein. Eine solche wird anzunehmen sein, wenn die ordnungsmäßig getrennten Bestandteile oder Erzeugnisse zum Zwecke der Zwangsversteigerung vom Grundstücke weggebracht sind (Planck und Biermann a. a. O.); dagegen wird bei Hingabe zum Faustpfande Dauer in der Regel nicht anzunehmen sein (Biermann; a. M. Planck). Der Gläubiger hat es in der Hand, unwirtschaftlichen Entfernungen durch Beschlagnahme Einhalt zu gebieten. Die Tatsachen, die das Erlöschen der Haftung herbeiführen, hat der Gegner des Hypothekengläubigers, die mit „es sei denn" eingeleitete Ausnahme hat der Hypothekengläubiger zu beweisen.

2. Die Zubehöreigenschaft wird insbesondere durch dauernde Entfernung vom Grundstück aufgehoben (vgl. Anm. 3 S. 36). Aber die Entfernung ist nicht die einzige Art der Aufhebung der Zubehöreigenschaft. Werden z. B. neue Zugtiere oder Milchkühe an Stelle älterer, die nun überflüssig werden und verkauft werden sollen, eingestellt, so wird dadurch die Zubehöreigenschaft der ausrangierten Tiere aufgehoben, auch wenn sie noch auf dem Gute belassen werden. Sie bleiben auch dann von der hypothekarischen Haftung frei, wenn sie nach der Veräußerung nicht vom Gute entfernt werden (a. M. Königsberg Seuff. Arch. 58 S. 148 und anscheinend RG. JW. 1905 S. 175 Nr. 17; wie hier Gierke SR. S. 78 Anm. 40 S. 863). Veräußerung allein genügt zur Anwendung des § 1122 Abs. 2 nicht; sie ist aber anderseits auch nicht nötig, wenn die Zubehöreigenschaft aufgehoben ist. Die Entfernung muß sich, wie jede andere Aufhebungsart, innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vollziehen, widrigenfalls die entfernten Zubehörstücke von der Haftung für die Hypothek nicht frei werden (§§ 1122 Abs. 2). Vorübergehende Entfernung oder sonstige Aufhebung genügt hier (vgl. § 97 Abs. 2 Satz 2) ebensowenig, wie im Falle des § 1122 Abs. 1.

3. Aus dem Gegensatze der Bestimmungen des § 1122 zu denen des § 1121 ergibt sich, daß bei hinzutretender Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten die Entfernung, falls keine Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger dazwischen kommt, auch dann die Befreiung von der hypothekarischen Haftung zur Folge hat, wenn die Trennung der Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist. Unwirtschaftliche Aufhebung der Zubehöreigenschaft befreit die Zubehörstücke nicht, wenn nicht die Voraussetzungen des § 1121 vorliegen.

Digitized by Google

§ 1123.

Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Miet- oder Pachtzinsforderung.

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt. Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr.

1. Es ist im allgemeinen auf Anm. III 3, 5 S. 48, 49 zu verweisen.

2. Während nach dem bisherigen Rechte in den nicht preußischen Gebieten Deutschlands die sog. bürgerlichen Früchte des Grundstücks den Hypothekengläubigern teils nur so weit, als sie nach den für die Haftung der natürlichen Früchte entscheidenden Zeitpunkten fällig werden, teils nur nach eröffnetem Konkurse oder nach Einleitung der Zwangsverwaltung des Grundstücks hafteten, schließt sich das BGB. dem § 30 PEigG. an, wonach Miet- und Pachtzinsen und sonstige Hebungen dem Gläubiger ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit haften, indem es davon ausgeht, daß die im § 1120 zugunsten des Pächters getroffene Entscheidung hierzu nötige. „Wenn die dem Pächter zufallenden Früchte von der Hypothek nicht ergriffen werden, so muß die Pachtzinsforderung an die Stelle der Früchte treten, da sonst die Sicherheit, die die Hypothek dem Gläubiger gewähren soll, erheblich gefährdet werden, hierunter aber der Realkredit des Eigentümers leiden würde. Von diesem Standpunkte haftet die Pachtzinsforderung gerade so, wie die Früchte haften, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist. In dieser Analogie liegt kein Moment, das die Beschränkung der Haftung auf die zur Zeit der Verwirklichung des dinglichen Rechtes noch nicht fälligen oder auf die erst später erwachsenden Zinsraten zu rechtfertigen vermöchte." (Mot. III S. 658.) Dieselben Gründe treffen für die Haftung der Mietzinsforderung zu. Auch das Mietverhältnis wird weder durch die Zwangsverwaltung noch durch die Zwangsversteigerung aufgehoben (ZVG. § 57).

3. Abs. 2 Satz 1 des § 1123 enthält gegenüber dem § 30 PEigG. eine Erweiterung der Rechte des Eigentümers, die (in Mot. III S. 664) damit begründet wird, daß die Haftung älterer Rückstände nicht selten schärfer, als nötig, in die wirtschaftliche Freiheit des Eigentümers eingreife, zumal der Hypothekengläubiger, der mehr als ein Jahr von der Beschlagnahme fälliger Rückstände absieht, hierdurch zu erkennen gebe, daß er sich an diese nicht halten wolle. Mit dem Ablaufe des Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit scheiden diese Forderungen, vorausgesetzt, daß vorher keine Beschlagnahme stattgefunden hat, völlig aus der dinglichen Mithaftung aus, so daß sie auch von der Zwangsverwaltung des Grundstücks nicht betroffen werden. Satz 2 fügt jedoch wieder eine Einschränkung bei, durch die verhindert werden soll, daß Vorauszahlungen des Miet- und Pachtzinses für längere Zeiträume gegen das Interesse der Hypothekengläubiger vertragsmäßig bedungen werden.

4. Für die Berechnung des Jahres im § 1123 Abs. 2 Satz 1 sind die §§ 187, 188 maßgebend. Das Vierteljahr des § 1123 Abs. 2 Satz 2 bestimmt sich nicht (wie nach § 31 PEigG.) nach den im Vertrage festgesetzten Zinsterminen, sondern nach dem Kalender.

5. Für die Hypothek haften die für eine kürzere Zeit als ein Jahr rückständigen und die laufenden Pacht- und Mietzinsforderungen, und zwar haften jene Rückstände auch einer erst später bestellten Hypothek ebenso, wie die vor der Eintragung der Hypothek getrennten Früchte (Fuchs Nr. 1 zu §§ 1123—1125, Oberneck 1 S. 763; a. M. Planck Nr. 2, Biermann Nr. 1 zu § 1123). Dasselbe gilt auch von den zur Zeit der Verwirklichung der Hypothek laufenden Raten. Dagegen endigt aber das dingliche Recht des Gläubigers mit seiner Hypothek. Mit dem Zuschlage des Eigentums am Grundstücke gebühren die Nutzungen dem Ersteher (ZVG. § 56) und können daher nicht mehr von ausgefallenen früheren

Hypothekengläubigern in Anspruch genommen werden. Die zur Zeit des Zuschlags laufenden Raten werden, gleichviel ob sie im voraus oder nachträglich zu zahlen sind, zwischen dem Subhastaten und dem Ersteher nach dem Verhältnisse der Dauer ihrer Berechtigung geteilt (BGB. § 101 Nr. 2). Nur auf den dem Subhastaten zukommenden Anteil hat der Hypothekengläubiger Anspruch. Ist die Zwangsverwaltung des Grundstücks eingeleitet und der Miet- oder Pachtzins an den Verwalter im voraus bezahlt, so ist dem Ersteher sein Anteil aus der Masse zu zahlen. Vorausverfügungen, die nach § 1124 dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam sind, können vom Hypothekengläubiger nur in Ansehung des auf die Zeit vor dem Zuschlag entfallenden Betrags des Zinses als ungeschehen behandelt werden; bezügliches des Restes steht das Recht, die Unwirksamkeit geltend zu machen, nach §§ 571 Abs. 1, 573 Satz 2 BGG. und § 57 ZVG. dem Ersteher zu, und zwar, da § 573 Satz 2 BGB. im § 57 ZVG. nicht für anwendbar erklärt ist, auch dann, wenn er die Vorausverfügung zur Zeit des Zuschlags gekannt hat. Nach dem bisherigen preuß. Rechte hatte der Ersteher die Befugnis ebensowenig, wie der sonstige Erwerber eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks (vgl. Turnau I S. 743 Anm. 4).

6. Der Ansicht, daß der Hypothekengläubiger, weil ihm der Pachtzins haftet, auch das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters (§§ 585, 559 BGB.), falls dieser der Eigentümer des Grundstücks ist, ausüben könne (v. Brünneck in Gruch. 44 S. 105), kann nicht beigetreten werden. Es ist dazu Pfändung und Überweisung erforderlich.

7. Über die Beschlagnahme vgl. S. 49 f., S. 792 Nr. IV.

§ 1124.

Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen, bevor er zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme in anderer Weise über ihn verfügt, so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Besteht die Verfügung in der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor.

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht.

Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird.

1. Vgl. Anm. 3, 5 S. 48, 49.

2. Die Haftung der (Miet- und) Pachtzinsforderung ist ebenso zu begrenzen, wie die Haftung der vom Grundstücke getrennten Früchte, deren Surrogat die Pachtzinsforderung ist. Die Verfügung über die Forderung wird der Entfernung der getrennten Erzeugnisse vom Grundstücke gleichgestellt und der Übertragung der Forderung wiederum der Fall, wenn das Grundstück veräußert, die Forderung aber auf den Erwerber nicht mitübertragen wird. Auch im letzten Falle hört die Verbindung zwischen dem Grundstück und der Forderung auf (vgl. Mot. III S. 663). Überall hat sich diese Analogie jedoch nicht durchführen lassen. Während bei getrennten Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen Verpfändung und Pfändung in Verbindung mit der Entfernung nicht zur Aufhebung der hypothekarischen Haftung führt (vgl. Anm. III S. 791 f.), gehen Rechte, die ein Dritter an der Forderung erlangt hat, bevor diese zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen ist, der Hypothek im Range vor (§ 1124 Abs. 1 Satz 2).

3. Sobald die Miet- und Pachtzinsforderung zugunsten der Hypothekengläubiger in Beschlag genommen ist, ist ihre Einziehung seitens des Eigentümers, sowie jede andere Verfügung über sie (z. B. durch Pfändung oder Arrest) den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam. Die Beschlagnahme kann sowohl im Wege der Fahrnispfändung

(RG. JW. 1895 S. 78 Nr. 37), als auch im Wege der Zwangsvollstreckung in Grundstücke erfolgen. Arrestpfändung ist nur zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des Arrestes gegeben sind; das hypothekarische Recht allein bietet keinen Arrestgrund (Hamburg Seuff. Arch. 58 S. 456). Auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers kann der Hypothekengläubiger, zwar nicht durch Pfändung, aber durch Anordnung der Zwangsverwaltung des Pfandgrundstücks (ZVG. § 148) im Wege der einstweiligen Verfügung (ZPO. § 938) die Beschlagnahme der Mietzinsforderungen für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr (BGB. § 1124) erwirken, um den Untergang seines dinglichen Rechtes an den Mietzinsen, die sonst zur Konkursmasse einzuziehen und abzuführen wären, zu verhüten, da sich die Zwangsverwaltung als ein Ausfluß des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers, wegen seiner Ansprüche Befriedigung durch Zwangsvollstreckung zu suchen (BGB. § 1147), und als die Geltendmachung seines Absonderungsrechts (KO. § 4 Abs. 2, § 47), die durch die §§ 14, 15 KO. nicht verhindert wird, darstellt (RG. E. 52 S. 138). Nach §§ 20 Abs. 2, 21 Abs. 2 ZVG. umfaßt die Zwangsversteigerungsbeschlagnahme die Miet- und Pachtzinsforderung nicht; dagegen wird auch sie durch die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ergriffen (§ 148 das., vgl. Anm. 4 S. 49). Die Beschlagnahme wird dem Mieter oder Pächter gegenüber erst mit dem Zeitpunkte wirksam, wo sie ihm bekannt oder ihm ein Zahlungsverbot zugestellt wird (vgl. Anm. 5 S. 49). Auf die Zustellung finden die §§ 829, 845, 928, 930, 939 ZPO. Anwendung (ZVG. § 22 Abs. 2 Satz 3; Denkschr. dazu S. 64). Der Kenntnis der Beschlagnahme steht die Kenntnis des Versteigerungsantrags gleich; dagegen reicht grob fahrlässige Unkenntnis nicht aus (vgl. Anm. 6 S. 56).

Da der mehr als einjährige Rückstand an Miet- und Pachtzins nach § 1123 Abs. 2 Satz 1 aus der hypothekarischen Haftung völlig ausscheidet, so wird er von der Grundstücksbeschlagnahme überhaupt nicht berührt (ZVG. § 148) und es kommt daher auf die Kenntnis von jener Beschlagnahme nicht an, sondern der Mieter oder Pächter kann an den Eigentümer oder dessen Zessionar trotz jener Kenntnis mit befreiender Wirkung zahlen. Der Hypothekengläubiger, der nicht zugleich persönlicher Gläubiger des Eigentümers ist, kann einen solchen Rückstand nicht pfänden, weil er sein dingliches Recht nur gegen die ihm hypothekarisch haftenden Gegenstände verfolgen darf; ebensowenig den noch nicht ein Jahr fälligen Anspruch, wenn dieser, bevor eine Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist, auf einen Dritten übertragen ist (§ 1124 Abs. 1 Satz 2). Dagegen erlischt die dingliche Haftung nicht dadurch, daß ein Dritter ein Recht an der Forderung (z. B. durch Verpfändung oder Pfändung) erlangt, sondern der Hypothekengläubiger kann sein dingliches Recht auch dann noch durch Beschlagnahme geltend machen, aber, da das Recht des Dritten der Hypothek im Range vorgeht, hat er nur auf den vom Rechte des Dritten nicht erschöpften Teil der Forderung Anspruch (§ 1124 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2). Es ist daher die mit dem Rechte des Dritten belastete Forderung zur Grundstückszwangsverwaltungsmasse zu ziehen (ZVG. § 148, ZPO. § 865), aber bei Verteilung der Dritte in erster Reihe zu berücksichtigen. Der von Oberneck 1 S. 770 für seine abweichende Meinung herangezogene § 1282 BGB. bezieht sich nicht auf das Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger zueinander. Die Annahme, daß der Mieter, wenn der Verwalter den eingezogenen Betrag gesetzwidrig an den Hypothekengläubiger abführt, den Mietzins nochmals an den Pfändungspfandgläubiger zahlen müsse (Kretzschmar GBR. 1 S. 389), erscheint verfehlt. Eine Pfändung der Miet- und Pachtzinsen ist absolut (nicht etwa bloß gegenüber dem betreibenden Gläubiger) ausgeschlossen, sobald die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme des Grundstücks (ZVG. § 148) stattgefunden hat. Diese wird Dritten gegenüber schon mit dem Zeitpunkte wirksam, wo das Ersuchen um Eintragung des Zwangsverwaltungsvermerks dem Grundbuchamte zugeht, sofern demnächst die Eintragung erfolgt. Eine Fahrnispfändung, die zwischen dem Eingange des Ersuchens und der Eintragung des Vermerks zugestellt wird, ist unwirksam, und zwar selbst dann, wenn eine Vorpfändung (ZPO. § 845 Abs. 2) vor

jenem Zeitpunkte zugestellt war (RG. E. 26 S. 425, Bd 42 S. 366, Bd 59 S. 88, Gruch. 49 S. 1066).

Durch die richterliche Überweisung an Zahlungs Statt wird diese Forderung übertragen, durch die Überweisung zur Einziehung nur mit dem Rechte eines Dritten belastet.

Auch der einzelne Hypothekengläubiger kann durch Fahrnispfändung den übrigen Hypothekengläubigern gegenüber den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus der Pacht- und Mietzinsforderung erlangen, falls zur Zeit der Pfändung die Zwangsverwaltung des Grundstücks noch nicht eingeleitet war (die Pfändung der getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile hat diese Wirkung nicht; vgl. Anm. 2 S. 793).

4. Verfügungen, die über die Miet- oder Pachtzinsforderung getroffen werden, bevor sie zugunsten der Hypothekengläubiger in Beschlag genommen ist, sind den Hypothekengläubigern (aber auch nur diesen, Dresden sächs. Arch. 15 S. 527) gegenüber wirksam. Hat der Eigentümer den Mietzins eingezogen, so geht das dingliche Recht des Hypothekengläubigers nicht auf das Geld über. Zieht der Verwalter des über das Vermögen des Eigentümers ausgebrochenen Konkurses den Mietzins ein, so wird der Betrag zur Befriedigung der Konkursgläubiger, nicht zur abgesonderten Befriedigung der Hypothekengläubiger verwendet (RG. E. 23 S. 54, Bd 52 S. 140, JW. 1895 S. 506 Nr. 12; a. M. Fuchs Nr. 4 b zu §§ 1123—1125). Hat jedoch der Hypothekengläubiger schon vorher sein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem einzuziehenden Mietzinse dem Verwalter gegenüber geltend gemacht, so muß die Konkursmasse nachstehen (RG. E. 42 S. 85; a. M. Jaeger KO. Nr. 5 zu § 4). Hinterlegt der Mieter oder Pächter den Zinsbetrag unter Ausschließung des Rechtes zur Zurücknahme nach §§ 372, 376 BGB., so erlischt insoweit das dingliche Recht des Hypothekengläubigers, weil durch eine solche Hinterlegung nach § 378 die Forderung getilgt wird. Diese Wirkung hat die Hinterlegung auch dann, wenn sie infolge eines Arrestschlags erfolgt, den der Mieter selbst zur Sicherung streitiger Gegenforderungen an den Eigentümer erwirkt hat, sofern nur die Hinterlegung erfolgt, um der Zahlungspflicht zu genügen (OTrib. Arch. 98 S. 76, Bd 99 S. 240). Überhaupt genügt jede Art der Verfügung, z. B. Aufrechnung, Abtretung, Übereignung, Erlaß, Verpfändung. Den Verfügungen, die der Vermieter selbst trifft, steht die im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkte Pfändung und Überweisung gleich (RG. E. 59 S. 177). Soweit dadurch das Forderungsrecht des Vermieters aufgehoben oder beschränkt wird, so weit wird auch die Hyppthek beseitigt oder beschränkt. Hat der Zwangsverwalter Pachtzinsraten eingezogen, so treten die eingezogenen Beträge an Stelle der insoweit erloschenen Forderung in die hypothekarische Haftung ein (RG. E. 44 S. 310). Ist während des Schwebens des Konkursverfahrens über das Vermögen des Eigentümers die Zwangsverwaltung aus Versehen des Vollstreckungsgerichts aufgehoben und durch späteren Beschluß wiedereingeleitet, so fließen die in der Zwischenzeit vom Konkursverwalter eingezogenen Miet- und Pachtzinsforderungen zur Konkursmasse (RG. JW. 1903 Beil. S. 101).

5. Der Grundsatz, daß der Grundstückseigentümer über die Miet- und Pachtzinsforderungen ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers so lange frei verfügen kann, bis eine Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers erfolgt, ist im § 1124 Abs. 2 insoweit beschränkt, als Vorausverfügungen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam sind. Die völlige Ausschließung der Vorausverfügung über künftige oder künftig fällig werdende Raten ist im Anschluß an das preuß. Recht (ALR. I 20 §§ 475—481; EigG. § 31) nicht für angemessen erachtet. „Der Eigentümer, der das Grundstück vermietet oder verpachtet, muß nicht selten dem Mieter oder Pächter gegenüber auf der Vorauszahlung des Zinses bestehen, wenn er nicht Gefahr laufen will, die Forderung zu verlieren. Dem Pächter und dem Mieter kann aber auch, wenn nicht von vornherein verabredet worden ist, daß der Zins vorausgezahlt werden solle, nicht zugemutet werden, zu einer Vorauszahlung, die nichts Ungewöhnliches hat, die Zustimmung des Hypotheken-

gläubigers einzuholen. Das Interesse des Gläubigers ist hinlänglich gewahrt, wenn das Gesetz dafür sorgt, daß ihm der Zins nicht für eine längere Zeit, als im § 1124 bestimmt ist, entzogen werden kann. Was von der Vorauszahlung gilt, das gilt auch für alle anderen Vorausverfügungen über die Zinsforderung." (Mot. III S. 664.) Die Unwirksamkeit der Vorausverfügung bedeutet, daß der Hypothekengläubiger vom Pächter oder Mieter nochmalige Zahlung des Zinses verlangen kann. Gegen den Dritten, zu dessen Gunsten verfügt ist, hat er keinen Anspruch (Biermann Nr. 2, Planck Nr. 3; a. M. Fuchs Nr. 4 zu § 1124), falls nicht vor der Vorausverfügung eine Beschlagnahme stattgefunden und der Dritte von ihr Kenntnis gehabt hat. Das vor der Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers entstandene Pfändungspfandrecht eines persönlichen Gläubigers ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, so weit es sich um den Zins für die im § 1124 Abs. 2 bestimmte Zeit bezieht; im übrigen geht das Pfändungsrecht der Hypothek im Range vor.

Nach § 31 PEigG. war die Vorausverfügung auf mehr als ein Vierteljahr nur dann unwirksam, wenn sie zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereicht. Über die Abweichung des § 1124 BGB. von dieser Vorschrift und ihre Tragweite vgl. Anm. 3 S. 48. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Vorausverfügungen über den im § 1124 Abs. 2 frei gelassenen Zeitraum hinaus dem Hypothekengläubiger (auch dem erst nach der Vorausverfügung eingetragenen) gegenüber auch dann unwirksam sind, wenn vorher keine Beschlagnahme der Forderung zu seinen Gunsten stattgefunden hatte. Ebenso unzweifelhaft ist, daß der Gläubiger die Vorausverfügungen gegenüber dem Mieter, dem Zessionar und anderen Dritten nur dann als unwirksam behandeln darf, wenn vor- oder nachher eine Beschlagnahme zu seinen Gunsten stattgefunden hat. Nur unter dieser Voraussetzung kann er den Mieter oder Pächter, der an den Eigentümer oder dessen Zessionar im voraus gezahlt hat, zu nochmaliger Zahlung an den Hypothekengläubiger oder zur Zwangsverwaltungsmasse nötigen. Liegt diese Voraussetzung vor, dann wird mit der bisherigen Praxis (vgl. Turnau I S. 743 Anm. 5) anzunehmen sein, daß er zu seiner Legitimation zur Anstellung der hypothekarischen Klage nicht noch der Überweisung bedarf. Ist das Grundstück zur Zwangsverwaltung gestellt, so zieht der Verwalter den (zu Unrecht) vorausgezahlten Miet- oder Pachtzins nochmals zur Masse ein, ohne daß es bezüglich seiner Legitimation eines weiteren Nachweises als den seiner Bestellung bedarf. Nach dem bisherigen preuß. Rechte wurde angenommen, daß der Zwangsverwalter die Unwirksamkeit von Vorausverfügungen nicht geltend machen könne (vgl. Turnau I S. 742 Anm. 4). Diese Annahme war richtig, weil die Unwirksamkeit von dem Nachweise bedingt war, daß die Vorausverfügung zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereiche (§ 31 PEigG.), weil also nur die benachteiligten Gläubiger die Unwirksamkeit geltend machen konnten und weil der Verwalter nach § 142 Abs. 3 PZVG. v. 1883 zur Einziehung der in Leistungen Dritter bestehenden Einkünfte nur an Stelle des Schuldners berechtigt war, dem Schuldner (Eigentümer) gegenüber aber Vorausverfügungen ebenso wirksam waren, wie sie es nach BGB. sind. Nach dem RZVG. § 152 dagegen hat der Verwalter die Ansprüche, auf die die Beschlagnahme sich erstreckt, geltend zu machen, also nach § 148 in Verb. mit § 21 Abs. 2 das. auch die Pacht- und Mietzinsforderungen. Vorausverfügungen über die im § 1124 Abs. 2 BGB. frei gegebene Zeit hinaus entziehen den Hypothekengläubigern ihr dingliches Recht nicht; die Forderung bleibt, soweit die Vorausverfügung den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam ist, der Hypothek nach dem allgemeinen Grundsatze des § 1123 Abs. 1 BGB. unterworfen, wird nach §§ 20 Abs. 2, 148 Abs. 1 ZVG. von der Zwangsverwaltungsbeschlagnahme ergriffen und ist daher vom Verwalter geltend zu machen (vgl. Hahn-Mugdan. Mat. V S. 132). Dem Konkursverwalter steht die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs der Hypothekengläubiger nicht zu (OTrib. Arch. 39 S. 325), dagegen kann er in Abweichung vom bisherigen Rechte, das den Konkursgläubigern die Befugnis, die Unwirksamkeit von Vorausverfügungen geltend zu machen,

nicht erteilte, die Unwirksamkeit namens der Konkursgläubiger geltend machen. Es bestimmt nämlich § 21 Abs. 2 der KO.:

Im Falle der Vermietung oder der Verpachtung eines Grundstücks, sowie im Falle der Vermietung von Wohnräumen oder anderen Räumen ist . . . eine Verfügung, die der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens über den auf die spätere Zeit entfallenden Miet- oder Pachtzins getroffen hat, insbesondere die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses, der Konkursmasse gegenüber nur insoweit wirksam, als sich die Verfügung auf den Miet- oder Pachtzins für das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Soweit die Entrichtung des Miet- oder Pachtzinses der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter gegen die Miet- oder Pachtzinsforderung der Konkursmasse eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung aufrechnen.

Zieht der Konkursverwalter den vertragsmäßig für eine längere, als die im § 1124 Abs. 2 BGB. bestimmte Zeit im voraus zu zahlenden Pacht- oder Mietzins ein, nachdem dieser für einen Hypothekengläubiger mit Beschlag belegt war, so muß der Pächter oder Mieter den Teil des Zinses, für den die Voraussetzungen des § 1124 Abs. 2 zutreffen, an den Hypothekengläubiger oder zur Zwangsverwaltungsmasse nochmals zahlen. Dasselbe gilt, wenn die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erst nach der Einziehung des Zinses zur Konkursmasse erfolgt. Den hieraus sich ergebenden Unbilligkeiten kann der Pächter oder Mieter nur dadurch entgehen, daß er keinen Vertrag eingeht, wonach er den Zins für mehr als ein halbes Kalenderjahr vorauszuzahlen hat, oder daß er zu längeren Vorauszahlungen die Genehmigung des Hypothekengläubigers einholt. Hat der Hypothekengläubiger die Vorausverfügung genehmigt, so ist sie ihm gegenüber wirksam und diese Wirksamkeit kann gegen ihn im Wege der Einrede, nach Lage des Falles wohl auch mit einer Klage (ZPO. § 256) geltend gemacht werden. Freilich hat eine solche Vereinbarung aber nur obligatorische Wirkung. Muß der Mieter oder Pächter nochmals zahlen, dann hat er gegen den Eigentümer einen als Konkursforderung geltend zu machenden Bereicherungsanspruch (BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2; Jaeger KO. Nr. 17 zu § 21).

Die Frist, für die Vorausverfügungen wirksam sind, ist hier ebenso, wie in den §§ 573, 574 BGB. bestimmt.

§ 1125.

Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen.

Nach § 575 Abs. 1 BGB. kann der Mieter, soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber des Grundstücks gegenüber wirksam ist, gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den Vermieter zustehende Forderung *aufrechnen*. Diese Vorschrift, die auch auf das Pachtverhältnis Anwendung findet (§ 581 Abs. 2), ist in negativer Form auf das Verhältnis des Mieters und Pächters zum Hypothekengläubiger ausgedehnt. Der Sinn der nicht leicht verständlichen Vorschrift ist der: Wird der Mieter oder Pächter vom Hypothekengläubiger wegen des *noch nicht gezahlten* Zinses für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr in Anspruch genommen, so kann er eine ihm an den Vermieter oder Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen; dieses Aufrechnungsrecht steht ihm jedoch nicht zu bezüglich eines auf einen späteren Zeitraum fallenden Zinses. Aufrechnung ist also nur insoweit zulässig, als über den Zins Vorausverfügungen rechtswirksam getroffen werden können. Ist die Einziehung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam und muß daher der Mieter oder Pächter nochmals zahlen, so kann er auch gegen diese nochmalige Einforderung Aufrechnungseinreden aus der Person des Vermieters oder

Verpächters nicht geltend machen. — Über das bisherige preuß. Recht vgl. RG. E. 36 S. 306. Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. kann der Mieter oder Pächter auch in Beziehung auf späteren Zins geltend machen (Dernburg SR. § 229 Nr. 1 4 b, Biermann zu § 1125).

§ 1126.

Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen. Die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1, des § 1124 Abs. 1, 3 und des § 1125 finden entsprechende Anwendung. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

1. Vgl. Anm. 1, 2 S. 33, Anm. 4, 5 S. 49, Anm. VI S. 788.

2. Die Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, die einem mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenen Rechte entfließen, haften für die Hypothek in derselben Weise, wie die Miet- und Pachtzinsforderung. Es treffen auf sie demnach die Bemerkungen zu den §§ 1123—1125 zu. Theoretisch findet die Gleichstellung dieser beiden Arten von Forderungen ihre Rechtfertigung in den Vorschriften der §§ 96, 99 Abs. 2, 3 (Mot. III S. 659). Nur zwei Abweichungen in der Behandlung finden sich im § 1126 Satz 2, 3.

a. Den Hypothekengläubigern gegenüber ist eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird, unwirksam. Diese Abweichung vom § 1124 Abs. 2 beruht auf der Erwägung, daß die Übertragung dieser Vorschrift praktisch zu Schwierigkeiten führen würde, da die in Rede stehenden Leistungen häufig in Jahresraten zu bewirken seien und sich dann nicht mit Sicherheit sagen lasse, ob die Leistung im voraus oder nachträglich gemacht werde (Prot. III S. 562).

b. Leistungen, die im voraus zu entrichten sind, werden (abweichend vom § 1123 Abs. 2 Satz 2) mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt ihrer Fälligkeit für den vollen Jahresbetrag von der hypothekarischen Haftung frei, wenn nicht vorher (d. h. vor Ablauf des Jahres) eine Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt.

Danach stellt sich die Sache so: Sind Leistungen, die in Jahresraten am 1. Januar jeden Jahres im voraus zu entrichten sind, am 1. Januar 1905 ein Jahr im Rückstande, so sind diese seit dem 1. Januar 1905 dem Rechte des Hypothekengläubigers auch dann entzogen, wenn der Eigentümer darüber keine Verfügung getroffen hat. Hat der Eigentümer über die Rate für das Jahr 1905 im voraus verfügt, so entgeht auch diese Rate dem Hypothekengläubiger, wenn nicht spätestens am 1. Oktober 1904 die Beschlagnahme zu seinen Gunsten erfolgt ist.

3. Die Bedingung, daß die Verfügung dem Hypothekengläubiger nachteilig sein müsse (PEigG. § 31), hat das BGB. auch hier nicht aufgenommen.

4. Die Ansprüche aus dem verbundenen Rechte werden nicht schon von der Versteigerungsbeschlagnahme, sondern erst von der Verwaltungsbeschlagnahme erfaßt (ZVG. §§ 21 Abs. 2, 148 Abs. 1). Durch Fahrnispfändung, Arrest und einstweilige Verfügung werden sie ergriffen.

§ 1127.

Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer.

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist.

A. I. **Übersicht.** Nach gemeinem und französischem Rechte war streitig, ob die Forderungen aus der Versicherung von Sachen, die der Hypothek unterworfen sind, von dieser ergriffen werden. Die ältere preuß. Rechtsprechung verneinte eine solche Erstreckung der Hypothek (OTrib. E. 27 S. 1). Die neuere Rechtsentwickelung in Preußen bewegte sich, entsprechend den Forderungen eines gesunden Realkredits, in entgegengesetzter Richtung. Den Anfang machte das Gesetz für Neuvorpommern v. 21. März 1868, nach dessen § 15 den Realberechtigten die ausstehenden Versicherungsgelder für versicherte stehende Früchte aus Versicherungsverträgen des eingetragenen Eigentümers und für abgebrannte oder durch Feuer beschädigte Gebäude hafteten, wenn diese nicht schon wiederhergestellt waren und wenn nicht statutenmäßig die Gelder zur Herstellung verwendet werden mußten. Nach derselben Vorschrift waren Zessionen oder Verpfändungen der Versicherungsgelder zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger ohne Wirkung. Diesem nur für einen kleinen Bezirk geltenden Gesetze folgte das PEigG., das jedoch die hypothekarische Haftung auf Versicherungsgelder für abgesonderte, dem Eigentümer gehörige Früchte und auf das dem Eigentümer gehörige Zubehör ausdehnte (§ 30). Wesentlich in derselben Art ist die Haftung der Versicherungsgelder durch die rhein. G. v. 17. Mai 1884 und v. 12. April 1888 geordnet. Über die Rechtsentwickelung in den anderen deutschen Gebieten vgl. Mot. III S. 659.

Das BGB. hat in Anerkennung eines schwer wiegenden praktischen Bedürfnisses sich gleichfalls für die Erstreckung der Hypothek auf den Versicherungsanspruch entschieden. In den Mot. (III S. 660) wird ausgeführt: Die Sicherheit, die die Hypothek gewährt, sei unvollkommen, wenn sie durch Zufälle, gegen die Versicherung genommen zu werden pflegt, beseitigt oder verringert werden könne. Das Interesse des Realkredits erheische daher, daß an Stelle der vernichteten oder beschädigten Gegenstände die Forderung aus der Versicherung trete. Diese Haftung entspreche auch der Gerechtigkeit, da ihre Verneinung den Erfolg haben könne, daß der Eigentümer aus der Versicherung einen Vorteil erlangt, der sein Interesse an der Erhaltung des versicherten Gegenstandes erheblich übersteigt. Ein nicht hinreichendes Korrektiv hiergegen böten die Gesetze, die im Falle der Gebäudeversicherung den Versicherten zum Wiederaufbau eines abgebrannten Gebäudes verpflichten oder die Zahlung der Versicherungssumme nur zum Zwecke des Wiederaufbaus zulassen. Einen Beweis für die Notwendigkeit einer allgemeinen Erstreckung der Hypothek auf die Forderungen aus der Versicherung biete der Umstand, daß verschiedene Versicherungsgesellschaften ihren Statuten Bestimmungen eingefügt haben, die die Sicherung der Hypothekengläubiger bezwecken.

In der richtigen Erkenntnis, daß den Gegenstand der Haftung nicht die Versicherungsgelder bilden, erstreckt das BGB. § 1127 Abs. 1 die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer. Aber auch materiell weichen die Bestimmungen des BGB. von den erwähnten preuß. Vorschriften in verschiedenen Beziehungen ab.

1. § 30 PEigG. unterwarf der Hypothek die dem Eigentümer des Grundstücks zufallenden Versicherungsgelder; das BGB. bringt klar zum Ausdrucke, daß auch die Forderung aus der Versicherung, die ein Dritter für Rechnung des Eigentümers oder des Eigenbesitzers genommen hat, der hypothekarischen Haftung unterliegt (Prot. VI S. 244). Dies ist z. B. der Fall, wenn der Nießbraucher die Sache nach § 1045 versichert hat.

2. Während das PEigG. zwischen den Ansprüchen aus der Versicherung von Gebäuden und denen aus der Versicherung anderer Gegenstände nur insofern unterscheidet, als es die Haftung für jene ausschließt, wenn die Versicherungsgelder statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen oder verwendet sind, macht das BGB. eine viel tiefer greifende Unterscheidung zwischen diesen beiden Gruppen von Ansprüchen, indem es davon ausgeht, daß der Anspruch aus der Versicherung wegen seiner Surrogatnatur in der rechtlichen Beurteilung den Gegenständen folgen müsse, an deren Stelle er getreten ist. Das Gebäude haftet als wesentlicher Bestandteil (§ 94 Abf. 1) den

Hypothekengläubigern derart, daß der Eigentümer oder Eigenbesitzer darüber zu ihrem Nachteile nicht verfügen kann; daher muß auch der Anspruch aus der Versicherung eines Gebäudes der Verfügung des Versicherten ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Hypothekengläubiger entzogen sein (§ 1128). Dagegen unterliegt der Anspruch aus der Versicherung anderer Gegenstände (als welche vorzugsweise Erzeugnisse und Zubehör in Betracht kommen), wie diese Gegenstände selbst, der freien Verfügung des Eigentümers oder Eigenbesitzers so lange, bis der Anspruch zugunsten der Hypothekengläubiger in Beschlag genommen ist (§ 1129 in Verb. mit § 1124 Abs. 1, 3).

3. Nach dem PEigG. haftete den Hypothekengläubigern nur die Forderung aus der Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr (§ 30), nach BGB. dagegen auch die aus der Versicherung gegen andere Gefahren (z. B. gegen Explosionsgefahr, gegen Hagelschaden, gegen Viehsterben).

4. Die Vorschrift des PEigG., daß die Versicherungsgelder für die Hypothek nicht haften, wenn sie statutenmäßig zur Wiederherstellung verwendet werden müssen oder verwendet sind, bezieht sich nur auf versicherte Gebäude. Das BGB. gibt im § 1130 eine entsprechende Vorschrift für die Forderung aus der Versicherung von Gegenständen aller Art, auf die sich die Hypothek erstreckt, schließt überdies die hypothekarische Haftung nicht schlechthin aus.

5. Endlich hat das BGB. die Bestimmung PEigG. § 31, wonach die (vor einer Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger) erfolgte Abtretung und Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme, nur soweit sie zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit sei, nicht übernommen. Dies ist mindestens für die Frage nach der Beweislast wichtig. Vgl. Anm. 3 S. 48.

II. Die Versicherung der andern Gegenstände (§§ 1129 BGB.) kann gegen alle möglichen Gefahren erfolgen, gegen Feuersgefahr, Hagelschaden, Viehsterben ꝛc.

III. Im Anschluß an den in Anm. IV 1 S. 778 mitgeteilten Abs. 1 verordnet Art. 120 EG. z. BGB. in Abs. 2 Nr. 3:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen unter der gleichen Voraussetzung . . . in den Fällen des § 1128 BGB. . . . der dem Eigentümer zustehende Entschädigungsanspruch von dem einem Dritten an dem Anspruche zustehenden Rechte befreit wird.

Solche Vorschriften bestehen zurzeit in Preußen nicht. Die in Anm. V 2 S. 788 mitgeteilten Motive zu Art. 120 treffen auch auf den Versicherungsanspruch aus § 1128 zu. Die Bestimmung wegen des Versicherungsentschädigungsanspruchs ist erst von der Reichstagskomm. eingefügt. Sie findet nur im Falle der Gebäudeversicherung Anwendung.

IV. Durch den Versicherungsvertrag werden persönliche Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Versicherer und dem Versicherten geschaffen. Hypothekengläubiger kommen in ein persönliches Rechtsverhältnis zum Versicherer nur dadurch, daß sie als Mit- oder Selbstkontrahenten dem Versicherer gegenüber auftreten. Nur unter dieser Voraussetzung erlangen sie z. B. ein selbständiges und unmittelbares Recht auf Mitwirkung bei der Ermittlung und Feststellung des Schadens (RG. Gruch. 25 S. 1077). Die Grundsätze über Verträge zugunsten Dritter (BGB. § 328 ff.) finden nicht Anwendung, weil der Versicherte (wenigstens der Regel nach) nicht zugunsten der Hypothekengläubiger, sondern, um selbst persönliche Ansprüche gegen den Versicherer zu erwerben, die Versicherung nimmt. Das dingliche Recht gibt für sich allein den Hypothekengläubigern nicht die Befugnis, vom Versicherer die Zahlung der Versicherungssumme zu verlangen (wie es an sich, abgesehen vorläufig vom Falle des § 1128 BGB., die Zahlung an den Versicherten nicht hindert), sondern es bedarf dazu eines prozessualen Aktes, durch den die Legitimation der Hypothekengläubiger hergestellt wird (RG. E. 8 S. 169, Bd 25 S. 218). Auch hier reicht dazu die Pfändung oder Beschlagnahme hin (vgl. Anm. 5 S. 799). Ist jedoch in den Versicherungsbedingungen, wie z. B. in den allgemeinen Versicherungsbedingungen des

Verbandes Deutscher Feuerversicherungsgesellschaften, bestimmt, daß der Versicherer, wenn der Entschädigungsanspruch durch die Schuld des Versicherten verloren geht, die Entschädigung, soweit nötig, zur Befriedigung der sämtlichen vor dem Brande eingetragenen Hypothekengläubiger und der andern Realberechtigten zu verwenden hat, so wird dadurch eine nicht bloß vom Ermessen des Versicherers abhängige Vergünstigung in Aussicht gestellt, sondern ein Rechtsanspruch der Gläubiger begründet, den sie durch Klage geltend machen können (RG. das.). Es kommt aber immer auf die Ermittlung der Absicht der Vertragschließenden an (BGB. § 328). Freilich wird bei einem so gearteten Falle der einzelne Hypothekengläubiger nicht Zahlung an sich, sondern nur Verteilung unter die Realgläubiger unter Berücksichtigung des Ranges verlangen können. Anderseits steht ihm weder die Versicherungsbedingung, daß alle nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Brande entweder von der Versicherungsgesellschaft anerkannten oder durch Klage geltend gemachten Ansprüche auf Entschädigung mit dem Ablaufe jener Frist erlöschen, noch der Umstand entgegen, daß er zur Zeit der Klaganstellung infolge der im Anschluß an das Subhastationsverfahren bewirkten Löschung seiner Hypothek nicht mehr imstande ist, der Gesellschaft hypothekarische Rechte abzutreten (RG. E. 8 S. 169).

In dem weitaus wichtigsten Falle der *Gebäudeversicherung* (§ 1128) ist dem Hypothekengläubiger nach Eintritt des Schadens, auch abgesehen von dem eben besprochenen Falle, eine direkte Einwirkung auf die Zahlung der Entschädigungsforderung gegeben, ohne daß vorher eine Beschlagnahme zu seinen Gunsten stattgefunden hat (Abweichung vom bisherigen Rechte; vgl. Turnau 1 S. 737 Anm. 3). Es ist also eine Zahlungssperre eingeführt. Bis zum Ablauf einer bestimmten Frist kann er der Zahlung an den Versicherten oder an dessen Gesamt- und Sonderrechtsnachfolger widersprechen. Ohne seine Einwilligung kann vor Ablauf der Frist nicht gezahlt werden. Nach Ablauf der Frist wird seine Einwilligung angenommen. Sein *Widerspruch* hat die Wirkung, daß der Versicherer an die Hypothekengläubiger und den Versicherten gemeinschaftlich zahlen oder auf Verlangen auch nur eines Beteiligten die Versicherungssumme hinterlegen muß (§ 1281). Ist keine Einigung unter den Beteiligten zu erzielen, so muß die Entscheidung des Prozeßrichters über die Verteilung herbeigeführt werden. Die Rolle des Klägers kann sowohl der einzelne Hypothekengläubiger als auch der Versicherte übernehmen.

V. Die Hypothekengläubiger haben, abgesehen von dem in der vorigen Anm. mitgeteilten Falle, gegen den Versicherer keine weiter gehenden Rechte als der Versicherte. Besteht kein rechtsgültiger Versicherungsvertrag oder hat der Versicherte durch sein Verhalten nach dem Eintritte des Schadens den Anspruch auf die Versicherungssumme verwirkt, so haben auch die Hypothekengläubiger keinen Anspruch gegen den Versicherer.

VI. Der Gläubiger erwirbt bei der Briefhypothek ein dingliches Recht erst durch Eintragung und Übergabe des Hypothekenbriefs oder durch Ermächtigung seitens des Eigentümers des Grundstücks, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (BGB. § 1117). Ist die Erteilung eines Hypothekenbriefs durch Vertrag (§ 1116 Abs. 2) oder durch Gesetz (§ 1185) ausgeschlossen, so vollendet sich der Erwerb durch die Eintragung. *Das einmal erworbene dingliche Recht ergreift den Versicherungsanspruch* sowie die hinterlegte Versicherungssumme, *auch wenn der Erwerb erst nach Eintritt des Schadens erfogt ist* (a. M. nur Schneider im A. f. ziv. Pr. 90 S. 470). Dieselbe Wirkung hat die Vormerkung (§ 883; RG. E. 24 S. 275) unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger den vorgemerkten Anspruch zur Feststellung bringt. Wird der Hypothekengläubiger aus der Versicherungsforderung befriedigt, so wird die Hypothek Eigentümerhypothek (Anm. II 2 zu § 1181).

Nach bisherigem preuß. Rechte ging die Hypothek den Pfändungspfandrechten persönlicher Gläubiger unbedingt vor (Turnau I S. 737 Anm. VIII 2). Im BGB. ist diese Frage nicht einheitlich geordnet. Handelt es sich um die Forderung aus der *Versicherung eines Gebäudes*, so geht die Hypothek vor, da die hypothekarische Haftung erst durch

die Zahlung erlischt. Handelt es sich um die Forderung aus der Versicherung anderer Gegenstände (§ 1129), so ist lediglich die Priorität der Pfändung oder der Beschlagnahme entscheidend. Die Hypothekengläubiger können einer Pfändung, die vor der Beschlagnahme erfolgt ist, nicht widersprechen. Durch Pfändung kann sich auch ein nachstehender Hypothekengläubiger den Vorrang vor vorstehenden Hypotheken in Beziehung auf den Anspruch aus der Versicherung verschaffen.

VII. Fälligkeit der Hypothekenforderung ist nicht Voraussetzung der Beschlagnahme für den Hypothekengläubiger; jedoch kann bei Nichtfälligkeit die Beschlagnahme nur zum Zwecke der Sicherung erfolgen. Die Beschlagnahme im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstücks kann aber auch zur Befriedigung der nicht fälligen Hypotheken führen.

VIII. Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Versicherung besteht den Hypothekengläubigern gegenüber nach dem Gesetze nicht. Sie kann aber durch Vertrag begründet werden. Das Unterlassen der Erneuerung der Versicherung sowie die Nichtzahlung der Versicherungsprämien kann Anwendung des § 1134 BGB. begründen (RG. E. 37 S. 356).

IX. Im übrigen vgl. die Bemerkungen unter D S. 52. Zu erwähnen ist noch,

1. daß die Frage der Priorität der Beschlagnahme der Forderung an eine ausländische Versicherungsanstalt nach dem fremden Rechte zu entscheiden sein würde, daß aber die in Deutschland zugelassenen ausländischen Versicherungsgesellschaften sich regelmäßig den in Deutschland geltenden Gesetzen unterworfen haben, und

2. daß die für das Rechtsmittel der Revision (nach ZPO. § 549; EG. dazu § 12 und V. v. 28. September 1879) wichtige Frage, ob die Versicherungsreglements die Eigenschaft von Gesetzen oder von Verträgen haben, sich nicht allgemein entscheiden läßt. Dem Feuersozietätsreglement von Berlin v. 1. Mai 1794 ist die Eigenschaft eines Gesetzes zuerkannt (RG. E. 13 S. 215), den Reglements der Feuersozietäten für Posen, Ostpreußen und Pommern ist sie dagegen abgesprochen (RG. Gruch. 25 S. 1119, Bd 30 S. 1142, Bd 42 S. 1200).

X. Im Falle der Gebäudeversicherung ist der Versicherer nach § 11 GBO. berechtigt, das Grundbuch einzusehen und Abschrift des Grundbuchblatts zu verlangen.

XI. Wegen der Ansprüche aus der Enteignung ꝛc. vgl. Anm. 3 u. V S. 785 ff.

B. 1. Es ist hier und zu den §§ 1128—1130 auf obige Übersicht und auf die Ausführungen unter D S. 52 ff. zu verweisen.

2. Abweichend vom PEigG. § 30, wird nach dem BGB. auch der Anspruch aus der Versicherung getrennter Früchte, die zur Zeit des Schadenseintritts zwar veräußert, aber vom Grundstücke noch nicht entfernt sind (§ 1121), von der Hypothek betroffen. Forderungen aus der Versicherung getrennter Erzeugnisse oder Bestandteile, sowie aus der Versicherung von Zubehörstücken haften für die Hypothek nicht, wenn die hypothekarische Haftung dieser Sachen nach § 1122 gelöst ist.

3. Die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, sind in den §§ 1120—1126 aufgeführt. Der Gebäude (§ 1128) geschieht dort keine Erwähnung. Sie werden aber, soweit sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind (§ 94), unmittelbar von der Hypothek ergriffen. Sind sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke oder in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke mit dem Grund und Boden verbunden, so sind sie nicht Bestandteile des Grundstücks (§ 95) und ebensowenig, wie sie selbst, haften die Ansprüche aus ihrer Versicherung den Hypothekengläubigern. Hat der Erbbauberechtigte in Ausübung seines Rechtes das Gebäude aufgeführt, so haftet die Versicherungsforderung für das Gebäude nicht den Hypothekengläubigern des Grundstücks, sondern denen des Erbbaurechts nach § 1128.

4. Mit der Wiederherstellung oder der Beschaffung eines Ersatzes erlischt die Haftung der Versicherungsforderung auch dann, wenn sie mit Beschlag belegt ist (Biermann zu § 1127). Ist die Wiederherstellung keine vollständige, der beschaffte Ersatz kein aus-

reichender (§ 1127 Abs. 2), so erlischt insoweit die Haftung der Versicherungsforderung nicht. Darüber, ob die Voraussetzungen des Abs. 2 im Einzelfalle vorliegen, entscheidet der Prozeßrichter. Die Beweislast liegt dem Versicherer ob.

§ 1128.

Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird.

Im übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe.

Literatur: E. Reinbeck. Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden. München 1905.

1. Unter denselben Voraussetzungen, wie an den Versicherten, kann der Versicherer auch an dessen Zessionar oder Pfandgläubiger mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger zahlen.

2. Eine Fahrnispfändung ist auch innerhalb der Monatsfrist zulässig, verleiht aber dem pfändenden Hypothekengläubiger kein Vorrecht vor den anderen Hypothekengläubigern, und mit der Zwangsversteigerungsbeschlagnahme (§ 21 ff. ZVG.) verliert sie rechtlich jede Wirkung, soweit die Beschlagnahme die Versicherungsforderung ergreift (§ 865 ZPO.; vgl. Nr. 6—8 S. 56 ff). Die Forderung haftet den Hypothekengläubigern sofort und nicht etwa erst seit dem Widerspruche (a. M. Schneider im A. f. ziv. Pr. 90 S. 451).

3. Zu § 1128 Abs. 2 vgl. Anm. 4 a S. 53. Es ist Anwendung der für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften verordnet, also der §§ 1280—1290. Danach würde das erhobene Geld mündelsicher anzulegen sein (§ 1288 Abs. 1). Dies ist auch die herrschende Ansicht. Es ist aber nicht einzusehen, wie der Eigentümer dann in der Lage sein sollte, das abgebrannte Gebäude wiederherzustellen.

4. Schneider tritt (im A. f. ziv. Pr. 90 S. 440) der herrschenden Ansicht, daß der Widerspruch *eines* Hypothekengläubigers die Pfandrechte aller Hypothekengläubiger wahre, mit zutreffenden Gründen entgegen (so auch Willenbücher LiegenschR. Nr. 4 zu § 1128).

5. Über die entsprechende Anwendung des § 1128 in den Fällen der Art. 52 ff., 120 EG. z. BGB. vgl. S. 787 f.

§ 1129.

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert, so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1 und des § 1124 Abs. 1, 3.

Hier ist die früher streitige Frage (vgl. Turnau I S. 743 Anm. 7), ob der Versicherer, solange noch keine Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger erfolgt ist, an den Zessionar oder Pfandgläubiger des Versicherten mit Wirkung gegen jene zahlen könne und müsse, in bejahendem Sinne durch die Bezugnahme auf § 1124 Abs. 1 entschieden. Im übrigen vgl. S. 55 Anm. b.

§ 1130.

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

Digitized by Google

Versicherungsbestimmungen, wie sie § 1130 voraussetzt, kommen — soweit bekannt — nur bei Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr vor. Demgemäß dürfte die Ausdehnung auf Versicherungen anderer Gegenstände in § 1130 zurzeit gegenstandslos sein. Im Falle des § 1130 hat der Hypothekengläubiger nicht die Rechte aus den §§ 1280—1290.

Im übrigen vgl. Nr. 5, 6, 8 S. 54 ff.

Anhang zu §§ 1127 bis 1130.

Kollision der Rechte des Hypothekengläubigers auf die Versicherungsforderung mit denen des Nießbrauchers.

I. Fall des § 1127. Ist die Versicherungsforderung zugunsten des Hypothekengläubigers nicht in Beschlag genommen oder seit ihrer Fälligkeit ein Jahr abgelaufen, ohne daß vorher eine Beschlagnahme stattgefunden hat (§§ 1129, 1123 Abs. 2, 1124 Abs. 1), so steht der Auszahlung an den Nießbraucher und (d. h. gemeinschaftlich) den Eigentümer oder der Hinterlegung für beide (§§ 1046, 1077) nichts im Wege, gleichviel ob der Nießbrauch der Hypothek im Range vorgeht oder nicht. Ist das Jahr ohne Beschlagnahme verstrichen, so ist die Versicherungsforderung von der hypothekarischen Haftung frei. Erfolgt die Zahlung oder Hinterlegung zwar innerhalb des Jahres, aber bevor eine Beschlagnahme stattgefunden hat, so ist diese Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam. Auf das gezahlte oder hinterlegte Geld oder die dafür erworbenen Wertpapiere und Forderungen (§ 1079) erstreckt sich das Hypothekenrecht nicht. Ist eine Beschlagnahme innerhalb des Jahres erfolgt, so kommt es darauf an, ob der Nießbrauch oder die Hypothekenforderung älter ist. Ist diese älter, so kommt der Nießbrauch überhaupt nicht in Betracht, es sei denn, daß die Versicherungsforderung größer ist, als die Hypothekenforderung. Ist der Nießbrauch älter, so kann der Hypothekengläubiger verlangen, daß die Zahlung oder Hinterlegung an oder für ihn, den Nießbraucher und den Versicherten gemeinschaftlich erfolgt und das eingezogene Kapital nach §§ 1079, 1288 angelegt und, wie dem Nießbraucher der Nießbrauch, so ihm das Pfandrecht, im Range dem Nießbrauche nachstehend, bestellt wird. Dieses durch die Hypothekbestellung entstandene und durch die Beschlagnahme konservierte Pfandrecht ist für den Hypothekengläubiger von Bedeutung für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs. Bis dahin kann er es nicht geltend machen.

II. Fall des § 1128. Durch Widerspruch gegen die Zahlung an den Versicherten erhält der Gläubiger sein hypothekarisches Recht ebenso und mit denselben Wirkungen, wie im Falle des § 1127 durch rechtzeitige Beschlagnahme. Bei Konkurrenz mit einem im Range nachstehenden Nießbraucher kann er die fällige Hypothekenforderung nach § 1282 durch Einziehung der Versicherungsforderung realisieren, ohne daß es einer Mitwirkung des Eigentümers oder des Nießbrauchers bedarf. Nur auf einen etwaigen Überschuß kann der Nießbraucher Ansprüche nach §§ 1046, 1077 erheben. Ist die Hypothekenforderung noch nicht fällig, so ist sie ohne Zuziehung des Nießbrauchers vom Eigentümer und Hypothekengläubiger gemeinschaftlich einzuziehen und unter Bestellung des Pfandrechts für den Gläubiger anzulegen. Bei Konkurrenz mit einem im Range vorgehenden Nießbrauche regeln sich die kollidierenden Rechte, gleichviel ob die Hypothekenforderung fällig ist oder nicht, ebenso wie im Falle des § 1127.

III. Fall des § 1130. Trotz Widerspruch oder Beschlagnahme ist die nach den Versicherungsbedingungen an den Versicherten zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes geleistete Zahlung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam (a. M. Fuchs Nr. 7 d zu §§ 1127—1130). Dasselbe ist dem Nießbraucher gegenüber anzunehmen, da der Nießbrauch nur an der so bedingten Forderung besteht (a. M. Gierke Iherings J. 40 S. 432).

Digitized by Google

Wird der versicherte Gegenstand wiederhergestellt, so erlöschen Pfand und Nießbrauch an der beigetriebenen Versicherungssumme und an der Kapitalanlage (§§ 1046 Abs. 2, 1127 Abs. 2).

§ 1131.

Wird ein Grundstück nach § 890 Abs. 2 einem anderen Grundstück im Grundbuch zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor.

1. Das PEigG. hatte im § 32 folgende Vorschrift: „Werden nach der Eintragung der Hypothek oder Grundschuld dem verpfändeten Grundstück andere Grundstücke als Zubehör zugeschrieben, so treten diese in die Pfandverbindlichkeit desselben; es gehen jedoch die mitübertragenen Posten des zugeschriebenen Stückes — soweit es sich um Befriedigung derselben aus diesem Stücke handelt — den zur Zeit der Zuschreibung auf dem Hauptgut eingetragenen vor." Hierdurch sollte durch Vermehrung der Sicherheit des Gläubigers der Kredit gestärkt und zugleich die im § 454 I 20 PALR. enthaltene Kasuistik beseitigt werden. Nach § 454 waren nämlich unbewegliche Pertinenzstücke, welche erst nach erfolgter Eintragung aus fremdem Eigentume dem Hauptgute beigefügt werden, dem dinglichen Rechte des Gläubigers nicht mitunterworfen; und nach § 455 bedurfte es einer neuen Eintragung der auf dem alten Gute haftenden Schuld auf das beigefügte Pertinenzstück, um dieses dem Gläubiger von der Zeit der neuen Eintragung an haftbar zu machen. Es lag also in der Willkür des Eigentümers, ob das seinem Grundstück als Zubehör zugeschriebene Stück frei von dem Pfandrecht älterer Gläubiger bleiben solle oder nicht. Dasselbe verordnete der § 14 HypG. v. 21. März 1868 für Neuvorpommern und Rügen. Der § 32 EigG. machte den sofortigen Eintritt des als Zubehör zugeschriebenen Grundstücks nicht mehr davon abhängig, daß der Eigentümer das Zubehörstück aus seinem eigenen und nicht aus fremdem Eigentume hinzufügte. Wenn der Eigentümer ein Grundstück zum Zubehör eines andern erklärte und das erstere dem letzteren ausdrücklich *als Zubehör* zugeschrieben wurde, so war dieses kraft Gesetzes, ohne daß es einer besonderen Eintragungsbewilligung des Eigentümers bedurfte, für die auf dem Hauptgrundstücke bereits eingetragenen Hypotheken und Grundschulden (nicht auch für dingliche Rechte anderer Art, z. B. Nießbrauch) mitverhaftet; jedoch gingen die auf dem Zubehörstücke haftenden Posten, auch wenn sie neueren Datums waren, als die infolge der Zuschreibung das Zubehörstück ergreifenden Posten des Hauptguts, den letzteren vor. Das Hauptgut wurde durch die Zuschreibung des Zubehörstücks von selbst nicht für die mit dem Zubehörstück übertragenen Hypotheken und Grundschulden mitverhaftet. Wurde das Grundstück dem Hauptgute nicht ausdrücklich als Zubehör zugeschrieben, so traten die Rechtsfolgen des § 32 EigG. nicht ein; insbesondere hatte die im § 13 PGBO. zugelassene bloße Vereinigung mehrerer Grundstücke desselben Eigentümers auf einem gemeinschaftlichen Blatte sowie die im § 14 das. für das Formular II vorgeschriebene Eintragung sämtlicher einem Eigentümer zugehörigen Grundstücke unter einem Artikel die Wirkung der Zuschreibung als Zubehör nicht. (Turnau I S. 250.)

2. Das BGB. kennt *unbewegliche* Zubehörstücke nicht, es wendet den Zubehörbegriff nur auf bewegliche Sachen an (§ 97). Soll ein Grundstück zu einem anderen in ein dem Zubehörverhältnis entsprechendes Verhältnis gebracht werden, so kann es nur dadurch geschehen, daß es dem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben wird. Der Entw. I hatte im § 1067 Nr. 1 nur die Bestimmung: „Kraft der Hypothek haftet dem Gläubiger das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande"; eine dem § 1131 BGB. entsprechende Bestimmung war für entbehrlich erachtet, weil das zugeschriebene Grundstück in seiner Eigenschaft als Bestandteil von den am Ganzen begründeten Rechten mitergriffen werde. (Mot. III S. 652.) Diese Konsequenz wurde bei der 2. Lesung nicht gezogen, wohl aus dem Grunde, weil das Gesetz die besondere Belastung der nicht wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks nicht ausschließt (BGB. §§ 93 ff.). Es wurde der mitgeteilte Satz des §§ 1067 Nr. 1 Entw. I gestrichen und an dessen Stelle der § 1131 in das BGB. aufgenommen (vgl. Anm. I 2 S. 234), der sich nur auf Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, nicht auch auf andere Belastungen bezieht.

3. In Anm. II 2 zu § 890 (S. 236) ist schon darauf hingewiesen, daß die Zuschreibung eines Grundstücks als Bestandteil nicht ohne den Antrag des Eigentümers erfolgen darf.

Hierzu verhalten sich nicht als Ausnahmen die Fälle, in welchen bei der Gemeinheitsteilung die Abfindungsgrundstücke als Surrogat in die Stelle und in die hypothekarische Belastung der abgetretenen Grundstücke kraft Gesetzes eintreten (vgl. PGemTeilO. v. 7. Juni 1821 §§ 147, 148 und Bd II Ergänz. III § 1 Nr. IV).

4. Der § 1131 findet ausschließlich bei der sog. Hinzuschlagung (§ 890 Abs. 2), nicht auch bei der Vereinigung (§ 890 Abs. 1) Anwendung. Über die Unterschiede beider Operationen, über deren Voraussetzungen und Wirkungen vgl. die Anm. I 2 und II S. 234 ff.

Wenn auch das Hauptgrundstück mit dem hinzugeschlagenen Grundstück infolge der Zuschreibung nur ein Grundstück bildet, in dem das zugeschriebene Grundstück als unwesentlicher Bestandteil aufgeht, so behält letzteres doch dadurch eine gewisse Selbständigkeit, daß es allein für die Rechte verhaftet bleibt, welche auf ihm bei der Zuschreibung lasteten. Denn der Gläubiger, dem nur das zugeschriebene Grundstück haftet, kann seine Befriedigung aus diesem mit dem Vorrechte vor den Hypotheken des Hauptgrundstücks verlangen und muß daher auch befugt sein, dieses ohne das Hauptgrundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen oder doch dessen Einzelausgebot bei der Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks zu verlangen, und es muß, falls das ganze Grundstück für ein Gesamtausgebot zugeschlagen ist, unter analoger Anwendung des § 112 ZVG. der Erlös auf das Hauptgrundstück und das zugeschriebene Grundstück nach Verhältnis ihrer Werte verteilt werden. (Jaeckel ZVG. Anm. 3 A zu §§ 15, 16; a. M. Hachenburg Vortr. S. 331, Beitr. S. 124 und Altmann S. 38).

5. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Zuschreibung werden durch das Gesetz bestimmt, unter dessen Herrschaft die Zuschreibung erfolgt, die seit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch nach dem 1. Januar 1900 als angelegt anzusehen ist, erfolgte Zuschreibung als Bestandteil also durch den § 1131 BGB., die vorher bis auf den 1. Oktober 1872 zurück erfolgte Zuschreibung als Zubehör in Preußen durch den § 32 EigG., die vor dem 1. Okt. 1872 erfolgte Beifügung von unbeweglichen Pertinenzstücken durch die §§ 454, 455 I 20 PALR. Der Zeitpunkt der Eintragung der Hypotheken auf das Hauptgut ist dabei nicht von Bedeutung; das nach dem 1. Januar 1900 hinzugeschlagene Grundstück tritt in alle, auch in die während der Geltung des PEigG. oder des PALR. begründeten Pfandverbindlichkeiten des Hauptgrundstücks ein.

6. Über den Eintritt der natürlichen An- und Zuwüchse des Grundstücks in die hypothekarische Haftung vgl. Anm. b S. 772.

§ 1132.

Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen.

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung.

Literatur. Walter Lang. Die Gesamthypothek (Arch. f. ziv. Pr. 89 S. 251—340). Biermann, Die Einheitlichkeit der Gesamthypothek (Recht 1905 S. 265).

I. **Übersicht.** 1. Mit diesem § beginnen die Vorschriften über die Gesamthypothek. Sie entsprechen nur zum Teile dem preuß. Rechte. Da die Lehre von der Gesamthypothek im BGB. nicht im Zusammenhange vorgetragen wird, soll hier zunächst eine Übersicht über die Bestimmungen nach Anleitung der Denkschrift (S. 223) unter kurzer Angabe der Neuerungen gegeben werden.

Besteht für die zu sichernde Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken, so haftet jedes der belasteten Grundstücke für die ganze Forderung und kann der Gläubiger

die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem ganz oder zu einem Teile suchen (§ 1132). Diese Regelung steht im Einklange mit dem preuß. Rechte (ALR. I 20 §§ 467, 468; KO. v. 1855 § 56 Nr. 1; G. v. 12. Mai 1869 Art. I § 56 Nr. 1; EigG. v. 1872 § 42; ZVG. v. 1883 § 204). Neu ist die Berechtigung des Gläubigers, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke dergestalt zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet (§ 1132 Abs. 2). Bisher konnte zwar der Gläubiger auf die Mithaft einzelner Grundstücke verzichten, er konnte aber die Korrealhypothek ohne Mitwirkung des Eigentümers nicht in Teilhypotheken umwandeln. Vgl. jedoch Anm. 2 S. 813.

Die Gesamthypothek dient zur Sicherung nur einer Forderung; aber sie selbst ist eine Mehrheit von Hypotheken, und zwar sind so viele Hypotheken vorhanden als belastete Grundstücke. Denn dingliche Rechte werden durch das Rechtsobjekt, an dem sie bestehen, individualisiert. So viele Rechtsobjekte, so viele Rechte. (Biermann im Recht S. 265; a. M. Planck Nr. 4 zu § 1132.) Aber eine gewisse Einheitlichkeit wird durch die Gesamthaftung doch begründet.

Wird der Gläubiger aus einem der belasteten Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek nicht nur an diesem Grundstücke, sondern, wie nach § 42 Abs. 2 PEigG., auch an den übrigen mitbelasteten Grundstücken (§ 1181 Abs. 2). Dieser Grundsatz, welcher früher ohne Beschränkung galt und zur Löschung der Korrealhypothek auf allen verhafteten Grundstücken führte (EigG. § 42 Abs. 2 Satz 2; ZVG. v. 1883 §§ 124 Nr. 2, 125, 122, 152), erleidet jetzt eine Einschränkung in dem Falle, daß die belasteten Grundstücke nicht demselben Eigentümer gehören und der Eigentümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses Ersatz verlangen kann. Weil der zuletzt bezeichnete Eigentümer durch die Befreiung seines Grundstücks von der Hypothek einen unbilligen Vorteil erlangen würde, bestimmt der § 1182 BGB. im Anschluß an die Vorschriften, die für das verwandte Rechtsverhältnis zwischen Gesamtschuldnern (§ 426 Abs. 2, § 401 Abs. 1) gelten, daß die Hypothek an dem dem Ersatzpflichtigen oder dessen Rechtsnachfolger gehörenden Grundstück auf den Ersatzberechtigten kraft Gesetzes übergeht. Die Hypothek des Ersatzberechtigten kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Hypothekenteils und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden (§ 1182 Satz 2).

Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek gelten grundsätzlich auch bei der Gesamthypothek, jedoch ergeben sich aus ihrer besonderen Natur mehrfache Abweichungen. Da die Eigentümerhypothek im BGB. auf durchaus anderer Grundlage geregelt ist als im preuß. Rechte, so finden sich darin kaum Anklänge an dieses.

Ist die durch die Gesamthypothek gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen, oder ist der für eine als Gesamthypothek eingetragene Briefhypothek ausgefertigte Brief dem Gläubiger noch nicht übergeben (Fall des § 1163), so bleibt die Gesamthypothek bestehen und steht als solche dem Eigentümer der belasteten Grundstücke oder, falls diese verschiedenen Eigentümern gehören, den mehreren Eigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1172 Abs. 1), von denen ein jeder das Recht hat, eine angemessene Auseinandersetzung der entstandenen Gemeinschaft herbeizuführen (§ 1172 Abs. 2). Eine Abweichung tritt ein, wenn der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt und infolgedessen die Forderung erlischt (§ 362). In diesem Falle erwirbt der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, ohne Unterschied, ob er zugleich der persönliche Schuldner war oder nicht, die Hypothek an seinem Grundstücke, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1173 Abs. 1 Satz 1). Nur dann, wenn der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, geht, entsprechend der Vorschrift des § 1182 (vgl. oben Abs. 3), in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers auf ihn

über, jedoch mit der aus dem Zwecke der Gesamthypothek sich ergebenden und zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte gebotenen Beschränkung, daß die Hypothek mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek bleibt (§ 1173 Abs. 2). Mit Rücksicht auf die Gewohnheiten des Verkehrs trifft § 1173 Abs. 1 Satz 2 die Bestimmung, daß es der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichsteht, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers eines der belasteten Grundstücke vereinigen.

Der § 1174 ergänzt für den Fall der Gesamthypothek die dem Schutze des persönlichen Schuldners dienenden Vorschriften des § 1164. Stand dem von dem persönlichen Schuldner befriedigten Gläubiger eine Gesamthypothek zu, so geht nach § 1174, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsnachfolger Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf den Schuldner über, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Die Vorschrift des § 1175 Abs. 1 Satz 1, derzufolge die Gesamthypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufällt, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet, entspricht der für die Einzelhypothek geltenden Regel des § 1168 Abs. 1 sowie dem im § 1172 für die Gesamthypothek ausgesprochenen Grundsatze. Dagegen findet die Regel, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet (§ 1168 Abs. 1), keine Anwendung, wenn der Verzicht sich auf die Hypothek an einem der mitbelasteten Grundstücke beschränkt; vielmehr erlischt in diesem Falle die Hypothek an dem Grundstücke (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Dasselbe wie im Falle des Verzichts gilt nach § 1175 Abs. 2, wenn der Gläubiger nach § 1170 im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird, sowie nach § 418 Abs. 1 Satz 2, wenn infolge einer Schuldübernahme das Recht des Gläubigers aus der Hypothek erlischt.

In der 2. Kommission wurde allseitig anerkannt, daß die Gestaltung der Vorschriften über die Gesamthypothek im wesentlichen der Gerechtigkeit entspreche. Von einer Seite wurde jedoch bemerkt, daß diese Vorschriften dermaßen verwickelt und so schwer zu handhaben seien, daß man fürchten müsse, sie würden sich in der Praxis nicht bewähren und wegen der vielfach möglichen Mißverständnisse im einzelnen Falle doch nicht in dem erwarteten Maße der Gerechtigkeit dienen. Diese Auffassung fand indessen keinen Anklang, man war vielmehr der Meinung, daß die große Mehrheit der Fälle auf Grund der beschlossenen Vorschriften richtig und gerecht entschieden werden würde. Wenn, wie allerdings nicht zu bestreiten, Fälle denkbar seien, in denen dies nicht zutreffe, so hänge das mit der verwickelten Natur der einschlägigen Verhältnisse zusammen. Jedenfalls verdiene es den Vorzug, Vorschriften zu geben, welche für den weitaus größten Teil der Fälle als richtig anerkannt werden müßten, als im Gesetzbuche ganz zu schweigen und dadurch in wichtigen und häufigen Fällen eine ungerechte Entscheidung herbeizuführen. (Prot. III S. 637 V.)

2. Die Vorschriften des BGB. über Gesamthypotheken finden nur insoweit Anwendung, als die mehreren verhafteten Grundstücke im Inlande liegen, also jenen Vorschriften unterworfen sind. Denn nur da, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, tritt das Liegenschaftsrecht des BGB. in Kraft (EG. z. BGB. Art. 189). Dessen Anwendung ist daher ausgeschlossen in dem Auslande als einem Gebiete, wo die Anlegung des Grundbuchs im Sinne des Art. 186 EG. z. BGB. nicht erfolgen kann. Wird z. B. der Gläubiger einer Hypothekenforderung, für die neben mehreren in Baden belegenen Grundstücken ein Grundstück in der Schweiz verhaftet ist, aus dem Schweizer Grundstücke befriedigt, so werden die Grundstücke in Baden von der Hypothek nicht kraft Gesetzes (BGB. § 1181 Abs. 2) frei, sondern es bedarf zur Löschung auf diesen Grundstücken der Löschungsbewilligung des Gläubigers.

II. 1. Eine Gesamthypothek entsteht, wenn eine Hypothek für dieselbe Forderung auf mehreren selbständigen, auf einem Grundbuchblatte vereinigten (GBO. § 4) oder auf verschiedenen Blättern eingetragenen Grundstücken desselben Eigentümers oder verschiedener

Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Auf dem Blatte eines jeden Grundstücks ist die Mitbelastung der übrigen zu vermerken (GBO. § 49). Ob die Eintragung auf sämtlichen verpfändeten Grundstücken oder zunächst nur auf einem oder auf einzelnen zu erfolgen hat, hängt von der Einigung des Schuldners mit dem Gläubiger (§ 873) ab. Zur Entstehung der Gesamthypothek genügt die Eintragung auf zwei Grundstücken. Entspricht die vom Eigentümer bewirkte Eintragung der getroffenen Einigung nicht, so kann der Gläubiger die Annahme der Hypothek und die Zahlung der Valuta verweigern oder gegen den oder die Eigentümer auf Berichtigung oder Vervollständigung der Eintragung klagen, falls ihm die Eintragungsbewilligung der Eigentümer nicht ausgehändigt und er daher nicht in der Lage ist, die Eintragung selbst zu veranlassen (GBO. §§ 19, 13 Abs. 2). Durch die Teilung des belasteten Grundstücks in mehrere selbständige Flächenabschnitte wird aus der bisherigen Einzelhypothek eine Gesamthypothek, so oft nicht infolge von Enthaftung nur ein Flächenabschnitt verhaftet bleibt oder die Hypothek auf die einzelnen Flächenabschnitte in der Weise verteilt wird, daß jeder Abschnitt nur für den ihm zugeteilten Betrag haftet (wie hier München im Recht 1903 S. 151; a. M. nur Eccius in Gruch. 46 S. 728; vgl. auch Anm. 4 und über die Enthaftung auf Grund von Unschädlichkeitszeugnissen Anm. IV S. 778 ff.). Der auf Rechtsgeschäft und Gesetz (BGB. § 648) beruhende Anspruch auf Bestellung einer Gesamthypothek kann, wenn die Voraussetzungen des § 885 BGB. oder des § 895 ZPO. vorliegen, auf allen Grundstücken, auf die sich der Anspruch erstreckt, vorgemerkt werden.

Die Begründung einer Gesamthypothek im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück ist durch § 867 Abs. 2 und § 932 Abs. 2 ZPO. in der Regel ausgeschlossen (vgl. Anhang A III 5 hinter § 1190 BGB.).

2. Bei der Belastung mehrerer Grundstücke mit einer Gesamthypothek muß die Belastung gleichartig sein. Die Gesamthypothek darf nicht auf dem einen Grundstück als gewöhnliche Hypothek, auf dem anderen als Sicherungshypothek eingetragen werden, weil beide Belastungsarten im Wesen grundsätzlich verschieden sind. (KG. RJA. 2 S. 94; Gierke SR. S. 935 A. 3.) Dies bezieht sich jedoch nur auf Vertragshypotheken; dagegen ist es statthaft, für dieselbe Forderung, für welche eine Vertragshypothek besteht, auf ein anderes Grundstück des Schuldners eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung eintragen zu lassen. Auch in diesem Falle ist die Mitbelastung auf jedem der betroffenen Grundstücke erkennbar zu machen (KG. RJA. 3 S. 211, JW. 27 S. A 142). Ist die Eintragung erfolgt, weil dem Grundbuchamt unbekannt war, daß die Hypothek und die Sicherungshypothek für dieselbe Forderung mit der aus den Eintragungsbewilligungen nicht ersichtlichen Verabredung bestellt worden ist, was aus dem einen der Grundstücke zur Befriedigung des Gläubigers wegen der Hypothek gezahlt werde, könne aus dem anderen Grundstücke wegen der Sicherungshypothek nicht beigetrieben werden, so kann der Schuldner nicht lediglich deshalb, weil die Eintragung als Gesamtbelastung unzulässig gewesen sei, die Bewilligung der Löschung der einen oder der anderen Hypothek vom Gläubiger verlangen. Das RG. hat dies für einen Fall ausgesprochen, wo die Gesamtbelastung materiell in der Weise begründet war, daß zur Sicherung derselben Forderung auf dem einen Grundstücke des Schuldners eine Hypothek und unabhängig davon auf einem anderen Grundstücke desselben eine Grundschuld, sei es für den nämlichen Gläubiger auf beiden Grundstücken oder die Hypothek für den Gläubiger und die Grundschuld für einen anderen, mit jener (nicht eingetragenen) Verabredung eingetragen ist. (V 369. 1900.) Diese nach dem bisherigen preuß. Rechte ergangene Entscheidung ist auch nach dem neuen Rechte noch anwendbar. Dem Begriffe der Gesamthypothek widerstrebt es auch, daß sie auf dem einen Grundstück als Buch-, auf dem anderen als Briefhypothek eingetragen wird. Denn die Gesamthypothek kann wie zur Sicherung nur einer Forderung, so auch zur Sicherung nur eines Gläubigers dienen. Würde sie nun auf dem einen Grundstücke als Brief-, auf dem anderen als Buchhypothek eingetragen, so würde sie als Briefhypothek vom Gläubiger erst mit der Übergabe

des Briefes erworben werden (§ 1117), als Buchhypothek aber schon mit der Eintragung und in der Zwischenzeit würde sie als Briefhypothek dem Eigentümer, als Buchhypothek dem Gläubiger zustehen. Ein ähnlicher Zustand würde sich im Falle der Abtretung ergeben (§ 1154). (Biermann im Recht S. 265.) Vgl. auch Anm. 5 zu § 1173.

3. Das Recht des Gläubigers ist nicht darauf beschränkt, aus allen Grundstücken, welche ihm haften, nach dem Verhältnisse des Wertes jedes einzelnen seine Befriedigung zu suchen; vielmehr kann er nach seiner Wahl aus allen Grundstücken oder aus einigen oder einem von ihnen Befriedigung verlangen (anders nach § 1230 beim Pfandrecht). Weder die gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubiger noch der Eigentümer des Grundstücks, auf welches die Wahl des Gläubigers gefallen ist, sind berechtigt, den Gläubiger anzuhalten, aus jedem der von der Hypothek ergriffenen Grundstücke einen verhältnismäßigen Teil der Forderung beizutreiben. Aus dem Satze 1 des § 1132 folgt zweifellos, daß der Gläubiger nicht verpflichtet ist, sich mit irgend jemand, dem er sich nicht verbindlich gemacht hat, in eine Erörterung darüber einzulassen, was sein Interesse bei der Verfolgung seines dinglichen Rechtes erheischt. Hätte das Gesetz durch positive Vorschrift eine solche Verpflichtung geschaffen, so würde es dem Realkredit einen schlechten Dienst geleistet haben, weil es die Rechtsverfolgung des Gläubigers Weiterungen ausgesetzt hätte, die geeignet gewesen wären, die Neigung zur Anlegung von Kapitalien in Hypotheken auf kleinere bezw. geringwertige, nur vermöge der Gesamthaft beleihungsfähige Grundstücke erheblich abzuschwächen. (Mot. III S. 684 Nr. 4.)

Der Gläubiger ist insbesondere befugt, auf die Mithaft einzelner Grundstücke zu verzichten und der Eigentümer des aus der Mithaft entlassenen Grundstücks ist nicht behindert, die Gesamthypothek auf seinem Grundstücke zur Löschung zu bringen; denn die Hypothek war schon infolge des Verzichts des Gläubigers auf diesem Grundstück erloschen (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Wie der Gläubiger auf das ganze Recht der Befriedigung aus dem einen Grundstücke verzichten kann, so kann er auch auf sein Vorrecht verzichten und dadurch dem vorgestellten Hypothekar zur Befriedigung aus dem Grundstück an seiner Stelle verhelfen. Dazu bedarf es nur der Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers (§ 880). Insoweit ist das bisherige Recht (PRefk. v. 5. Februar 1819, Jahrb. 13 S. 43; RG. E. 16 S. 244, Gruch. 35 S. 1020) nicht geändert. Der Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks, welcher den Gläubiger befriedigt hat, ist aber nicht mehr berechtigt, die Post auf seinem Grundstück allein löschen zu lassen und sie sich auf den übrigen zu erhalten; denn nach § 1173 erwirbt der befriedigende Eigentümer die Hypothek nur an *seinem* Grundstücke, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Durch die Löschung an seinem Grundstücke würde also die Hypothek vollends aufgehoben werden. Über Zinserhöhung auf nur einzelnen der verhafteten Grundstücke vgl. Nr. 3 Abs. 1 S. 765.

4. Die Bestimmung § 1132 Abs. 1 Satz 2 kommt auch bei der Kaufgelderverteilung im Zwangsversteigerungsverfahren zur Anwendung (ZVG. § 122). Sind mehrere für die Hypothek haftenden Grundstücke in demselben Verfahren versteigert worden (das. § 18), so hat der Gläubiger die Wahl, aus welcher der für die einzelnen Grundstücke gebildeten Kaufgeldermassen und in welcher Höhe er aus jeder befriedigt werden will. Der Gläubiger kann auch (wie früher; OTrib. E. 24 S. 100, Arch. 50 S. 119; RG. E. 16 S. 164, Bd 36 S. 308, JMBl. 97 S. 114), wenn nur eines der mithaftenden Grundstücke zwangsversteigert ist, auf Befriedigung aus der Kaufgeldermasse verzichten und demnächst seine ganze Forderung gegen den Besitzer eines anderen mithaftenden Grundstücks geltend machen. Es macht hierin auch keinen Unterschied, daß der Gläubiger das zuerst zwangsversteigerte mithaftende Grundstück erstanden und die Kaufgelder auf nacheingetragene, auf diesem Grundstücke allein für ihn haftende Posten verrechnet hat. Übt der Gläubiger das ihm bei der Zwangsversteigerung der mehreren Grundstücke in *einem* Verfahren zustehende Wahlrecht nicht aus, so ist von Amts wegen bei jedem einzelnen Grundstücke nur ein nach

dem Verhältnisse der Erlöse zu bestimmender Betrag in den Teilungsplan aufzunehmen, wobei der Erlös unter Abzug des Betrags der dem Anspruche des Gesamthypothekars vorgehenden Ansprüche berechnet wird (ZVG. § 122 Abs. 1). Dies findet jedoch nur Anwendung, wenn das Bargebot berichtigt wird. Unterbleibt infolge der Nichtberichtigung des Bargebots die Zahlung eines auf den Anspruch des Gläubigers zugeteilten Betrags, so ist der Anspruch bei jedem Grundstück in Höhe dieses Betrags in den Verteilungsplan aufzunehmen; der Korrealgläubiger kann aus jeder Barmasse volle Befriedigung verlangen und erhält, soweit er nicht befriedigt wird, eine Hypothek auf dem Grundstücke des Erstehers, der das Bargebot nicht berichtigt hat (ZVG. § 122 Abs. 2, §§ 118, 128).

In einer andern Richtung ist der Grundsatz des § 1132 Abs. 1 Satz 2 für das Zwangsversteigerungsverfahren abgeschwächt. Ist eine Gesamthypothek, weil sie dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht, in das geringste Gebot aufzunehmen (ZVG. § 44), so ist auf Antrag des betreibenden Gläubigers, des Eigentümers oder eines gleich- oder nachstehenden Berechtigten die Gesamthypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots für das einzelne Grundstück nur zu dem Teilbetrage zu berücksichtigen, der dem Verhältnisse des Wertes des Grundstücks zum Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht. Um solche Verteilung abzuwenden, kann der Gläubiger der Gesamthypothek bis zum Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermine verlangen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebots für die Grundstücke nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden, daß er selbst also aus dem Bargebote befriedigt werde. In diesem Falle sind die Grundstücke doppelt auszubieten: einmal mit der Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke, wobei die Gesamthypothek im geringsten Gebote verbleibt, also von den Erstehern in den festgestellten Teilbeträgen zu übernehmen ist, sodann mit der aus dem Bargebote zu befriedigenden Gesamthypothek. Der Korrealgläubiger hat zu bestimmen, welches Ausgebot für die Erteilung des Zuschlags maßgebend sein soll. Erklärt er sich der Aufforderung des Gerichts ungeachtet darüber nicht, so verbleibt es bei der Feststellung des geringsten Gebots unter Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke (ZVG. § 64). Hierdurch wird der Korrealgläubiger, den Vorschriften des § 1132 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 zuwider, gezwungen, entweder eine gute Hypothek gegen Zahlung aufzugeben, möglicherweise auch einen Ausfall zu erleiden, den er beim Verkaufe zu anderer Zeit vermieden hätte, oder sich der Verteilung seiner Forderung auf die einzelnen mithaftenden Grundstücke nicht etwa gemäß seiner eigenen Bestimmung (§ 1132 Abs. 2), sondern nach den vom Richter dem Wertverhältnisse der Grundstücke entsprechenden Teilbeträgen zu unterwerfen. (Eccius in Gruch. 41 S. 219, Lang S. 273—291, Jaeckel ZVG. Nr. 5 zu § 64.)

Wird der einer Gesamthypothek nacheingetragene Gläubiger dadurch gefährdet, daß gerade aus dem ihm verhafteten Grundstücke der Gläubiger der Gesamthypothek im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung sucht, so kann er sich dadurch helfen, daß er gemäß §§ 1150, 268 BGB. die Gesamthypothek durch Befriedigung des Gläubigers erwirbt.

Die Rechte aus § 1132 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 stehen *jedem* Hypothekengläubiger, nicht etwa nur dem zu, der die Zwangsversteigerung betrieben hat (München im Recht 1903 S. 401).

5. Steht das Pfandgrundstück im *Miteigentume* mehrerer, so kommen die Miteigentumsanteile nicht in Betracht, wenn nicht diese Anteile, sondern das Grundstück selbst Gegenstand der Belastung ist. Die auf solchen Grundstücken eingetragene Hypothek ist keine Gesamthypothek, weil nur *ein* Grundstück verhaftet ist; nicht durch die Mehrheit der Eigentümer, sondern nur durch die Mehrheit der Grundstücke wird eine Gesamthypothek begründet. Wenn der eine Miteigentümer den Gläubiger befriedigt oder für seinen Anteil Verzicht erhält, treten die für diese Fälle bei einer Gesamthypothek bestimmten Rechtsfolgen nicht ein. Vielmehr gilt dann die Gesamtheit der Miteigentümer als *ein* Eigentümer. Ist dagegen nicht das Grundstück selbst, sondern sind die Miteigentumsanteile, die sich in dem

Eigentume verschiedener Personen befinden, für dieselbe Hypothek verpfändet, so entsteht durch die Eintragung derselben Hypothek auf die Miteigentumsanteile eine Gesamthypothek und es gestalten sich die Rechtsverhältnisse so, als ob die Hypothek auf so vielen verschiedenen Grundstücken hafte, als Miteigentumsanteile vorhanden sind. Es folgt dies mit Notwendigkeit aus § 1114, wodurch der Anteil eines Miteigentümers inbezug auf seine Belastung dem Grundstücke (§ 1113) gleichgestellt wird. Tritt z. B. der Alleineigentümer ein Drittel seines Grundstücks als Miteigentumsanteil an einen anderen ab, so wird dadurch die bisher auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothek zu einer Gesamthypothek, für welche nunmehr die entstandenen Miteigentumsanteile haften. Derselbe Erfolg tritt ein, wenn der Miteigentümer zu einem Drittel seinen Anteil für die auf dem Anteile des andern Miteigentümers zu zwei Dritteln haftende Hypothek zur Mithaft eintragen läßt. Eine Gesamtheit tritt aber immer nur ein, wenn die Miteigentumsanteile verschiedenen Personen zustehen. Erweitert sich der Anteil des Miteigentümers zu einem Drittel durch den Erwerb eines zweiten Drittels zu einem Zweidrittel-Anteile und wird der erworbene Eindrittel-Anteil in die Mithaft für die auf dem zuerst besessenen Eindrittel-Anteil einbezogen, so haften fortan für die Hypothek nicht zwei gesonderte Eindrittel-Anteile, sondern ein ungeteilter Zweidrittel-Anteil und es ist eine Gesamthypothek nicht entstanden. (Biermann Nr. 1, Planck Nr. 1 a, Kober Nr. 1 3 zu § 1132, KG. JW. 30 S. A 258, Lang S. 253; a. M. Fuchs S. 433.)

Nach Ansicht des KG. (JW. 30 S. A 258) kann der Gläubiger einer auf einem ganzen, im Miteigentume stehenden Grundstücke haftenden Hypothek die Löschung auf nur *einem* Miteigentumsanteile bewilligen, und ist die Löschung auf Antrag des einen Miteigentümers zu bewirken, ohne daß es der Einwilligung der übrigen Miteigentümer bedarf.

6. Der einheitliche Zweck der zur Gesamthypothek verbundenen Hypotheken bringt die Beschränkung mit sich, daß die Hypotheken an den mit dem Rechte des Gläubigers belasteten Grundstücken immer nur zu dem einmaligen Betrage der Gesamthypothek geltend gemacht werden dürfen; denn die Gesamthypothek hat, wie jede andere Hypothek, lediglich den Zweck, dem Gläubiger wegen *einer* Geldforderung Befriedigung zu sichern, und ist die Befriedigung erfolgt, so ist die Gesamthypothek ihrem Wesen und Inhalte nach erschöpft. Die Belastung jedes einzelnen der verhafteten Grundstücke steht unter der auflösenden Bedingung, daß sie erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem andern der mitverhafteten Grundstücke erlangt. Dies bestimmt § 1181. Alle Verfügungen, welche darauf abzielen, eine Vervielfältigung der Forderung herbeizuführen, sind nichtig. Der Gläubiger darf also nicht die Hypothek zu ihrem vollen Betrag an dem einen Grundstück abtreten, an dem andern für sich behalten; er darf nicht die Hypothek zu ihrem vollen Betrag an den mehreren Grundstücken an mehrere Zessionare abtreten. Wird die Forderung vom Gläubiger gemäß § 1132 Abs. 2 auf die einzelnen Grundstücke verteilt, so darf die Gesamtsumme der Teilbeträge den Betrag der ungeteilten Forderung nicht übersteigen. Dieselbe Schranke besteht, wenn die Eigentümer, denen gemäß § 1172 die Gesamthypothek gemeinschaftlich zusteht, diese auf die einzelnen Grundstücke verteilen. Eine Verdoppelung des Betrags der Gesamthypothek tritt nur im Falle des § 1182 ein. (KG. JW. 21 S. A 170.)

7. Aus den Grundsätzen im § 1132 Abs. 1 (vgl. Anm. 3) ergibt sich, daß der Gläubiger den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke verteilen und dadurch die Gesamthypothek in Einzelhypotheken umwandeln darf. Diese Berechtigung des Gläubigers ist nicht, wie § 1172 Abs. 2 für die Teilung der Eigentümerhypothek vorschreibt, dadurch beschränkt, daß der für das einzelne Grundstück zu bestimmende Teilbetrag nach dem Verhältnisse des Wertes des einzelnen Grundstücks zum Werte der sämtlichen Grundstücke bemessen werden muß. Da neben dem Gläubiger kein Berechtigter vorhanden ist, der die Verfügung des Gläubigers beeinflussen dürfte, so genügt für die Vollziehung der Verteilung, daß der Gläubiger seine Erklärung darüber dem Grundbuchamt oder den Eigentümern der belasteten Grundstücke gegenüber abgibt und daß auf allen Grundstücken der

Gesamthaftvermerk und auf den einzelnen Grundstücken der nicht auf diese verteilte Betrag gelöscht wird (§ 1132 Abs. 2 Satz 2, § 875). Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zur Verteilung der Zustimmung des Dritten (§ 1132 Abs. 2 Satz 2, § 876). Der über die Gesamthypothek vorhandene Brief wird unbrauchbar gemacht und an dessen Stelle für jedes Grundstück über den ihm zugeteilten Betrag ein neuer Brief erteilt (GBO. §§ 59, 64, 68, 69). Die zu löschenden Beträge sind nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek. Die Verteilung der Hypothek ist nicht Aufhebung im Sinne des § 1183 BGB., sondern Verzicht im Sinne des § 1175 Abs. 1 Satz 2 (Sekler, S. 26, sieht sie als Inhaltsänderung an, die der Gläubiger abweichend vom § 877 einseitig vornehmen kann). Zur Eintragung der erforderlichen Löschungsvermerke im Grundbuche bedarf es nicht der Zustimmung des Eigentümers, da das teilweise Erlöschen kraft Gesetzes eintritt und der Eigentümer daher nicht von der Löschung betroffen wird (GBO. § 13 Abs. 2, § 19). Nicht der § 27 sondern der § 49 Abs. 2 GBO. kommt zur Anwendung. Der Einwand Obernecks (Z. f. d. D. NotVer. 1902 S. 12), daß das teilweise Erlöschen erst mit der *Eintragung* der Verteilung eintrete, beweist nichts. Der Grundbuchrichter hat die Löschung zugleich mit der Eintragung der Verteilung von Amts wegen zu bewirken (so auch Fuchs Nr. 3 zu § 1132), sonst würde das Grundbuch unrichtig werden. Wird der Teilbetrag eingetragen und die Gesamthaft gelöscht, so erweist sich ohne weiteres der überschießende Betrag der Hypothek als hinfällig. Die Löschung ist demnach ein Bestandteil des im § 49 Abs. 2 GBO. vorgeschriebenen Vermerks. (Fuchs S. 434 Nr. 3, Frick im Recht 6 S. 175, Kober Nr. III b zu § 1132; a. M. KG. RJA. 2 S. 240, Planck Nr. 3 b zu § 1132, Kretzschmar 1 S. 377; dagegen Jacubezky in Gruch. 46 S. 65; vgl. auch KG. RJA. 4 S. 269, Biermann SR. Nr. 4 zu § 1132, Oberneck in Zeitsch. d. NotVer. 2 S. 12, 191). — Dem Gesamthypothekengläubiger, dem mehr als zwei Grundstücke haften, steht auch das Recht zu, die Forderung so zu verteilen, daß das eine Grundstück für einen bestimmten Betrag allein haftet, während die übrigen Grundstücke für den überschießenden Betrag gesamtverhaftet bleiben (a. M. Lang S. 297). Es ist dann ebenso zu verfahren wie bei der Verteilung der Hypothek auf alle einzelnen Grundstücke zu bestimmten Beträgen, nur bleibt bei den Grundstücken, die in Gesamthaft bleiben, der auf diese Grundstücke bezügliche Mithaftungsvermerk bestehen. Es sind also auf dem einen Grundstücke der den zugeteilten Betrag überschießende Betrag sowie der Mitverhaftungsvermerk, auf den übrigen Grundstücken der jenem Grundstücke zugeteitte Betrag und der Vermerk der Mithaftung jenes Grundstücks zu löschen.

8. Überall da, wo der Veränderung des Inhalts der Hypothek der Eigentümer zustimmen muß (vgl. Nr. 2 a—d S. 685 f.), bedarf es bei einer Gesamthypothek der Zustimmung der Eigentümer sämtlicher verhafteten Grundstücke. Zur Änderung des Rangverhältnisses (BGB. § 880) oder einer Zinserhöhung auf nur einem der mitverhafteten Grundstücke ist aber auch nur die Zustimmung des Eigentümers dieses Grundstücks erforderlich (vgl. Anm. 3 Abs. 1 S. 765).

9. Durch ihre Belastung mit derselben Hypothek werden mehrere selbständige Grundstücke nicht zu einer rechtlichen Einheit verbunden, sie werden nicht zu *einer* Sache im Sinne des § 36 Nr. 4 ZPO. Es findet deshalb in den Fällen, wo die Grundstücke in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen sind, zum Zwecke der Erhebung der Klage gegen die oder den Eigentümer der verhafteteten Grundstücke im dinglichen Gerichtsstande die Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht statt; vielmehr muß bei einem jeden der zuständigen Gerichte eine besondere Klage erhoben werden (RG. JW. 1901 S. 387 f.). Dagegen kann die Zwangsversteigerung der mehreren verhafteten Grundstücke in demselben Verfahren vor dem zum Vollstreckungsgerichte von dem höheren Gerichte bestellten Amtsgerichte erfolgen (ZVG. §§ 18, 2 Abs. 2). (RG. E. 25 S. 394, Gruch. 45 S. 1087.)

§ 1133.

Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt worden ist. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

I. „Das geltende Recht gewährt dem Gläubiger Schutz gegen Einwirkungen auf das Grundstück, durch welche die Sicherheit der Hypothek in Frage gestellt wird. Ein gewisser Schutz liegt bereits darin, daß derjenige, welcher das Grundstück beschädigt, z. B. das Haus in Brand gesteckt hat, den von ihm verschuldeten Schaden ersetzen muß. Die Frage aber, ob und inwiefern der Ersatzanspruch von dem Hypothekengläubiger verfolgt werden kann, ist nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zu entscheiden (vgl. BGB. §§ 823 ff.). In dieses Gebiet gehört auch der Fall, wenn der Pfandbesteller durch Vertrag oder Testament zur Gewährung eines bestimmten Maßes von Sicherheit verpflichtet und dieses Maß nach Eintragung der Hypothek vermindert wird (vgl. PALR. I 20 § 23). Mehr absolut und allgemein dagegen ist der Schutz, welchen die Hypothek vermöge ihrer dinglichen Natur zu beanspruchen hat, wenn ihr Gegenstand sich verschlechtert. Nach röm. Rechte kann der Gläubiger unter Umständen eine Kaution verlangen (Dig. V. 1 L. 41) oder, wenn es sein Interesse erheischt, noch vor der Fälligkeit seiner Forderung mittels der actio hypothecaria sich in den Besitz der verpfändeten Sache setzen (Dig. XX. 1 L. 14 pr.). Die Landesgesetze, welche diesen Gegenstand behandeln, schützen den Gläubiger meist in doppelter Weise, einmal durch gerichtliche Maßregeln, welche einer weiteren Gefährdung der Sicherheit entgegentreten, sodann durch Zulassung des hypothekarischen Anspruchs vor der Verfallzeit. So namentlich das PALR. I 20 §§ 441, 442 und das EigG. v. 1872 § 50. Nach dem französ. Bürg. GesBuch Art. 1188 und 2131 hat dagegen der Gläubiger jenes Recht, falls der Eigentümer es nicht vorzieht, die verringerte Sicherheit zu ergänzen. „Ein praktisches Bedürfnis für derartige Bestimmungen ist unleugbar vorhanden, da die Hypothek an Anziehungskraft auf das Kapital erhebliche Einbuße erleiden würde, wenn ihre Sicherheit durch Verschlechterung des Grundstücks gefährdet werden könnte, ohne daß das Gesetz, soweit es dazu imstande ist, dem Gläubiger zu Hilfe käme. Die Landesgesetze gehen meist von dem Falle aus, in welchem die Sicherheit der Hypothek eine Minderung erlitten hat oder doch die Verschlechterung des Grundstücks, durch welche sie gefährdet wird, bereits eingetreten ist. Der weitere Fall dagegen, wenn eine solche Verschlechterung nur erst droht, wird nicht besonders behandelt, so daß es unklar bleibt, ob und inwieweit auch in diesem Falle der Gläubiger rechtlich geschützt wird." (Mot. III S. 668.)

Das BGB. hält beide Fälle auseinander und regelt jeden von ihnen besonders; den Fall der bereits eingetretenen Verschlechterung des Grundstücks im § 1133, den Fall der nur drohenden Verschlechterung im § 1134; im § 1135 trifft es Bestimmungen für die Verschlechterung oder ordnungswidrige Entfernung von Zubehörstücken.

II. 1. Nach PALR. I 20 § 441 war der Gläubiger berechtigt, wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen der Substanz die Sicherheit schmälerte, noch vor der Verfallzeit Befriedigung zu fordern. Das PEigG. § 50 hat diese Voraussetzungen verändert; es verlangte zur Begründung des Anspruchs auf Befriedigung vor der Verfallzeit nur „erhebliche Verschlechterung des Grundstücks, durch welche die Sicherheit des Gläubigers gefährdet wird", also nicht erhebliche Substanzverringerungen, die der Besitzer vorgenommen hat. Voraussetzung des dem Gläubiger durch § 1133 BGB. eingeräumten Rechtes ist, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks bereits eingetreten und daß die Forderung noch nicht fällig ist.

2. Darauf, ob die Verschlechterung des Grundstücks durch eine Handlung des Eigentümers oder eines Dritten (z. B. eines Pächters) oder durch Zufall (Brand, Windbruch, Überschwemmung) herbeigeführt, ob sie beabsichtigt oder verschuldet ist, kommt es nicht an (vgl. jedoch Anm. 10). Der Ausdruck „gefährdet" schließt nicht eine Beziehung auf den Schuldner, auf eine Absicht desselben in sich, hat

vielmehr nur eine objektive Bedeutung. Ist z. B. durch den Abbruch eines verpfändeten Hauses die Sicherheit der Hypothek beeinträchtigt, so hat der Gläubiger, um die Rechte aus §§ 1133 auszuüben, nicht noch den Nachweis zu führen, daß der Eigentümer nicht des Willens oder des Vermögens sei, das abgebrochene Haus wieder aufzuführen. Die Befugnis des Gläubigers entspringt aus seinem Hypothekenrechte, welches das ganze Grundstück mit allen seinen Bestandteilen, namentlich mit den darauf errichteten Gebäuden umfaßt. Es ist zwar möglich, daß der Abbruch des verpfändeten Hauses unter besonderen Umständen eine Verschlechterung des Grundstücks nicht darstellt, beispielsweise wenn das Haus wegen Baufälligkeit abgebrochen werden muß und der Eigentümer bereit und imstande ist, es wieder aufzubauen. Dergleichen besondere Umstände hat aber der Eigentümer nachzuweisen. Will der Eigentümer sicher gehen, so hat er sich, bevor er das Haus zum Wiederaufbaue niederreißen will, mit den Gläubigern, deren Sicherheit durch den Abbruch zunächst gefährdet wird, zu verständigen und sich deren Einwilligung zu verschaffen; oder er hat, wenn er dies versäumt hat, innerhalb der ihm vom Gläubiger gestellten Frist dessen Genehmigung nachzusuchen oder den Neubau in Angriff zu nehmen und sich über den Besitz der dazu erforderlichen Mittel auszuweisen. In den guten Willen und das Vermögen des Eigentümers, das abgebrochene Haus wiederaufzubauen, darf die Realsicherheit nicht gestellt werden. Hat der Gläubiger die seine Sicherheit gefährdende Disposition über das Pfandgrundstück mit Rücksicht auf den versprochenen und ausgeführten Neubau genehmigt, so kann er die Rechte des § 1133 nicht geltend machen. (OTrib. E. 76 S. 117.) Weitere Belastung oder Veräußerung stellen keine Verschlechterung des Pfandgrundstücks dar. Eine Wertminderung, die ein Gebäude im Laufe der Zeit durch Alter trotz ordnungsmäßiger Reparaturen oder infolge ungünstiger Konjunkturen erleidet, ist gleichfalls keine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133. (Prot. III S. 569 V; Kober Nr. 2 a, Gierke SR. S. 873; a. M. Biermann SR. Nr. 1, zum Teil auch Planck Nr. 2 b u. Fuchs Nr. 3 a zu § 1133.)

3. Da die Haftung des Grundstücks für die Hypothek erst mit der Begründung der Hypothek durch Eintragung beginnt, also vorher von einer Gefährdung der Hypothek nicht die Rede sein kann, so sind Verschlechterungen des Grundstücks im Sinne des § 1133 nur solche, die nach Eintragung der Hypothek eingetreten sind. Es genügt demnach nicht der Nachweis, daß das Grundstück schlecht und deshalb die Hypothek gefährdet ist. Wer ein schlechtes Grundstück beleiht, muß sich mit der ihm durch das schlechte Grundstück gewährten Sicherheit begnügen.

4. Es ist nicht erforderlich, daß die Verschlechterung des Grundstücks zugleich als eine *Verminderung des Grundstückswerts* sich darstellt, wenn dies auch meist der Fall sein wird. „Es würde dem Gläubiger die Rechtsverfolgung in ungerechtfertigter Weise erschweren, wenn eine solche Verminderung von ihm bewiesen werden müßte. Wollte man gar verlangen, daß die Verminderung einen bestimmten Bruchteil des Wertes oder des Verhältnisses der bisherigen Sicherheit zu dem Werte des Grundstücks überschritten hätte, so wäre hieraus zu folgern, daß eine in dieser Schranke sich haltende Wertverminderung dem Eigentümer freistände. Diese Folgerung aber würde mit der dinglichen Natur der Hypothek nicht vereinbar sein. Dem Verhältnisse zwischen Eigentum und Hypothek entspricht allein die Auffassung, daß die Verfügungsbefugnis in dem dinglichen Rechte des Gläubigers ihre Begrenzung findet. Der Eigentümer kann frei verfügen; aber er darf das Grundstück nicht so weit verschlechtern, daß dadurch die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird. Hierdurch erledigt sich auch die Frage, ob die Verschlechterung eine *erhebliche* sein muß." Die Erheblichkeit ist im § 1133 nicht besonders betont, um nicht mißverständlichen Auffassungen Raum zu geben. „Das Wort erhebliche vor Verschlechterungen könnte so verstanden werden, daß eine tatsächlich ganz unbedeutende Verschlechterung des Grundstücks auch rechtlich bedeutungslos sein solle. In diesem Sinne wäre es überflüssig, weil, wenn eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung verlangt wird, nicht zu

besorgen ist, daß der Gläubiger vor Gericht Erfolg haben werde, wenn die von ihm gerügte Verschlechterung sich objektiv als eine ganz geringfügige erweist. Das Wort würde aber auch so gedeutet werden können, daß die Verschlechterung in ihrem Verhältnisse zu dem Werte des Grundstücks eine erhebliche sein müßte. Dann wäre die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1133 dergestalt beschränkt, daß ihr Zweck in vielen Fällen unerreicht bleiben würde; bei den mit Hypotheken übermäßig belasteten Grundstücken würden die in der Rangordnung zuletzt stehenden Gläubiger die geringe Sicherheit, auf welche sie noch hätten rechnen können, verlieren, ohne daß das Gesetz ihnen zu Hilfe käme." (Mot. III S. 671.)

5. Das Maß der im § 1133 vorausgesetzten Verschlechterung wird lediglich durch die Gefährdung der Sicherheit der Hypothek (nicht nur wegen des Kapitals, sondern auch wegen der Zinsen, anderer Nebenleistungen und der Kosten; vgl. § 1118 und Mot. III S. 674) bestimmt. Nach den Umständen des einzelnen Falles kann es sehr verschieden sein. Ein wesentlicher Faktor ist das Verhältnis des Wertes des Grundstücks zum Betrage der Forderung des Gläubigers. Bei einem großen Gute, auf welchem für den Gläubiger eine verhältnismäßig geringe Summe an erster Stelle eingetragen ist, kann also die Verschlechterung einer einzelnen Parzelle unerheblich sein, die unter anderen Umständen ins Gewicht fiele. Es ist daher denkbar, daß nachstehende Gläubiger wegen Verschlechterung in Fällen klageberechtigt sind, in welchen der erste nicht auftreten könnte.

Der Gläubiger, welcher Rechte aus § 1133 geltend machen will, hat nachzuweisen nicht bloß, daß eine Verschlechterung des Grundstücks eingetreten ist, sondern auch, daß das Grundstück in dem verschlechterten Zustand ihm nicht mehr hinreichende Sicherheit bietet, bei einer Zwangsversteigerung daraus Befriedigung zu erlangen. Es genügt also nicht der Nachweis, daß ein Dritter mit Einwilligung des Eigentümers Substanzteile, (z. B. Fenster und Türen) des Grundstücks weggeschafft hat und daß dadurch der Pfandgegenstand in erheblicher Weise im Werte vermindert ist, da daraus allein die Gefährdung des Gläubigers nicht hervorgeht (RG. JW. 1897 S. 319 Nr. 43, Gruch. 42 S. 1043).

6. Unter dem Grundstücke ist im § 1133 nur der Grund und Boden mit den Gebäuden zu verstehen; wegen des Zubehörs vgl. § 1135. In der Nichterneuerung des Versicherungsvertrags für Gebäude und mithaftendes Zubehör ist nicht eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 zu finden; aus ihr ergibt sich nur die Besorgnis einer Verschlechterung, die dem § 1134 zu unterstellen ist. Der Gläubiger kann also, wofern die Sicherheit seiner Hypothek durch die Nichterneuerung der Versicherung gefährdet erscheint, zwar die Wiederversicherung der Gebäude und des Zubehörs durch gerichtliche Zwangsmaßregeln (§ 1134 Abs. 2; Sequestration) herbeiführen, aber ein Recht, wegen der unterlassenen Weiterversicherung sofort seine Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen, erwächst ihm nicht und kann von ihm auch nicht durch Bestimmung einer Frist, binnen welcher der Eigentümer die Versicherung erneuern soll, in Anspruch genommen werden. (RG. E. 52 S. 295; für das frühere Recht vgl. RG. E. 37 S. 356.) Dagegen trifft § 1134 nicht zu, wenn der Eigentümer getrennte Früchte, welche nicht Zubehöreigenschaft haben (§ 98 Nr. 2), unversichert läßt; denn da der Eigentümer über solche Früchte frei verfügen kann, bevor sie zugunsten der Hypothekengläubiger mit Beschlag belegt sind, kann er sie auch nach Belieben unversichert lassen.

7. Dem Eigentümer ist eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der gefährdeten Sicherheit nicht auferlegt, er hat nur das Recht, den Anspruch des Gläubigers auf sofortige Befriedigung durch Beschaffung der erforderlichen Sicherheit abzuwenden. Der Eigentümer darf in Ausübung seines Rechtes zur wirtschaftlichen Benutzung des Grundstücks auch die Substanz angreifen, er darf z. B. Holz im Walde schlagen und Gebäude abbrechen. Deshalb kann der Gläubiger auf Grund der durch die eine oder andere Handlung augenblicklich eingetretenen Gefährdung seiner Sicherheit nicht auf sofortige Befriedigung dringen. Wird innerhalb der vom Gläubiger gestellten Frist der Abgang nach wirtschaftlichen Grundsätzen vollständig ersetzt, der Neubau vollendet, die abgeholzte Parzelle in ergiebiges Ackerland

umgewandelt, so tritt das Recht auf Befriedigung überhaupt nicht ein. Erst dann greift es Platz, wenn der Eigentümer die Frist verstreichen läßt, ohne die Gefährdung des Gläubigers zu beseitigen. Zur Wiederherstellung bezw. Beschaffung der Sicherheit muß dem Eigentümer eine angemessene Frist gelassen werden. Die Frist ist vom Gläubiger dem Eigentümer (BGB. § 1148) zu bestimmen. Ist die Frist verstrichen, so wird in dem etwa zur Verwirklichung der Hypothek nötigen Prozesse zugleich über die Angemessenheit der Frist verhandelt und entschieden.

Die Sicherheit des Gläubigers kann dadurch wiederhergestellt werden, daß der Eigentümer entweder das verschlechterte Grundstück verbessert oder durch Rangänderung der Hypothek eine bessere Stelle im Grundbuche verschafft (§ 880) oder weitere Sicherheit durch Hypothekbestellung mit einem anderen als dem verschlechterten Grundstücke leistet. Dagegen ist dem Eigentümer nicht gestattet, durch Verpfändung beweglicher Sachen oder Forderungen die Gefährdung des Gläubigers zu beseitigen, weil es dem durch die Hypothek begründeten Rechtsverhältnisse nicht entsprechen und dieses eine zu tief eingreifende Änderung erleiden würde, wenn der Gläubiger genötigt werden könnte, eine andere als hypothekarische Sicherheit anzunehmen. Es muß nicht gerade die frühere Sicherheit vollständig wiederhergestellt werden; der Eigentümer braucht die Sicherheit nur insoweit wiederherzustellen bezw. zu ergänzen, als zur Beseitigung der Gefährdung erforderlich ist.

(Vgl. Mot. III S. 672.)

8. Verschlechterungen des Grundstücks berechtigen den Gläubiger nicht — wie früher nach §§ 441, 442 I 20 PALR. und § 50 EigG. —, nach seiner Wahl Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern oder Sicherungsmaßregeln zu beantragen oder beides zu verlangen, sondern geben ihm nur die eine Befugnis, nach erfolglosem Ablaufe der Frist Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (BGB. § 1147) zu suchen (vgl. jedoch Anm. 4 S. 814 f.). „Ist die Forderung bereits fällig, so kann dem Gläubiger wegen Verschlechterungen des Grundstücks, die bereits eingetreten sind, ein besonderer Schutz nicht gewährt werden, da in diesem Falle nicht bloß die Zwangsversteigerung, sondern auch die Zwangsverwaltung zum Zwecke der Verwirklichung des hypothekarischen Rechtes nach § 1147 stattfindet" (Mot. III S. 672). Die Hypothekenforderung wird infolge der Verschlechterung des Grundstücks nach Ablauf der Frist nicht fällig. Ausschließlich dem Gläubiger gebührt die Befugnis, sofort Befriedigung zu suchen; der Eigentümer erlangt durch die Verschlechterung des Grundstücks nicht das Recht, dem Gläubiger die Annahme der Befriedigung aufzunötigen. Will der Gläubiger sich mit der verminderten Sicherheit begnügen, so kann der Eigentümer dem nicht widersprechen. Ist das Recht des Gläubigers, sofort Befriedigung zu suchen, einmal mit Ablauf der Frist eingetreten, so kann es nicht durch spätere Wiederherstellung der Sicherheit wiederaufgehoben werden (OTrib. E. 76 S. 117; a. M. Dernburg HypR. S. 255). Nach Ansicht von Planck, Biermann, Fuchs (zu § 1133) verliert der Gläubiger das Recht auf sofortige Befriedigung dann, wenn die Sicherheit nach Ablauf der Frist bis zum Schlusse der Zwangsversteigerung wiederhergestellt wird, in welchem Falle der Eigentümer dem Gläubiger die aufgewendeten Kosten zu erstatten habe. Wie hier Kober (Nr. 3 b zu § 1133).

Nur aus dem Grundstücke kann der Gläubiger Befriedigung suchen. Der Anspruch auf Befriedigung gegen den persönlichen Schuldner, auch wenn er der Eigentümer des Pfandgrundstücks ist, hängt davon ab, ob die Forderung fällig ist. Die Verschlechterung des Grundstücks ist dafür von keiner Bedeutung. Die Ansicht, daß der gänzliche Fortfall der durch das Grundstück gewährten Sicherheit infolge der Zwangsversteigerung den Gläubiger zur Befriedigung vor der Verfallzeit auch gegen den persönlichen Schuldner berechtige, die das RG. in zwei Urteilen (JW. 1881 S. 102, V 155. 95) ausgesprochen, später aber aufgegeben hat (E. 39 S. 322), wird durch den Wortlaut „Befriedigung aus dem Grundstück" ausgeschlossen.

9. „Bei unverzinslichen Forderungen muß der Gläubiger, wenn er wegen der Gefährdung seiner Sicherheit Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, sich das sog. Interusurium kürzen lassen. Denn die Zahlung des vollen Betrags würde ihm auf Kosten des Eigentümers bezw. der in der Rangordnung ihm gleich- oder nachstehenden Berechtigten einen Vorteil verschaffen, für welchen es an einem Rechtsgrunde fehlen würde (KO. § 65). Durch die Gefährdung der Hypothek wird nicht sowohl die Forderung fällig, als vielmehr der Gläubiger zur Geltendmachung der Hypothek vor der Fälligkeit berechtigt." (Mot. III S. 673.)

Das BGB. hat sich für die Hoffmannsche Berechnungsart entschieden, weil sie praktisch brauchbar und im wesentlichen richtig, auch in der Praxis des gemeinen Rechtes üblich sei, dem § 65 KO. zugrunde liege und von zahlreichen Landesgesetzen befolgt sei (vgl. PfVG. v. 1883 § 31; Mot. III S. 673). Der gesetzliche Zinsfuß ist 4 Prozent (BGB. § 246).

Bei einer Rentenschuld ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen (BGB. § 1201 Abs. 2 Satz 2).

10. Im Falle der Verschlechterung eines von einer Hypothekenbank beliehenen Grundstücks oder seiner Zubehörstücke, der ein unwirtschaftliches Verfahren des Besitzers nicht zugrunde liegt, finden zugunsten der Hypothekenbank die Vorschriften der §§ 1133, 1135 BGB. über das Recht des Gläubigers auf sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke nur in Ansehung des Betrags Anwendung, für welchen in dem verminderten Werte des Grundstücks nicht mehr die nach dem Gesetz oder der Satzung erforderliche Deckung vorhanden ist. Über diesen Betrag hinaus darf sich die Bank für den Fall einer Verminderung des Wertes des Grundstücks das Recht, die vorzeitige Rückzahlung der Hypothek (oder Grundschuld) zu verlangen, nicht ausbedingen. (HypBankg. v. 13. Juli 1899 § 17 Abs. 1, §§ 40, 10—12, 49, RGBl. S. 375.)

11. Die §§ 1133—1135 finden auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits vorhandenen Hypotheken und Grundschulden Anwendung (EG. z. BGB. Art. 192; RG. E. 50 S. 72).

12. Über die Frage, ob sich in den Schutzmaßregeln der §§ 1133—1135 die Befugnisse des Gläubigers erschöpfen, oder ob er neben ihnen auch auf die Vorschrift des § 321 BGB. zurückgreifen darf, vgl. RG. E. 53 S. 244.

§ 1134.

Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen.

Geht die Einwirkung von dem Eigentümer aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt.

1. Hier wird der Fall behandelt, in welchem eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks noch nicht eingetreten, sondern erst zu besorgen ist. Im preuß. Rechte war dieser Fall nicht besonders vorgesehen. Die Praxis nahm an, daß Sicherungsmaßregeln erst dann verlangt werden könnten, wenn die Verschlechterung des Grundstücks bereits tatsächlich bewirkt, mindestens der Anfang mit der Ausführung der Verschlechterung gemacht sei (OTrib. DJurZtg. 1877 S. 27).

Der Entw. I enthielt im § 1072 die Bestimmung: „Ist eine die Sicherung der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen, so kann der Gläubiger die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln verlangen." Die Motive (III S. 670) gingen davon aus, „daß der Gläubiger im Wege der Klage gegen den Eigentümer die von dem Prozeßgerichte zu treffenden Maßregeln zu beantragen habe, so daß das Urteil, durch welches sie angeordnet werden, den Beklagten

zugleich verurteile, sich ihnen zu fügen"; daneben sollte der Gläubiger aber auch berechtigt sein, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch welche die nötigen Maßregeln schon vor dem Urteile verhängt werden. Die Motive fügten endlich hinzu, daß ein Zwang gegen den Eigentümer zur Vornahme einer Handlung (zu einem Tun) bei der dinglichen Natur des Anspruchs unstatthaft sei.

Bei der 2. Lesung war die Mehrheit der Kommission der Meinung: „Wenn man davon ausgehe, daß die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln der Regel nach im Wege der Klage zu erwirken seien, so verdiene es den Vorzug, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, kraft seines dinglichen Rechtes gegen den Eigentümer und gegen jeden Dritten auf Unterlassung von Einwirkungen zu klagen, durch welche die Sicherheit seines Rechtes gefährdet werde. Voraussetzung für die Klage sei jedoch eine positive Einwirkung seitens des Eigentümers oder eines Dritten, da der Gläubiger kraft seines dinglichen Rechtes kein positives Tun, sondern nur die Unterlassung von Einwirkungen verlangen könne, durch welche sein Recht beeinträchtigt werde. Außerdem sei, wenn infolge des Verhaltens des Eigentümers, insbesondere daraus, daß er die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder zufällige Beschädigungen unterlassen hat, eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen sei, der Gläubiger für berechtigt zu erklären, die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln, namentlich die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die auch in der Anordnung einer Sequestration bestehen könne, zu verlangen." (Prot. III S. 568 IV.)

2. Bloße Pläne und Absichten, die möglicherweise zu einer Gefährdung der Sicherheit des Gläubigers führen können, berechtigen diesen noch nicht, gegen den Eigentümer oder einen Dritten vorzugehen. Haben sie aber bereits eine bestimmte Gestalt gewonnen und steht ihre Ausführung bevor, hat z. B. der Eigentümer den Pächter zu Verschlechterungen des Grundstücks vertragsmäßig ermächtigt, oder hat er mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, wodurch er ihm das Recht zum Austorfen eines Grundstücks oder zum Abholzen eines Waldes eingeräumt, oder wodurch er das Inventar des mit der Hypothek belasteten Gasthofs verkauft hat: so kann der Gläubiger, dessen Sicherheit durch die Ausführung solchen Vertrags bedroht wird, auf Unterlassung der Ausführung klagen. Ist schon mit dem Austorfen, dem Holzschlagen, der Wegschaffung des Inventars der Anfang gemacht, dann kann der Gläubiger gleichzeitig mit der Klage oder auch vorher die Anordnung ihn schützender Maßregeln in Antrag bringen. Insbesondere kann er, um bei einem der Beispiele zu bleiben, eine einstweilige Verfügung erwirken, wodurch der ferneren Austorfung Einhalt getan, das Wegschaffen des schon verarbeiteten, auf dem Grundstücke noch vorhandenen und deshalb seinem Pfandrecht unterliegenden Torfes (§ 1120) verhindert wird, auch die Beschlagnahme der etwa für das Austorfen bedungenen und noch nicht bezahlten Vergütung verlangen. (OTrib. E. 39 S. 122, Gruch. 22 S. 767.) Auch in der dauernden Vernachlässigung der Instandhaltung des Grundstücks (Posen Rsp. 3 S. 6), insbesondere in der ungenügenden Feldbestellung, ferner in der Dereliktion (§ 928 BGB.; Braunschw. Recht 1904 S. 167) wird man ein Einwirken des Eigentümers, zum mindesten eine Unterlassung im Sinne des § 1134 Abs. 2 Satz 2 finden können. Ist bereits eine Verschlechterung oder Minderung des Zubehörs eingetreten, so ist der Gläubiger zu den Sicherungsmaßregeln des § 1134 Abs. 2 berechtigt, ohne daß auch gleichartige Besorgnisse für die Zukunft besonders begründet werden müßten. (Vgl. RG. in JurW. 1902 Beil. S. 277.) Hellwig (Anspruch und Klagerecht S. 389 ff., 393 f.) will auf Grund des § 259 ZPO. die Klage auf künftige Unterlassung dem Gläubiger geben, auch ohne daß eine Einwirkung vorausgegangen ist. Die einstweil. Verfügung kann nach § 938 ZPO. auch in einer Sequestration bestehen. Dr. Pusch (Gruch. 45 S. 314) führt aus, daß die Sequestration nicht als Zwangsverwaltung im technischen Sinne, sondern als Verwaltung durch einen gerichtlich bestellten Sequester nach Anweisung und unter Leitung des Gerichts auszuführen sei. Vgl. auch Anm. 6 S. 820.

Die Klage auf Unterlassung ist die actio hypothecaria negativa und je nach Lage des Falles gegen den Eigentümer oder den Dritten oder gegen beide zu richten. Die Klage setzt Fälligkeit der Forderung nicht voraus (Mot. III S. 670); zu ihrer Begründung

gehört die Behauptung, daß durch die Einwirkung der (anzugebende) Wert des Grundstücks derart vermindert wird, daß die Hypothek des Klägers mit Rücksicht auf ihren Rang gefährdet sein würde (RG. V 289. 03). Ausschließlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist (ZPO. § 24; über einen Ausnahmefall vgl. RG. im PJMBl. 1890 S. 8).

Der Anspruch auf vorzeitige Befriedigung steht dem Gläubiger wegen bloß drohender Gefährdung nicht zu. Über den aus der Nichterneuerung des Versicherungsvertrags sich ergebenden Anspruch vgl. S. 820 f. Nr. 6.

3. Nicht selten stehen dem Gläubiger beide Klagen (aus § 1133 und aus § 1134) nebeneinander zu. Ist die Verschlechterung des Grundstücks so weit vorgeschritten, daß die Sicherheit der Hypothek bereits gefährdet ist, wird sie aber fortgesetzt und dadurch die Sicherheit weiter gefährdet, so wäre der Gläubiger übel daran, wenn ihm nur das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke zur Seite stände. Er müßte zunächst eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung stellen, deren Ablauf abwarten, dann die Klage auf Befriedigung erheben und vielleicht durch alle Instanzen durchführen, und dürfte erst nach rechtskräftiger Verurteilung des Eigentümers die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung betreiben. Wäre während dieses Zeitraums, der sich auf Jahre erstrecken kann, der Gläubiger weiteren Verschlechterungen schutzlos preisgegeben, dann könnte es sich leicht ereignen, daß er die ganze Sicherheit verloren hätte. In solchen Fällen muß dem Gläubiger gestattet sein, einmal seine Befriedigung gemäß § 1133 zu betreiben, zugleich aber auch von den Befugnissen des § 1134 durch Erhebung der Klage auf Unterlassung und durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen. Durch die Unterscheidung der bereits eingetretenen und der erst noch zu besorgenden Verschlechterung in den §§ 1133 und 1134 wird dies nicht ausgeschlossen. Wäre es aber auch der Fall, so müßte die Rechtsprechung nachhelfen (so München im Recht 1904 S. 603). Nur gegenüber bereits abgeschlossenen Verschlechterungen genügt die Hilfe des § 1133.

4. Die Rechte aus den §§ 1133 u. 1134 stehen auch dem Gläubiger einer Sicherungshypothek (§§ 1184, 1190; ZPO. § 866, 932) zu; es sei denn, daß ihm eine Forderung noch nicht zusteht und nicht mehr erwachsen kann. Ob sie auch einem nur durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Eintragung einer Hypothek zugestanden werden können, ist zweifelhaft. Dafür spricht nicht, daß nach § 883 Abs. 2 BGB. eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde; denn hier handelt es sich nur um den Anspruch auf Eintragung, der von der Verschlechterung des Grundstücks unberührt bleibt. Dem Vorgemerkten steht die Gefährdungsklage aus den §§ 1133, 1134 nicht zu, er muß sich mit den Sicherungsmaßregeln, welche die ZPO. im Arrest und in der einstweil. Verfügung bietet, begnügen. (Vgl. Thiele in Gruch. 37 S. 657, v. Meibom im AZivPr. 72 S. 405, Biermann BW. S. 196; a. M. Fuchs S. 115 Nr. 9, S. 439 Nr. 2 cc, Othmer die rechtliche Wirkung der Vormerkung S. 102 XV.) Da die §§ 1133, 1134 die Gefährdung einer Hypothek voraussetzen, können sie nicht auf den bloß persönlichen Anspruch auf Bestellung (Einräumung) einer Hypothek erstreckt werden (RG. V 578. 05).

5. Die Sicherungsvorschriften der §§ 1134, 1135 können in Preußen auch bei Rentengütern aushilfsweise zur Anwendung herangezogen werden, wenn in dem Rentengutsvertrage besondere Bestimmungen darüber nicht getroffen sind. Die Rentengutsgesetze v. 27. Juni 1890 und v. 7. Juli 1891 (vgl. Bd II Ergänz. IV) enthalten Sonderbestimmungen für die in den §§ 1134, 1135 vorausgesetzten Fälle nicht und die rechtliche Natur der Rentengutsrente, mag sie als Rentenschuld (§§ 1199—1201, 1192) oder als Rentenlast (Reallast § 1107) aufzulassen sein, widerstrebt nicht der Anwendung der für Zinsen geltenden Vorschriften auf die Rente. (RG. Gruch. 48 S. 351.) Ob bei Gefährdung der Sicherheit der Rente infolge Verschlechterung des Grundstücks gemäß § 1133 der Ablösungsbetrag gefordert werden darf, ist wohl zu verneinen, weil in den Rentengutsgesetzen

(v. 1890 § 1, v. 1891 §§ 1 ff.) durch besondere Bestimmungen die Ablösung der Kaufrenten und der Rentengutsrente geregelt ist und diese Normen nach Art. 62 EG. z. BGB. unberührt bleiben.

Über die Befugnisse der öffentlichen landschaftlichen (ritterschaftlichen) Kreditanstalten in Preußen beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1134, 1135 BGB. vgl. Anm. 5 zu § 1135.

6. „Ist — nach Anordnung der Zwangsversteigerung — zu besorgen, daß durch das Verhalten des Schuldners die ordnungsmäßige Wirtschaft gefährdet wird, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das Gericht kann die Maßregeln aufheben, wenn der zu ihrer Fortsetzung erforderliche Geldbetrag nicht vorgeschossen wird." (ZVG. § 25.) Für die Zwangsverwaltung vgl. § 149 Abs. 2 ZVG.

§ 1135.

Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1133, 1134 steht es gleich, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden.

Während § 441 I 20 PrALR. den Gläubiger nur schützte, wenn der Eigentümer bezw. der Besitzer des Grundstücks dessen Substanz verringerte, gestattete § 50 PrEigG. die Auslegung, daß die Voraussetzung des Rechtsschutzes auch durch nachteilige Einwirkungen auf das Zubehör begründet werden kann (RG. Gruch. 25 S. 457 und Anm. 5 S. 820). „Bei dem großen Einflusse, den das Zubehör auf den Wert eines Gutes, eines Industrie-Etablissements und dgl. hat, ist es in der Tat nicht zweifelhaft, daß das Grundstück im Sinne des § 1133 und 1134 sich verschlechtert, wenn Zubehörstücke, die dem Gläubiger nach § 1120 mit dem Grundstücke haften, entfernt oder verschlechtert werden. Ein Zweifel würde indessen, wenn das Gesetz schwiege, darauf gestützt werden können, daß nach §§ 1121, 1122 der Eigentümer über die Zubehörstücke so lange frei verfügen kann, bis sie für den Gläubiger in Beschlag genommen sind. Diesem Zweifel wird durch den § 1135 vorgebeugt." — „Es ist selbstverständlich, daß die Bestimmung des §§ 1133 auch dann Anwendung findet, wenn die im § 1135 gekennzeichnete Einwirkung auf das Zubehör nur die Sicherheit für die regelmäßige Verzinsung der Forderung gefährdet. Dagegen erscheint es nicht ratsam, mit Rücksicht hierauf auch die Verfügung über Früchte, welche nicht die Eigenschaft des Zubehörs haben, und über Pacht- und Mietzinsforderungen als Verschlechterung des Grundstücks aufzufassen. Das Verfügungsrecht des Eigentümers würde hierdurch allzusehr beschränkt werden, zumal dem Interesse des Gläubigers durch die Vorschriften der §§ 1120—1125 genügend Rechnung getragen wird." (Mot. III S. 674.)

1. Während nach §§ 1121, 1122 Zubehörstücke nur dann von der Haftung für die Hypothek frei werden, wenn sie den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt und veräußert werden, gilt solche Entfernung nach § 1135 für sich allein schon als eine Verschlechterung des Grundstücks, die den Gläubiger zu den ihm durch die §§ 1133 und 1134 gestellten Sicherungsmaßregeln berechtigt, wenn die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird (Planck Nr. 3, Kober Nr. 1, Biermann; a. M. Fuchs Nr. 6a zu 1135, der dem Gläubiger nur die Rechte aus § 1134 geben will). Einer vorherigen Beschlagnahme des Zubehörs bedarf es nicht; die vom Gericht nach § 1134 Abs. 3 angeordneten Maßregeln stehen einer Beschlagnahme gleich (Planck Nr. 4 zu § 1135).

Der Schutz des § 1135 erstreckt sich nur auf Zubehörstücke, nicht auf getrennte Erzeugnisse oder Bestandteile, Miet- und Pachtzinsen, bei denen der Gläubiger sich nur durch Beschlagnahme schützen kann.

2. Früher wurden vom RG. (Gruch. 30 S. 1185) die allgemeinen Bestimmungen der §§ 935 ff. ZPO. über einstweil. Verfügungen auch in den Fällen für anwendbar gehalten, wo inbezug auf ein Hypothekenrecht die Gefahr begründet war, daß vom Schuldner das der Hypothek unterworfene Inventar des Pfandgrundstücks fortgeschafft werde, wo z. B. der Eigentümer einem Handelsmann erklärt hatte, er brauche Geld, wolle sein Inventar

verkaufen, der Handelsmann solle ihm einen Käufer besorgen. Wenn gegenüber dem § 50 EigG. v. 1872, der nur von erheblichen, die Sicherheit des Gläubigers gefährdenden, Verschlechterungen des Grundstücks sprach, die aushilfsweise Anwendung der §§ 935 ff. ZPO. geboten sein mochte, so liegt dazu doch jetzt keine Veranlassung mehr vor, da sowohl für die Fälle, wo die Zubehörstücke bereits verschlechtert oder entfernt sind, als auch für die Fälle, wo die Verschlechterung oder Entfernung der Zubehörstücke erst noch für die Zukunft zu besorgen ist, in den §§ 1133, 1134 ausreichend Fürsorge getroffen wird.

3. Der § 1135 verleiht dem Hypothekengläubiger nur dann das Recht gegen den Eigentümer oder Dritten, der Zubehörstücke zu entfernen unternimmt, nach den §§ 1133, 1134 vorzugehen, wenn die bereits eingetretene oder zu besorgende Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet. Der Hypothekengläubiger kann also der (z. B. infolge erwirkter Pfändung) in Aussicht genommenen Entfernung von Zubehörstücken, auf die sich die Hypothek erstreckt, dann nicht entgegentreten, wenn sie zwar wider die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verstoßen würde, aber durch sie die Sicherheit der Hypothek nicht gefährdet wird. Er hat deshalb auch kein rechtliches Interesse daran, in solchem Falle wegen prozessualen Mangels des Pfändungsaktes die Aufhebung der Pfändung zu verlangen. (RG. E. 50 S. 72 f.) Sind die Zubehörstücke den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem belasteten Grundstück entfernt, so kann deren Zurückschaffung vom Gläubiger nicht ohne weiteres verlangt werden, sondern es bedarf dazu der Angabe über den Wert des Grundstücks und der Zubehörstücke, über das Rangverhältnis der Hypothek, sowie darüber, inwiefern die Nichtzurückschaffung der Zubehörstücke geeignet ist, die Sicherheit der Hypothek zu gefährden (RG. V 289. 03). Darüber, wann die Entfernung von Zubehörstücken den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider ist, vgl. v. Brünneck in Gruch. 44 S. 103.

4. Der Gläubiger, der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat, ist auch dadurch geschützt, daß er der Pfändung von Früchten, die vom Boden noch nicht getrennt sind, nach § 771 ZPO. widersprechen kann (ZPO. § 810), und daß Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, soweit sie Zubehör des Grundstücks sind, nicht gepfändet werden können (ZPO. § 865).

5. Für Preußen bestimmt, mit Rücksicht auf Art. 167 EG. z. BGB. und § 2 EG. z. ZVG., das G. v. 3. Aug. 1897 (GS. S. 388) für öffentliche landschaftliche (ritterschaftliche) Kreditanstalten, denen in dieser Beziehung die provinzial- (kommunal-) ständischen öffentlichen Grundkreditanstalten gleichgestellt sind, daß diese Anstalten, wenn ihnen mit landesherrlicher Genehmigung bezw. durch Königliche Verordnung das Zwangsvollstreckungsrecht beigelegt ist (§ 1), befugt sind, beim Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen nach §§ 1134 und 1135 das Gericht gegen den Schuldner einzuschreiten haben würde, unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der Verordn. über das Verwaltungszwangsverfahren v. 15. November 1889 (GS. S. 545) den Arrest in das bewegliche Vermögen des Schuldners vollziehen zu lassen, und daß die Anstalten, wenn ihnen die Befugnis zusteht, das beliehene Grundstück in Zwangsverwaltung zu nehmen (§ 3 Abs. 2), auch diese Maßregel im Wege des Arrestes zur Ausführung bringen können (§ 7). Vgl. auch die §§ 11—13 dieses Gesetzes.

6. Rechtsgeschäfte und Handlungen, wonach die nach § 1120 für die Hypothek haftenden, d. h. in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangten Zubehörstücke des Grundstücks von der Haftung gemäß §§ 1121, 1122 frei werden, sind an sich nicht rechtswidrig und werden es auch dadurch nicht, daß dem Gläubiger in den §§ 1133, 1134 besondere Befugnisse beigelegt sind, um die eingetretene oder zu besorgende Gefährdung der Sicherheit seiner Hypothek zu beseitigen oder abzuwenden. Sie verpflichten also auch den veräußernden Eigentümer und den Erwerber nicht zum Schadenersatze, wenn der Gläubiger dadurch infolge der Schmälerung seiner Sicherheit gefährdet wird. Sowenig der Eigentümer an der Veräußerung des Grundstücks durch dessen Belastung verhindert

wird (§ 1136), so wenig ist ihm dadurch die Veräußerung der für die Hypothek haftenden Zubehörstücke versagt. Nur dann könnte eine Schadenersatzpflicht des Eigentümers und des Erwerbers in Frage kommen, wenn ihre Absicht darauf gerichtet war, die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden. Erst durch die Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten des Gläubigers wird das Verfügungsrecht des Eigentümers beschränkt und nur durch die spätere Entfremdung der Zubehörstücke werden der Eigentümer und seine Teilnehmer verpflichtet, dem Gläubiger für den ihm daraus entstandenen Schaden aufzukommen. (OTrib. E. 72 S. 166; RG. Gruch. 42 S. 1043.) Hat sich aber ein Dritter kurz vor der Einleitung der Zwangsverwaltung, wissend, daß die Beschlagnahme des Grundstücks bevorsteht, an dessen Verschlechterung dadurch beteiligt, daß er vom Eigentümer das lebende und tote Inventar und die Erntevorräte gekauft hat, so ist er dem ausgefallenen Hypothekengläubiger für den ihm dadurch entstandenen Schaden nach §§ 823, 826 BGB. verhaftet. Diesem ist jedoch kein Schaden zugefügt, wenn das von ihm erstandene Grundstück einen höheren Wert hat, als das Meistgebot und der Ausfall zusammen betragen; denn es findet dann der Ausfall bei der Hypothek Ersatz in dem erstandenen Grundstücke. (RG. Seuff. A. 60 S. 219.)

§ 1136.

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht, gilt nicht für das Sachenrecht. Es kann deshalb durch Vertrag zwischen den Beteiligten der Hypothek ein anderer als der gesetzlich bestimmte Inhalt nicht gegeben werden, es sei denn, daß das Gesetz selbst eine Änderung seiner bezüglichen Bestimmung zuläßt. Der Inhalt der Hypothek besteht darin, daß wegen der Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, Befriedigung aus dem Grundstücke gefordert werden kann (§ 1113), und daß diese Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, ZPO. § 866) erfolgt (§ 1147). Diesen Inhalt berühren vorzugsweise zwei Verträge: die sog. Lex commissoria, die Verabredung, daß, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit zur Verfallzeit nicht Genüge leiste, das Pfand dem Gläubiger für die Forderung verfallen sein solle: und der Vertrag, wodurch der Gläubiger ermächtigt wird, die Veräußerung des Grundstücks zum Zwecke seiner Befriedigung außergerichtlich, also auf anderem als dem vom Gesetze vorgeschriebenen Wege der Zwangsvollstreckung, zu bewirken. Diese Verträge sind nach § 1149 nichtig, sofern sie vor der Fälligkeit der Forderung geschlossen werden. In das Recht des Eigentümers, über das Grundstück frei zu verfügen, soweit die Hypothek nicht entgegensteht (§ 903), greift der Vertrag ein, durch den der Eigentümer sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten. Diesen Vertrag erklärt § 1136 ohne Rücksicht auf die Zeit des Abschlusses nichtig (Mot. III S. 679), und zwar derart, daß er auch (abweichend vom § 137 Satz 2) keine obligatorischen Wirkungen unter den Vertragschließenden erzeugt. Eine dem § 45 PEigG. entsprechende Bestimmung, daß ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, wodurch dem ersteren das Recht der Veräußerung zum Zwecke seiner Befriedigung entzogen wird, nichtig ist, fehlt im BGB. Es bedarf ihrer auch nicht, da ein solcher Vertrag dem Begriffe der Hypothek, wie er sich aus § 1113 ergibt, widersprechen würde.

1. Der § 48 PEigG. erklärte im Einklange mit § 439 I 20 PALR. nur einen Vertrag für nichtig, wodurch sich der Eigentümer einem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht weiter zu belasten. Zur Rechtfertigung der Nichtigkeitserklärung des Veräußerungsverbots wird in den Motiven (III S. 682) gesagt: „Ein praktisches Bedürfnis, den Beteiligten die Möglichkeit zu eröffnen, der Hypothek durch Vertrag ein Veräußerungs-

verbot hinzuzufügen und den Inhalt derselben auf diese Weise zu erweitern, ist nicht vorhanden. Im Gegenteile: die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwickelung der Verhältnisse des Grundbesitzes erheischt dringend, daß der Eigentümer möglichst frei über sein Besitztum verfügen kann. Er muß, wenn seine Mittel nicht mehr ausreichen, rechtlich imstande sein, eine neue Hypothek aufzunehmen und, wenn dies nicht gelingt, das Grundstück durch Veräußerung in leistungsfähigere Hände zu bringen. Dies Ziel ist aber nur dann erreichbar, wenn das Gesetz dem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot auch die obligatorische Wirkung unter den Vertragschließenden versagt." Dem Vertrage, das Grundstück nicht weiter zu belasten, läßt sich der praktische Zweck nicht absprechen, daß dadurch dem Gläubiger seine Forderung an rückständigen Zinsen für mehr als zwei Jahre nicht durch nachfolgende Hypotheken geschmälert werden kann (ZVG. § 10 Nr. 4, 8). Allein dieses Interesse ist nicht so erheblich, daß es gegen den großen Druck und Nachteil eines Schuldners in Betracht kommen könnte, der sich aus Not einer Beschränkung unterwerfen müßte, durch die er um allen ferneren Realkredit gebracht würde.

2. Unter den § 1136 fällt auch die Verabredung, daß der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers keine weiteren Schulden auf das Grundstück eintragen lassen dürfe (PRefk. v. 14. Febr. 1834, Jahrb. 43 S. 97). Ebenso die Verpflichtung, das Grundstück mit andern dinglichen Rechten, als Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, nicht weiter zu belasten (PRefk. v. 21. Okt. 1842, JMBl. S. 331).

3. Nur eine solche Vereinbarung ist nach § 1136 nichtig, die zwischen dem Eigentümer und dem *Gläubiger* geschlossen wird, gleichviel, ob letzterer schon eingetragen ist oder nicht. Von diesem Verbote wird keineswegs jede Beschränkung des Eigentümers in der Veräußerung und Belastung des Grundstücks betroffen; vielmehr ist hier unter Gläubiger nur ein solcher zu verstehen, dem eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld bestellt ist oder bestellt werden soll. Wird z. B. in einem Gutsüberlassungsvertrage zwischen dem Vater und dem Ehemanne seiner Tochter verabredet, daß der Ehemann als Übernehmer die übertragenen Grundstücke ohne Zustimmung des abtretenden Vaters oder dessen Ehefrau weder mit Schulden und anderen dinglichen Rechten belasten, noch ganz oder teilweise veräußern oder auf andere übertragen darf, so verstößt das nicht gegen den § 1136 (OTrib. E. 54 S. 41, Arch. 58 S. 275). Ob solche Beschränkung noch auf Antrag ins Grundbuch (Abt. II) eingetragen werden darf, ist wegen § 137 Satz 1 zweifelhaft (vgl. Anm. S. 255 f.). Ist dem abtretenden Vater zugleich eine Hypothek bestellt, so wird anzunehmen sein, daß die Verfügungsbeschränkung des Schwiegersohns nicht zugunsten des Gläubigers, sondern zugunsten des Veräußerers vereinbart ist und deshalb ihre obligatorischen Wirkungen äußert. Zur Anwendung des § 1136 genügt nicht schlechthin, daß der Eigentümer demjenigen, dem gegenüber er die dort gedachte Verpflichtung eingeht, in demselben Vertrag eine Hypothek bestellt (wie Biermann, Maenner u. Böhm meinen). Das würde über Absicht und Zweck des Gesetzes hinausgehen. Das Gesetz will einer Vereinbarung, durch die dem dinglichen Rechte des Gläubigers eine das gebotene Maß überschreitende Erweiterung gegeben würde, die Rechtsgültigkeit versagen. Es verlangt daher eine Vereinbarung, „durch die sich der Eigentümer *dem Gläubiger gegenüber* verpflichtet," und bringt damit zum Ausdrucke, daß die Vereinbarung im Hinblick auf das dingliche Recht getroffen sein muß, d. h. also so, daß durch sie dem Gläubiger in dieser seiner Eigenschaft eine besondere Befugnis verliehen werden soll. Diese Voraussetzung wird durch den zufälligen Umstand, daß in demselben Vertrage, in welchem die Vereinbarung getroffen ist, auch das Gläubigerrecht begründet, z. B. eine Hypothek für rückständiges Kaufgeld bestellt wird, noch nicht erfüllt. Es müßte irgend ein Umstand hinzukommen, der die Beziehung der Abrede auf das Gläubigerrecht ersichtlich machte, also erkennen ließe, daß die Vereinbarung nicht getroffen sein würde, wenn nicht der andere Teil zugleich Gläubiger des sich verpflichtenden Eigentümers werden sollte. Eine solche Beziehung der Vereinbarung zu der Kaufgelderhypothek läßt sich nicht finden, wenn z. B. der Käufer eines Gutes sich in dem Kauf-

vertrage, worin zugleich für rückständiges Kaufgeld Hypothek bestellt wird, unter einer dem Verkäufer zu entrichtenden Konventionalstrafe verpflichtet, bei einem Verkaufe des Gutes im ganzen oder parzellenweise nur an Käufer deutscher Nationalität zu verkaufen, womit der Verkauf an solche Personen ausgeschlossen werden soll, die von polnischer Abstammung sind und den deutschfeindlichen Bestrebungen des Polentums huldigen. Auch von einer Verletzung des § 137 BGB. kann nicht die Rede sein, da die Vereinbarung zwischen den Parteien nach Satz 2 dieser Vorschrift für sie obligatorisch wirksam ist. (RG. E. 55 S. 78 mit Planck, Neumann, Kober; abw. Biermann SR. zu § 1136.) Auch die vom Eigentümer dem Pächter seines Grundstücks gegenüber eingegangene Verpflichtung, das Grundstück während der Dauer des Pachtvertrags nicht ohne Genehmigung des Pächters zu belasten, ist gültig (RG. JW. 8 S. 191). Daß die Verpflichtung des Eigentümers, die er bei der Hypothekenbestellung gegenüber dem Gläubiger übernommen hat, über die durch Zahlung ihm anfallende Hypothek nicht zu verfügen, sondern sie löschen zu lassen, nicht von der im § 1136 angedrohten Nichtigkeit betroffen wird, ergibt sich schon aus § 1179 (RG. JW. 12 S. 347). Auch die vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, ohne Genehmigung des Gläubigers das Grundstück nicht weiter zu belasten, widrigenfalls der Gläubiger befugt sein solle, das Kapital zurückzufordern, ist zulässig, da sie sich lediglich als eine Rückzahlungsbedingung darstellt (RG. JW. 9 S. 80).

4. Ob die im § 1136 vorausgesetzte Vereinbarung gleichzeitig mit der Bestellung der Hypothek oder ob sie erst später mit Rücksicht auf ein bereits bestehendes Hypothekenrecht getroffen wird, ist ohne Bedeutung; in dem einen wie in dem andern Falle wird der Eigentümer dadurch in der Verfügung über das Grundstück über das erlaubte Maß hinaus behindert. Ist die nichtige Vereinbarung ein Teil eines Rechtsgeschäfts, z. B. des Pfandvertrags, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne die nichtige Vereinbarung nicht vorgenommen sein würde (§ 139). Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung einer nach § 1136 nichtigen Beschränkung zurückzuweisen und etwaige Eintragungen nach § 54 Abs. 1 GBO. von Amts wegen zu löschen. Ob die gleichzeitig beantragte Eintragung der Hypothek auszuführen ist, hängt davon ab, ob nach der Bestimmung des Antragstellers die eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll (GBO. § 16 Abs. 2; a. M. Planck Nr. 2 zu § 1136). Die dem Verbote des § 1136 zuwider bewirkte Eintragung macht die Vereinbarung nicht zu einer rechtlich wirksamen, da das Verbotene durch Eintragung nicht zum Erlaubten werden kann. Der Eigentümer so wenig wie seine übrigen Gläubiger werden durch die Eintragung an der Veräußerung bezw. an der weiteren Belastung des Grundstücks verhindert. Rechte des Gläubigers, zu dessen Gunsten die Beschränkung eingetragen ist, werden dadurch nicht verletzt, da der Gläubiger Rechte aus dem gesetzwidrigen Geschäfte nicht erworben hat. (RG. JW. 15 S. 96.)

5. Ist eine gegen den § 1136 verstoßende Vereinbarung nichtig, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung der Vereinbarung getroffene Festsetzung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit der Vereinbarung gekannt haben (§ 344). § 137 Satz 2 findet hier keine Anwendung.

6. Der Gläubiger kann sich gegen eine Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten dadurch sichern, daß er vom Eigentümer ein Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff.) bestellen und dieses in das Grundbuch eintragen läßt.

7. In Preußen kann der Erwerber eines Rentenguts in seiner Verfügung dahin beschränkt werden, daß die Zulässigkeit einer Zerteilung des Grundstücks oder der Abveräußerung von Teilen desselben von der Zustimmung des Rentenberechtigten abhängig sein soll; doch kann die versagte Einwilligung durch richterliche Entscheidung der Auseinandersetzungsbehörde ergänzt werden, wenn die Zerteilung oder Abveräußerung im gemeinwirtschaftlichen Interesse wünschenswert erscheint (EG. z. BGB. Art. 62; G. v. 27. Juni 1890 § 3; vgl. Bd II Ergänz. IV Nr. I 1 und Nr. II 7).

8. Sobald das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, verlieren die vor dem 1. Januar 1900 gültig getroffenen Beschränkungen des Eigentümers ihre dingliche Wirkung und müssen von Amts wegen nach § 54 GBO. gelöscht werden. Auch vor Anlegung des Grundbuchs konnten nach dem 1. Januar 1900 nach § 1136 unzulässige Beschränkungen nicht mehr begründet werden (EG. z. BGB. Art. 189 Abs. 1 Satz 3). (Habicht, Planck, Biermann, Kober, Oberneck.)

§ 1137.

Dem Eigentümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

Einleitung. Um dem preußischen Richter das Verständnis der Bestimmungen des BGB. über die dem Eigentümer gegen den Anspruch aus der Hypothek zustehenden Einreden zu erleichtern, bedarf es nicht nur des Zurückgehens auf die preußischen Bestimmungen, sondern auch des Eingehens auf die zumeist im Anschluß daran im § 1184 Entw. I vorgeschlagenen Vorschriften. Im § 1137 wird nur die Frage behandelt, welche Einreden der Eigentümer erheben kann, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist.

Zunächst einige Bemerkungen über das Verhältnis des BGB. zum bisherigen preußischen Rechte.

1. Die Regel, daß der Eigentümer einem Dritten, der ein Recht auf die Hypothek erworben hat, nur Einreden entgegensetzen kann, die diesem vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben (PEigG. § 38), ist in den §§ 892, 893, 1138 BGB. beibehalten. Die im § 39 EigG. zugelassene Ausnahme, daß gegen die dingliche Klage auf Rückstände von Zinsen und sonstigen Jahreszahlungen die Einrede der Tilgung unbedingt zulässig ist, kehrt im § 1159 BGB. wieder und wird im § 1158 erweitert.

2. Im BGB. ist das Einrederecht des Eigentümers insofern eingeschränkt, als es ohne Voraussetzung der Kenntnis oder der Ersichtlichkeit der Einreden aus dem Grundbuche nicht mehr wie nach § 38 Abs. 2 PEigG., gegen den Dritten zusteht, welcher ein Recht auf die Hypothek ohne Entgelt erworben hat (vgl. Anm. I 1 Abs. 4 S. 245). Dagegen ist der Kreis der dem Eigentümer aus dem Rechte des persönlichen Schuldners zustehenden Einreden dadurch erweitert, daß darin auch die dem Bürgen nach § 770 BGB. zustehenden Einreden (der Aufrechnung und der Anfechtung des der eingetragenen Forderung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts) aufgenommen sind (§ 1137, vgl. Anm. II S. 835).

3. Nach § 38 Abs. 3 PEigG. waren „Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers (Autors) sowohl gegen die Klage aus einer Grundschuld als gegen die aus einer Hypothek unzulässig". Die Annahme der Motive (III S. 701 Nr. 4), diese Bestimmung sei dahin zu verstehen, daß, wenn eine eingetragene Post durch mehrere Hände gegangen ist, der Übergang auf einen Zwischeninhaber durch dessen Eintragung zugunsten des Klägers mit Ausschluß des Gegenbeweises dargetan werde: entspricht nicht der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses hat den § 38 Abs. 3 trotz seines scheinbar weitergehenden Wortlauts nur auf den Fall bezogen, daß der Kläger die Grundschuld oder Hypothek redlich, nämlich ohne Kenntnis der gegen das Verfügungsrecht seines eingetragenen Rechtsurhebers gerichteten Einrede erworben habe, darin also eine unwiderlegliche Rechtsvermutung nicht gefunden (E. 30 S. 273). So verstanden schützte die frühere Vorschrift den, der die Hyppthek geltend macht, gegen Einwendungen, die seine Legitimation zur Sache betreffen, nicht in höherem Maße, als die Bestimmungen der §§ 891, 892, 1138 BGB.

Im preuß. Rechte gab es keine allgemeinen Vorschriften, wodurch der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auch auf den Erwerb von Rechten an einem eingetragenen Rechte erstreckt wurde, wie sie in den §§ 892, 1138, 1155 BGB. enthalten sind. Es bestand nur die Vorschrift des § 38 Abs. 3 EigG., wonach Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers unzulässig waren, wenn der Rechtsurheber als Gläubiger im Grundbuch eingetragen war. Wohin dieser Schutz nicht reichte, weil der Rechtsurheber nicht eingetragen war, fanden die Vorschriften des ALR. über die Einreden des Schuldners einer zedierten Post in den §§ 407, 408 I. 11 Anwendung, wonach der Schuldner alle Einreden und Gegenforderungen, die er gegen den Zedenten rügen konnte, auch dem Zessionar entgegensetzen durfte ohne Rücksicht darauf, ob dem Zessionar beim Erwerbe des Rechtes die Einreden des Schuldners gegen den Zedenten bekannt waren oder nicht. (RG. E. 52 S. 101.) Insofern ist die Zulässigkeit von Einreden gegen die Klage aus der Hypothek ꝛc. durch das BGB. eingeschränkt.

4. Eine dem § 40 PEigG. entsprechende Bestimmung über die Beschränkung des Anfechtungsrechts gleich- oder nacheingetragener Gläubiger zugunsten der Grundschuld enthält das BGB. nicht.

5. Die Einrede der Verjährung der Forderung ist gegen die dingliche Klage wegen des Kapitals nach beiden Rechten ausgeschlossen (PALR. I 20 §§ 247, 248; BGB. § 223; vgl. Anm. 5 S. 323).

6. Die Einrede der Vorausklage, die dem Schuldner, solange er Eigentümer des Pfandgrundstücks war und der Gläubiger nicht auf sein Pfandrecht verzichtet hatte, nach §§ 45 ff. I 20 PALR. gegen die persönliche Klage zustand, sowie die Einrede des Eigentümers gegen die hypothekarische Klage, daß zunächst gegen den persönlichen Schuldner geklagt werden müsse, die im Gebiete des PALR. und des gemein. Rechtes ausgeschlossen war (ALR. I 20 § 49; Grundbuchg. für Neuvorpommern u. Rügen § 8, Schleswig-Holstein § 32, Hohenzollern § 7), dagegen nach Art. 2170, 2171 code civ. dem dritten Besitzer des verpfändeten Grundstücks mit gewissen Einschränkungen zustand, sind nach dem BGB. nicht statthaft.

A. Die Materialien.

I. Die Motive leiteten die Begründung des § 1084 Entw. I mit folgenden Bemerkungen ein: „Der Anspruch aus der Hypothek kann wie jeder andere Anspruch durch eine Einwendung[1] desjenigen, gegen welchen er gerichtet ist, entkräftet oder doch zeitweise gehemmt werden. Bei der Doppelnatur der Hypothek sind auch die Einwendungen doppelter Art: sie betreffen entweder das dingliche Recht unmittelbar, indem dasselbe ohne Rücksicht auf die Forderung in seinem Bestand oder seiner Wirksamkeit bekämpft wird, oder aber die Forderung und damit mittelbar auch die Hypothek. Dem Eigentümer, welcher zugleich der Schuldner ist oder doch bei der Begründung der Hypothek als der Schuldner bezeichnet wurde, stehen beide Kategorien zu, soweit nicht der Gläubiger durch die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist. Anlaß zu Zweifel ergibt sich erst, wenn der hypothekarische Anspruch gegen einen Eigentümer erhoben wird, der dem Gläubiger nicht (persönlich) haftet, sei es, daß er die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt oder das Grundstück, nachdem die Hypothek eingetragen worden, erworben hat. Unter den Landesgesetzen regeln nur wenige diesen Fall erschöpfend. Die meisten, welche die Hypothek auch in Ansehung der Forderung unter den Schutz des öffentlichen Glaubens stellen, begnügen sich damit, die aus diesem Prinzipe hervorgehende Beschränkung der Einwendungen auszusprechen, werden also in dem Sinne verstanden werden, daß der Eigentümer in seiner Verteidigung gegen den Anspruch aus der Hypothek grundsätzlich

[1] „Unter Einwendung wird hier nicht bloß die eigentliche Einrede, sondern jede Behauptung verstanden, welche der Eigentümer aufstellt, um die gänzliche oder teilweise Zurückweisung des Anspruchs aus der Hypothek zu rechtfertigen." Vgl. Anm. I S 222.

nicht weiter beschränkt sein solle. Hierher gehört namentlich das PEigG. § 38 Abs. 2. Der Entwurf vermag auf besondere Vorschriften darüber, welcher Kategorien von Einwendungen der Eigentümer als solcher sich bedienen darf, schon aus Rücksicht auf die Ökonomie seiner Bestimmungen nicht zu verzichten." (Mot. III S. 696.)

1. „Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann gegen den Anspruch aus der Hypothek diejenigen Einwendungen geltend machen, welche sich in dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse gründen." (Entw. I § 1084 Abs. 1.)

Das PEigG. spricht im § 38 Abs. 1 nur in Ansehung der Grundschuld die Zulässigkeit derjenigen Einreden aus, welche „dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen". In Ansehung der Hypothek wird dies als selbstverständlich vorausgesetzt.

Die Motive zum Entw. I bemerken: „Besteht zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger ein persönliches Rechtsverhältnis, so müssen dem hypothekarischen Anspruch alle Einwendungen, welche in diesem Rechtsverhältnisse sich gründen, unbeschränkt entgegengesetzt werden können, ohne daß der Eigentümer genötigt wäre, sich auf die Geltendmachung seiner persönlichen Ansprüche in einem besonderen Verfahren verweisen zu lassen." Die 1. Komm. fand ein praktisches Bedürfnis für die Bestimmung des § 1084 Abs. 1 darin, daß bei der Regelung anderer Rechte eine Vorschrift gegeben sei, wodurch die Geltendmachung von Einwendungen aus dem persönlichen Rechte gegen den dinglichen Anspruch zugelassen werde (BGB. §§ 986, 1017 Abs. 2, 1027, 1065), daß dieses Verfahren auch bei der Hypothek befolgt werden müsse, weil sonst das Mißverständnis zu besorgen sei, daß der Anspruch aus der Hypothek durch eine Einwendung der gedachten Art nicht bekämpft werden könnte, zumal bei der Hypothek gerade Vereinbarungen recht häufig vorkämen, wodurch der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber (obligatorisch) verpflichtet werde, von seinem dinglichen Rechte keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen oder die Hypothek löschen zu lassen.

Bei der 2. Lesung wurde jedoch die Vorschrift des § 1084 Abs. 1 Entw. I als entbehrlich gestrichen. „Die Buchhypothek sei akzessorischer Natur, sie lehne sich derartig an ein persönliches Schuldverhältnis an, daß sie ihrem Bestande nach von dem Bestehen des persönlichen Schuldverhältnisses abhängig sei. Es erscheine mithin selbstverständlich, daß der mit der hypothekarischen Klage belangte Eigentümer diejenigen Einwendungen erheben könne, welche dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden, der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Schuldverhältnis entnommen seien. Allerdings sei eine entsprechende Bestimmung bei einer Anzahl von dinglichen Rechten aufgenommen, bei dem der Hypothek am nächsten verwandten Faustpfandrechte dagegen eine solche abgelehnt worden." (Prot. III S. 581.)

Macht also der Gläubiger selbst die Hypothek gegen den Eigentümer geltend, so kann der letztere dem dinglichen Anspruch eine Einrede aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnis ohne weiteres entgegensetzen (Denkschr. S. 221).

Hieran knüpfen sich zwei weitere Fragen.

a. Kann der Eigentümer die nicht für ihn, sondern für einen früheren Eigentümer begründeten Einwendungen der hier fraglichen Art gegen den dinglichen Anspruch geltend machen? In den Motiven (III S. 700 Nr. II 2) wird dies verneint. Das Recht des Eigentümers, vermöge obligatorischer Beziehungen zwischen ihm und dem Gläubiger zu verlangen, daß dieser die Hypothek überhaupt oder in vollem Umfange gegen ihn nicht ausübe, gehe durch die Veräußerung des Grundstücks auf dessen Erwerber nicht über. Der Erwerber könne daher von den gedachten Einwendungen des Veräußerers nur dann Gebrauch machen, wenn dieser sie ihm abgetreten habe. Auf diese Frage ist man bei den späteren Beratungen nicht zurückgekommen.

b. Kann der Eigentümer die für ihn gegen den Gläubiger unmittelbar begründeten Einwendungen dessen Sondernachfolger entgegensetzen? Über diese Frage, welche in den Motiven (III S. 700) gleichfalls verneint war, entbrannte bei der 2. Lesung ein heftiger Kampf, welcher nur mit 8 gegen 8 Stimmen durch Stichentscheid des Vorsitzenden im bejahenden Sinne entschieden wurde. Ausschlaggebend war, daß die entsprechende Vorschrift des § 38 PEigG. sich praktisch bewährt und nicht zu einer Beeinträchtigung des loyalen Verkehrs geführt habe (Prot. III S. 582—584, Bd VI S. 253 IV). Folge dieses Beschlusses ist die Aufnahme des § 1157 in das BGB. (vgl. die Anm. dazu).

2. „Unberührt bleibt das Recht des Eigentümers, die aus dem Grundbuche sich ergebenden Einwendungen und solche Einwendungen zu erheben, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint und die Unrichtigkeit des Inhalts des Grundbuchs geltend gemacht, insbesondere das Nichtbestehen der Forderung behauptet wird, soweit nicht die Erhebung durch die Vorschrift des § 1083 — BGB. § 1138 — ausgeschlossen ist." Entw. 1 § 1084 Abs. 2.)

Die Motive bemerken (III S. 697): „Der Eigentümer kann ferner die aus dem Grundbuche sich ergebenden Einwendungen, namentlich solche, durch die das Bestehen der Hypothek verneint wird, diese aber, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entgegenstehen, auch dann erheben, wenn das Buch über die Einwendung keine Auskunft gibt." Es wurde nicht verkannt, daß dies bereits aus anderweitigen Bestimmungen folgt (BGB. § 873, 892—894, 897, 899, 1138) und im allgemeinen für alle Rechte an Grundstücken gilt, ohne daß es für eins von ihnen bisher besonders ausgesprochen wäre, daß auch für die Hypothek ein solcher Ausspruch nicht angezeigt erscheine; es wurde aber zur richtigen Begrenzung der Tragweite des § 1084 für notwendig erachtet, darüber keinen Zweifel zu lassen, daß, wenn unter Abs. 1 dem Eigentümer die in einem persönlichen Rechtsverhältnisse sich gründenden Einwendungen zugestanden werden, die Absicht hierbei nicht sei, die aus dem Grundbuche hervorgehenden oder die das Bestehen der Hypothek verneinenden Einwendungen auszuschließen.

Nachdem bei der 2. Lesung § 1084 Abs. 1 Entw. 1 gestrichen war, ergab sich die Entbehrlichkeit des Abs. 2, der nur einer irrtümlichen Schlußfolgerung aus Abs. 1 entgegentreten sollte, von selbst (Prot. III S. 581).

Aus und zu den Motiven sei noch folgendes bemerkt.

a. Die Zulässigkeit der aus dem Grundbuche sich ergebenden Einreden spricht das PEigG. nicht als Grundsatz aus, sondern verwendet diesen Grundsatz im § 38 Abs. 2 ausdrücklich nur für die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse bei der Frage, ob solche einem dritten Inhaber der Hypothek entgegengesetzt werden können. „Alle Gesetze indessen, welche die Hypothek durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs schützen, gehen erkennbar davon aus, daß dieser Schutz gegen eine Einwendung zu versagen sei, zu welcher das Grundbuch selbst das Material liefert, daß der Gläubiger mit demselben Rechte, mit welchem er den hypothekarischen Anspruch auf das Grundbuch stützt, auch die auf den Inhalt des Buches sich gründende Verteidigung des Eigentümers gegen den Anspruch sich gefallen lassen müsse. Die Einwendungen, welche hierher gehören, können sowohl aus der Eintragung der Hypothek selbst als auch aus einer dieselbe aufhebenden oder verändernden Eintragung hergeleitet sein. Praktisch wichtig sind namentlich Veräußerungsverbote, welche einer Geltendmachung der Hypothek entgegenstehen, und Widersprüche zur Erhaltung von Einwendungen, welche gegen einen Vormann des gegenwärtigen Gläubigers eingetragen sind, gleichviel, ob durch sie die Forderung als Grundlage des dinglichen Rechtes oder das letztere unmittelbar betroffen wird." (Mot. III S. 698 a.)

b. Die Einwendungen, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint wird, obschon das Grundbuch sie als bestehend erscheinen läßt, gründen sich in einer Unrichtigkeit des Buches nach Maßgabe des § 894. Sie können sich nur gegen den dinglichen Vertrag (§ 873) richten, durch welchen die Hypothek bestellt ist. Durch die Einreden, welche sich

gegen die durch Hypothek gesicherte Forderung richten, wird der Bestand der Hypothek nicht berührt. Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder in der Folge erloschen, so kann zwar der Eigentümer dadurch den Anspruch aus der Hypothek abwenden, aber nicht aus dem Grunde, daß die Hypothek nicht bezw. nicht mehr bestehe, wie dies nach dem Entw. I der Fall sein sollte, sondern deshalb, weil die Hypothek nicht dem klagenden Gläubiger, sondern ihm (dem Eigentümer) gebühre (§ 1163).

Weder der § 38 noch eine andere Vorschrift des PEigG. entschied ausdrücklich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Einreden, die den dinglichen Bestand der Hypothek betreffen, gegen die Klage aus der Hypothek statthaft seien. Es wurden darunter die Einreden verstanden, daß ein Hypothekenrecht ungeachtet der erfolgten Eintragung einer rechtsgültigen Forderung wegen eines der Eintragungsbewilligung anhaftenden Mangels nicht entstanden sei, z. B. weil die Bewilligung gefälscht oder von einem Handlungsunfähigen oder von einem in seiner Verfügungsbefugnis beschränkten Eigentümer oder von einem Nichteigentümer erteilt war. Solche Einreden wurden dem Eigentümer gegen den ursprünglichen Gläubiger ohne weiteres, gegen den Zessionar nur nach dem Grundsatze des § 38 Abs. 2 EigG., der sich als ein allgemeiner, auch in anderen Bestimmungen (§ 9 Abs. 2, § 49 das.) wiederkehrender darstellte, zugelassen. (Turnau I S. 770 Anm. 22 und RG. E. 23 S. 273, Bd 32 S. 290, Bd 34 S. 238, Bd 35 S. 139.)

In den Motiven (III S. 698) heißt es: „Ist der dingliche Vertrag *nichtig*, so kann dies von jedem, der ein Interesse dabei hat, und folglich auch von demjenigen, auf welchen das Eigentum des Grundstücks nach Eintragung der Hypothek übergegangen ist, gegen den dinglichen Anspruch des Gläubigers geltend gemacht werden. Unterliegt dagegen der Vertrag nur der *Anfechtung*, so ist er so lange rechtsbeständig und wirksam, als er nicht angefochten ist. Das Anfechtungsrecht aber hat nach den Vorschriften der §§ 112, 113 — BGB. §§ 142 bis 144 — in Ansehung der Hypothekenbestellung nicht der Eigentümer als solcher, sondern nur derjenige, welcher die Eintragung bewilligt hat. Nur wenn dieser die Anfechtung erklärt, fällt der Vertrag. Hieraus ergibt sich, daß der Eigentümer nicht schon aus der Anfechtbarkeit, sondern nur aus der vom Berechtigten erklärten Anfechtung des dinglichen Vertrags eine Einwendung gegen den hypothekarischen Anspruch herleiten kann."

3. „Der Eigentümer kann, soweit nicht die Vorschrift des § 1083 — BGB. § 1138 — entgegensteht, auch diejenigen Einreden geltend machen, welche dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen; ein nach der Begründung der Hypothek von dem persönlichen Schuldner gegenüber dem Gläubiger erklärter Verzicht auf eine Einrede ist in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek unwirksam. Auf die in dem Inventarrechte sich gründende Beschränkung der dem Erben des persönlichen Schuldners obliegenden Haftung kann der Eigentümer sich nicht berufen." (Entw. I § 1084 Abs. 3.)

Hier wird der Fall behandelt, daß der Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner ist. Bei der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung kann der Eigentümer, soweit nicht die Vorschrift des § 1138 entgegensteht, sich aller Einreden bedienen, welche dem Schuldner gegen die Forderung zustehen. Der § 1137 BGB. spricht dies, mit dem ganzen Inhalte des § 1084 Abs. 3 Entw. I übereinstimmend, aus. Es gehören hierher nicht nur die Einreden, daß die Forderung nicht entstanden oder erloschen sei, sondern alle Einreden, welche den Schuldner berechtigen, die Befriedigung der Forderung zu verweigern. Eine Ausnahme gilt bezüglich der Einrede der Verjährung (vgl. Anm. B 3 S. 839). Eine weitere Ausnahme enthält die Vorschrift des § 1137 Abs. 1 Satz 2. Wenn nämlich nach dem Tode des Schuldners der persönliche Anspruch gegen den Erben erhoben wird, so kann dieser in bestimmten Fällen wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses die Befriedigung verweigern (vgl. §§ 1975 ff.). Diese Einrede darf aber, da die Hypothek gerade den Zweck hat, dem Gläubiger eine vom Vermögensstande des Schuldners unabhängige Sicherheit zu gewähren, gegen den dinglichen Anspruch nicht zugelassen werden.

Sie wird deshalb ebenso, wie im § 768 Abs. 1 Satz 2 für den Fall der Bürgschaft, ausdrücklich ausgeschlossen. (Mot. III S. 701 Nr. 5; Denkschr. S. 219.) Vgl. auch §§ 1971, 2016, 1990 Abs. 2 BGB. und § 221 Abs. 1 KO.

Kann der, welcher das Grundstück nach dessen Belastung mit der Hypothek erworben oder die letztere für die Schuld eines Dritten bestellt hat, die Einrede des Schuldners gebrauchen, so ist doch dieses Recht ein vollkommenes und den berechtigten Interessen des Eigentümers entsprechendes nur dann, wenn es unabhängig von dem Willen des Schuldners gestellt wird. Deshalb entzieht der § 1137 Abs. 2 einem nach der Begründung der Hypothek vom Schuldner gegenüber dem Gläubiger erklärten Verzicht auf eine Einrede die Wirksamkeit gegen den hypothekarischen Anspruch. (Mot. III S. 699; Denkschr. S. 219.)

II. Da der Eigentümer, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, sich in ähnlicher Lage befindet, wie ein Bürge, so ist bei der 2. Lesung ein Zusatz gemacht, wodurch dem Eigentümer gestattet ist, auch die einem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden gegen die Hypothek geltend zu machen. Demnach darf der Eigentümer die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, als dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, oder als der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann (Prot. III S. 581). Hierdurch ist dem Eigentümer nicht etwa das dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger zustehende Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht verliehen, der Eigentümer kann nicht gegen den Anspruch aus der Hypothek an Stelle des Schuldners anfechten und aufrechnen: er hat nur eine dilatorische Einrede bis zur Erledigung des Anfechtungs- und Aufrechnungsrechts durch den Schuldner bezw. den Gläubiger.

1. Wenn der persönliche Schuldner berechtigt ist, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, insbesondere wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123), so erlischt mit der Erklärung der Anfechtung seine Verbindlichkeit und damit auch die des Eigentümers, die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstücke zu gestatten (§§ 142, 143). Nur der persönliche Schuldner selbst hat aber darüber zu befinden, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will (§§ 142, 144). Anderseits kann, solange das Anfechtungsrecht besteht, dem Eigentümer billigerweise nicht zugemutet werden, dem Gläubiger die Befriedigung aus dem Grundstücke zu gestatten, da er im Falle nachträglicher Anfechtung berechtigt sein würde, das, was der Gläubiger zu seiner Befriedigung erhalten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern (§§ 812 ff.). Deshalb ist dem Eigentümer bis zum Erlöschen des Anfechtungsrechts die Befugnis gegeben, die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke zu verweigern. (Denkschr. S. 137.) Gegenüber dem Gläubiger ist dies keine Unbilligkeit. Dieser kann zwar den persönlichen Schuldner nicht direkt zu einer Erklärung zwingen, ob er anfechten wolle oder nicht, wird aber dadurch, daß er ihn auf die Leistung verklagt, regelmäßig zum Ziele gelangen. Allerdings wird in vielen Fällen, wenn der Eigentümer bei Bestellung der Hypothek weiß, daß die Schuldverbindlichkeit mit einem Anfechtungsrechte behaftet ist, ein Verzicht des Eigentümers auf das Anfechtungsrecht vorliegen. Indessen lassen sich auch andere Fälle denken, und es erscheint deshalb richtiger, im Prinzipe dem Eigentümer eine solche dilatorische Einrede zu geben. (Prot. II S. 466.)

2. Der Eigentümer kann ferner die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dieser sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann. Indem der Eigentümer dem Gläubiger die Befriedigung aus dem Grundstücke versagt, nötigt er ihn, sie aus dem Vermögen des persönlichen Schuldners durch Aufrechnung seiner Forderung gegen eine Forderung des Schuldners zu erlangen. Hier entsteht die Frage, ob der Gläubiger die Einrede des Eigentümers dadurch beseitigen kann, daß er mit Zustimmung des Schuldners dessen fällige Forderung auf eine andere ihm gegen die Schuldner zustehende Forderung, als die, wofür die Hypothek bestellt ist, aufrechnet, obwohl nach der gesetzlichen Verrechnungsart in den §§ 396, 366, 367 BGB. die

letztere zur Aufrechnung zu bringen war. Für das preuß. Recht ist dies in Ansehung des Verhältnisses des Bürgen zum Gläubiger verneint (Rehbein, Entsch. d. OTrib. 2 S. 696; Förster-Eccius 2 § 144 Anm. 83). Dieselbe Antwort wird auch für das Verhältnis des nicht persönlich haftenden Eigentümers zum Hypothekengläubiger nach dem BGB. zutreffen. Nach § 770 Abs. 2 kommt es darauf an, daß der Gläubiger sich wegen seiner Hypothekenforderung durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Schuldners befriedigen **kann**, daß ihm also ein Recht auf Aufrechnung zusteht. Ein solches Recht steht ihm aber in dem vorausgesetzten Falle nur bezüglich seiner Hypothekenforderung zu. Anderseits kann der Schuldner dem Eigentümer seine Einrede nicht dadurch entziehen, daß er gegenüber der unberechtigten Aufrechnung des Gläubigers auf das ihm nach § 396 zustehende Widerspruchsrecht verzichtet (§ 1137 Abs. 2). (A. M. Oberneck 1 S. 992, Planck Nr. 5 zu § 1137. Hachenburg Vortr. S. 550 f.; wie hier Kober und Willenbücher.)

3. Beide Einreden stehen dem Eigentümer nur gegenüber einem solchen Gläubiger zu, der die **Anfechtung** des Rechtsgeschäfts seitens des Schuldners dulden muß, oder dem das Aufrechnungsrecht gegen den Schuldner gebührt. Da in dem Verhältnisse zwischen dem Schuldner und Gläubiger der dingliche Anspruch gegen den Eigentümer außer Betracht bleibt, so kann der Schuldner das ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehende Anfechtungsrecht ohne weiteres, ohne daß es auf guten Glauben und Eintragung im Grundbuch (§ 892) ankommt, auch gegen den späteren Erwerber der Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, geltend machen; denn dieser hat die persönliche Forderung nach dem Rechte der Schuldverhältnisse mit allen ihr bei der Abtretung anhaftenden Einreden erworben (§ 404). Anders verhält es sich mit dem Aufrechnungsrechte des Gläubigers. Der Gläubiger kann seine Forderung nur gegen eine solche Forderung aufrechnen, die dem Schuldner ihm gegenüber zusteht (§ 387). Wenn auch dem Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen gestattet ist, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufzurechnen (§ 406), so ist doch dem neuen Gläubiger im Gesetze die Befugnis nicht gegeben, seine Forderung gegen die Forderung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger zur Aufrechnung zu bringen. Dem Sonderrechtsnachfolger des aufrechnungsberechtigten Gläubigers gegenüber steht dem Eigentümer die Einrede aus § 770 Abs. 2 also nicht zu.

4. Dem Eigentümer ist die dem Bürgen nach § 771 zustehende Einrede der **Vorausklage** nicht gegeben. Der Eigentümer kann also die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke nicht bis dahin verweigern, daß der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den persönlichen Schuldner der Hypothekenforderung ohne Erfolg versucht hat. Vgl. Nr. 6 S. 831.

B. **Ergebnisse.**

1. Es ist schon an anderer Stelle (Anm. I S. 222) bemerkt, daß das Vorbringen rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen, womit das Bestehen der Hypothek oder das Gläubigerrecht des Klägers verneint wird, nicht zu den Einreden im Sinne des BGB. gehört.

a. Die **Einwendung**, daß die Hypothek nicht entstanden sei, kann sich darauf gründen, daß die Hypothek im Grundbuche nicht eingetragen ist, oder daß im Eintragungsvermerk eine der nach § 1115 notwendigen Angaben fehlt, oder daß die aufschiebende Bedingung, unter der die Hypothek bestellt worden, nicht eingetreten ist (§ 158). Sie kann sich ferner darauf stützen, daß die der Eintragung der Hypothek zugrunde liegende Einigung (§ 873) nichtig oder angefochten ist (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Eigentümers, der die Hypothek bewilligt hat, oder wegen gefälschter Vollmacht des Vertreters des Eigentümers, wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung). Der Einwand, daß die Hypothek erloschen sei, kann darauf beruhen, daß die auflösende Bedingung, die der Hypothek beigefügt worden, eingetreten ist (§ 158 Abs. 2), oder daß die noch ungelöschte Hypothek infolge der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks

erloschen sei. Die Wirksamkeit der Hypothek kann dadurch in Frage gestellt werden, daß eine Verfügungsbeschränkung den Eigentümer an der Bestellung der Hypothek verhindert habe. Vgl. Anm. 2 S. 833.

b. Der Einwand, daß die Hypothek dem Kläger, obwohl dieser als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert ist, nicht zustehe, kann darauf gegründet werden, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, nicht zur Entstehung gelangt, weil z. B. bei einer Darlehnshypothek die Hingabe des Darlehns unterblieben sei (§ 607), und daß deshalb die Hypothek dem Eigentümer zustehe (§ 1163 Abs. 1), oder daß bei einer Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht übergeben und daß deshalb die Hypothek vom Gläubiger nicht erworben sei (§ 1163 Abs. 2, § 1117), oder daß die Hypothek auf den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner, der den Gläubiger befriedigt hat oder in dessen Person sich Forderung und Schuld vereinigt haben, übergegangen (§ 1164), oder daß die Hypothek, weil der Gläubiger darauf verzichtet hat, vom Eigentümer erworben (§ 1168), oder daß die Forderung mit der Hypothek (§ 1153) infolge der Befriedigung des Gläubigers durch ihn auf den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner (§ 1143), oder im Falle des § 268 auf einen Dritten übergegangen (§§ 1150, 268 Abs. 3), oder endlich, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, erloschen und daß deshalb die Hypothek vom Eigentümer erworben sei (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), z. B. infolge der Befriedigung des Gläubigers (§ 362), infolge von Aufrechnung (§ 389), Hinterlegung (§ 378), Anfechtung (§ 142) durch den persönlichen Schuldner oder durch den Erlaß der Schuld seitens des Gläubigers (§ 397). Vgl. Anm. 2 S. 833.

In den Fällen zu a und b gilt zwar die eingetragene Hypothek als bestehend und der eingetragene Gläubiger als der Gläubiger (§§ 891, 1138), aber das Grundbuch ist unrichtig, weil nach der wirklichen Rechtslage die Hypothek nicht besteht bezw. der als Gläubiger Eingetragene nicht der Gläubiger ist. Der Eigentümer kann von dem Gläubiger die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs verlangen und diesen Anspruch durch die Eintragung eines Widerspruchs sichern (§§ 892—894, 899, 1138, 1139). Gegen den ersten Gläubiger steht der Berichtigungsanspruch unbedingt zu, gegen seinen Rechtsnachfolger auf Grund Rechtsgeschäfts nur dann, wenn ein Widerspruch eingetragen ist oder wenn dem Rechtsnachfolger die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (§ 892).

Die Einwendungen zu a und b stehen dem Eigentümer auch gegen die Sicherungshypothek zu, und zwar die zu b gegen jeden, den ersten wie die folgenden Gläubiger unbedingt, da der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184).

2. Besonders hervorgehoben sind im BGB. nur die Einreden im technischen Sinne, d. h. die Einreden, mit denen geltend gemacht wird, daß die Befriedigung des an sich begründeten Anspruchs aus der Hypothek zurzeit oder für immer verweigert werden dürfe (vgl. Anm. I S. 222). Es sind dies die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung und die dem Bürgen nach § 770 (§ 1137), sowie die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehenden Einreden (§ 1157).

a. Die Bedeutung des § 1137 liegt darin, daß dem Eigentümer, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, die Befugnis gegeben wird, sich gegen die Klage aus der Hypothek, mit der der Gläubiger Befriedigung aus seinem Grundstück erstrebt, mit den Einreden zu verteidigen, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen; denn daß der Eigentümer, wenn er zugleich der persönliche Schuldner ist, diese Einreden geltend machen kann, ist selbstverständlich. Hierdurch wird der Eigentümer ähnlich wie der Bürge gestellt, der die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann (§ 768). Die Einwendungen, womit dargetan wird, daß die Forderung nicht besteht, weil sie nichtig oder angefochten ist, gehören nicht zu den Einreden des § 1137, sondern zu den

Digitized by Google

unter 1 b erwähnten Einwendungen (a. M. Böhm S. 191). In Betracht kommt namentlich die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner, die Einrede, daß dem Schuldner die Forderung gestundet sei, die Einrede, daß der Schuldner die Erfüllung des Anspruchs aus der Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, verweigern könne, weil der Gläubiger das Schuldanerkenntnis ohne rechtlichen Grund (z. B. das Darlehnsanerkenntnis ohne Hingabe des Darlehns) erlangt habe und daher zu dessen Herausgabe verpflichtet sei (§§ 780, 781, 812; vgl. Mot. III S. 699). Ausgeschlossen sind nur die Einrede der Verjährung (vgl. Anm. 3 S. 834) und die Einrede der beschränkten Haftung des Erben des Schuldners (§ 1137 Abs. 1 Satz 2). Vgl. Anm. 3 S. 839.

b. Mit den dilatorischen Einreden des § 770 wird nicht geltend gemacht, daß die Forderung vom Schuldner bereits angefochten ist, oder daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber bereits aufgerechnet hat. Ist dies der Fall, so liegt eine Einwendung der unter 1 b erwähnten Art vor: die Forderung ist infolge der Anfechtung oder Aufrechnung erloschen (§§ 142, 389) und die Hypothek deshalb vom Eigentümer erworben (§ 1163). Die Einreden des § 770 haben den Inhalt, daß dem Schuldner die Befugnis zur Anfechtung und dem Gläubiger die Befugnis zur Aufrechnung zusteht und daß deshalb der Eigentümer zur Zeit die Befriedigung des Gläubigers verweigern darf. (Küntzel in Gruch. 41 S. 436.) Vgl. im übrigen Anm. II S. 835.

c. Während der Eigentümer die Einreden gegen die Forderung (a und b) aus dem Rechte des Schuldners herleitet, sie also nicht gegen eine Grund- oder Rentenschuld vorbringen kann, stehen ihm die Einreden gegen die Hypothek (§ 1157) kraft eigenen Rechtes und daher auch gegen die Grund- und Rentenschuld zu. Sind ihm diese Einreden aus einem zwischen ihm und dem klagenden Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis erwachsen, so kann er sie, wie alle ihm gegen den klagenden Gläubiger unmittelbar zustehenden Einreden (vgl. Anm. 1 S. 831), ohne weiteres dem dinglichen Anspruch entgegensetzen. Die Besonderheit des § 1157 besteht in der Zulassung der Einreden gegen den klagenden *Rechtsnachfolger* des bisherigen Gläubigers (vgl. Anm. 1 b S. 833). Nur der Eigentümer kann jedoch die Einreden geltend machen, dem sie erwachsen sind, nicht auch sein Rechtsnachfolger. Will der Eigentümer von den für einen früheren Eigentümer begründeten Einreden Gebrauch machen, so muß er seine Berechtigung dazu besonders dartun, z. B. durch Vorlegung einer Abtretungserklärung (Anm. 1 a S. 832). Unter den § 1157 fallen insbesondere die Einreden, daß der Gläubiger sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet habe, vor oder nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums oder vor oder nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses die Hypothek nicht oder nicht mehr geltend zu machen oder unter gewissen Bedingungen auf die Hypothek zu verzichten oder die Hypothek nicht abzutreten, oder die Hypothek so lange nicht geltend zu machen, bis die Zwangsvollstreckung gegen den persönlichen Schuldner wegen der Hypothekenforderung erfolglos betrieben ist. Es muß betont werden, daß es sich im § 1157 lediglich um Einreden gegen das *dingliche Recht* der Hypothek, nicht um Einreden oder Einwendungen gegen die Forderung handelt.

Die Einreden des § 1137 sind unter die Vorschriften der §§ 891—899, die Einreden des § 1157 unter die Vorschriften der §§ 892, 894—899, 1140 gestellt. Daraus ergibt sich einmal, daß die Einreden gegen den rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek, gegen dessen Vorgänger sie entstanden sind, nur geltend gemacht werden können, wenn sie diesem bekannt oder aus dem Grundbuche oder dem Hypothekenbrief ersichtlich waren (vgl. jedoch §§ 1158, 1159). Dies gilt auch bezüglich der Einreden zu c — nicht auch bezüglich der Einreden zu a und b, die sich gegen die Forderung richten — für die Sicherungshypothek; der § 1157 ist im § 1185 Abs. 2 nicht von der Anwendung ausgeschlossen. Es ergibt sich weiter, daß das Grundbuch unvollständig ist, solange die Einreden nicht eingetragen sind, und daß deshalb von dem Gläubiger, der die Einreden gegen sich gelten lassen muß, die

Bewilligung ihrer Eintragung verlangt und daß zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs herbeigeführt werden kann.

Da die Einreden zu 2 infolge Verzichts wegfallen (Anm. I S. 222), würde der Schuldner durch seinen Verzicht dem Eigentümer die Einreden des § 1137 entziehen können. Um dem vorzubeugen, ist im § 1137 Abs. 2 bestimmt, daß der Eigentümer eine Einrede nicht verliert, wenn der Schuldner darauf dem Gläubiger gegenüber nach Begründung der Hypothek verzichtet (Anm. 3 S. 834). Der Bürge ist nach § 770 nicht befugt, das dem Schuldner zustehende Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht geltend zu machen, vielmehr hat er nur das Recht, die Befriedigung des Gläubigers *so lange* zu verweigern, als dem Hauptschuldner das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht zusteht. Der Eigentümer steht demnach hinsichtlich der Einreden aus § 770 anders, als hinsichtlich der dem *Schuldner* zustehenden Einreden. Diese stehen ihm unbedingt und unentziehbar zu, jene nur, solange dem Schuldner das Recht zusteht. Verzichtet also der persönliche Schuldner auf die Anfechtung oder Aufrechnung, so kann der Eigentümer die Zahlung aus dem Grundstücke nicht mehr verweigern. Dies scheint sich aus §§ 768, 770 klar zu ergeben. Daß der Eigentümer durch *seinen* Verzicht die Einreden sowohl des § 1137 als des § 1157 verliert, versteht sich von selbst.

3. Bereits in Anm. 5 S. 323 ist ausgeführt, daß gegen die dingliche Klage aus der Hypothek die Einrede der Verjährung der Forderung zu ihrem Kapitalbetrag ausgeschlossen ist. Dagegen kann diese Einrede der persönlichen Klage auf den Kapitalbetrag, insbesondere auch der Klage auf den bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks ausgefallenen Betrag, sowie der dinglichen und der persönlichen Klage auf Rückstände von Zinsen und andern wiederkehrenden Leistungen mit voller Wirkung entgegengesetzt werden. Es kann daher vorkommen, daß der Gläubiger in demselben Rechtsstreite, wenn die Einrede der Verjährung erhoben ist, mit der dinglichen Klage wegen des Kapitals und der unverjährten Zinsen durchdringt, mit der persönlichen Klage wegen des Kapitals und der verjährten Zinsen (§§ 197—201) abgewiesen wird. Über die Verjährung der von dem Hauptanspruch abhängenden Nebenleistungen vgl. § 224 BGB. in Anm. 5 S. 324.

4. Dringt der Eigentümer gegen den Hypothekengläubiger mit einer dem persönlichen Schuldner gegen diesen zustehenden Einrede durch, so regeln sich die Folgen für den Schuldner und für den Eigentümer nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse. Hat z. B. der Schuldner, während er Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks war, die Hypothek bestellt und ist die Forderung nicht entstanden oder während seiner Besitzzeit erloschen, so hat er die Hypothek als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) erworben (§ 1163). Hatte in solchem Falle der Eigentümer die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so steht ihm in der Person des früheren Schuldners ein neuer Gläubiger der Hypothek gegenüber, den er anerkennen muß. Hatte er sie nicht übernommen, so steht ihm gegen den Schuldner als Veräußerer der Anspruch auf Befreiung des Grundstücks von der Hypothek nach § 439 Abs. 2 zu. Hat der Schuldner nach der Übertragung des Eigentums des Pfandgrundstücks den Gläubiger befriedigt, obwohl dazu der Eigentümer als Erwerber des Grundstücks infolge der (vom Gläubiger nicht genehmigten) Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis gegenüber dem Schuldner als Veräußerer verpflichtet war (§ 415 Abs. 3), so ist die Hypothek kraft Gesetzes auf den Schuldner übergegangen (§ 1164). Hat in diesem Falle der Eigentümer die Hypothekenforderung nicht auf den Kaufpreis übernommen und ist er oder einer seiner Rechtsvorgänger dem Schuldner auch nicht aus einem anderen Rechtsgrund ersatzpflichtig, so hat der Schuldner durch die Befriedigung des Gläubigers nur die ihm als Veräußerer obliegende Verpflichtung (§ 439 Abs. 2) erfüllt und der Eigentümer erwirbt die Hypothek als Grundschuld (§§ 1163, 1177). Ist die Schuldübernahme zwar durch die erteilte oder als erteilt geltende Genehmigung des Gläubigers wirksam geworden (§ 416) und infolge dessen der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners getreten (§ 414), wird aber durch die

persönliche und dingliche Klage des Gläubigers gegen den Übernehmer-Eigentümer abgewiesen, weil weder die Hypothek noch die Forderung besteht (Anm. B 1 S. 836 f.), so ist die Schuldübernahme gegenstandslos und der Übernehmer-Eigentümer muß dem Schuldner-Veräußerer denjenigen Betrag des Kaufpreises zahlen, welcher durch die Übernahme belegt werden sollte (§ 812).

5. Die Einreden aus § 1137 stehen nur dem Eigentümer zu, nicht anderen mit der Hypothekenklage Belangten, z. B. dem gleich- oder voreingetragenen Berechtigten. Diese können nur die Einrede 1 a, b und 2 c (§ 1157) geltend machen.

6. Nach § 193 Satz 2 KO. werden die Rechte aus einer für die Forderung bestehenden Hypothek durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Daher steht dem Eigentümer gegen den Hypothekengläubiger die Einrede des Zwangsvergleichs nicht zu (Hahn-Mugd. Mat. 7 S. 249).

§ 1138.

Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden.

I. Der § 1138 dehnt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, welcher in den § 892—899 geregelt ist, mit Einschluß der im § 891 bestimmten Rechtsvermutung in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek auf die Forderung aus, für welche die Hypothek bestellt ist. Soweit die Hypothek aus Gründen in Frage gestellt werden kann, welche sich nicht auf die Forderung, sondern auf den Bestand und die Wirksamkeit des dinglichen Rechtes beziehen, finden die bezeichneten §§ auf sie unmittelbar Anwendung. Wird der Anspruch nur aus dem persönlichen Schuldverhältnisse geltend gemacht, so kommen sie überhaupt nicht in Betracht. Die Forderung wird deshalb vom § 1138 nur so weit betroffen, als die Hypothek von ihr abhängig ist. (RG. E. 49 S. 6.)

1. Die Erstreckung der Rechtsvermutung des § 891 auf die Forderung sprach § 37 PEigG. dahin aus: „Durch die Eintragung der Hypothek wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigentümer begründet." Danach bedurfte es bei Verfolgung des Anspruchs aus der Hypothek nicht der besonderen Begründung der Klage aus dem persönlichen Schuldverhältnisse; der eingetragene Schuldgrund galt so lange für richtig, bis der Beklagte den Einwand, der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt sei, bestehe nicht, bewies. Diese Beweispflicht entspricht dem Grundbuchsysteme, von welchem das BGB. ausgeht. „Der Hauptzweck der Bucheinrichtung ist danach die Feststellung der Rechte am Grund und Boden. Gründet nun hierauf der § 891 eine Vermutung für die in dem Grundbuche bezeugte Erwerbung oder Aufhebung eines solchen Rechtes, so nötigt mit Rücksicht darauf, daß bei Hypotheken die Forderung die unerläßliche Voraussetzung des dinglichen Rechtes ist, schon die Konsequenz zur Erstreckung dieser Vermutung auf die Forderung. Es spricht hierfür aber auch die Rücksicht auf den Realkredit, da das Kapital um so reichlicher dem Grundbesitze zufließen wird, je einfacher und leichter das Gesetz die Geltendmachung der Hypothek gestaltet." Die Frage, ob die Vorschrift des § 1138 in Beziehung auf den § 891 überhaupt nötig sei, ist bejaht, weil in der Eintragungsbewilligung als solcher ein Anerkenntnis der Forderung nicht liege, das den Gläubiger des Beweises entbinde. „Die Hypothekenbestellung ändert das persönliche Schuldverhältnis an sich gar nicht. Will man daher eine Gewähr dafür haben, daß die Praxis nicht auch insoweit, als die Forderung aus dem Grundbuche hervorgeht, den Gläubiger als beweispflichtig ansehen werde, so bleibt nur übrig, die Vorschrift des § 891 auf die Forderung zu übertragen." (Mot. III S. 694.)

2. Der Grundsatz, daß, wer eine bestrittene Forderung geltend macht, dieselbe beweisen muß, erleidet durch die Eintragung der Forderung im Grundbuch eine Änderung dahin, daß vermutet wird, die eingetragene Forderung stehe dem Gläubiger zu, und daß deshalb der Gläubiger das Bestehen der Forderung nicht zu beweisen hat (§§ 1138, 891). Die

Vermutung gilt nicht etwa, wie die Fiktion des § 892, bloß zugunsten eines dritten Erwerbers, sondern sie kommt einem jeden zustatten, der ein Interesse daran hat, namentlich auch dem Schuldner-Eigentümer gegenüber dem Gläubiger und umgekehrt (RG. V 243. 03). Die Vermutung kann jedoch nur durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden (ZPO. § 293). Steht z. B. eine eingetragene Darlehnsforderung in Frage und beweist der Eigentümer des mit ihr belasteten Grundstücks, daß der Gläubiger die Valuta des Darlehns im Zeitpunkte der Eintragung nicht gezahlt hatte, so ist die Vermutung nicht eingetreten und dem Gläubiger *liegt der Beweis ob*, daß die Forderung in anderer Weise oder nachträglich durch Valutazahlung begründet worden sei. Der Gegenbeweis kann durch jedes Beweismittel geführt werden und eines Beweises bedarf es überhaupt nicht, wenn der Gläubiger zugesteht, daß er die Valuta nicht gezahlt habe (ZPO. § 288). Worauf sich der Gegenbeweis zu erstrecken habe, bestimmt das Gesetz nicht. Der Richter hat nach freier Überzeugung darüber zu entscheiden, ob die Nichtzahlung der Valuta für bewiesen zu erachten sei oder nicht (ZPO. § 286). Er kann eine Entkräftung der Vermutung schon aus dem Zugeständnisse des Gläubigers entnehmen, daß er bei Ausstellung der Schuldurkunde oder der Eintragungsbewilligung seitens des Eigentümers die Valuta noch nicht gezahlt hatte. Jedenfalls wird es für die Entkräftung der Vermutung ausreichen, daß der Gläubiger zugesteht, bei der Eintragung der Valuta nicht gezahlt zu haben. Aber das Gesetz bindet die freie Überzeugung des Richters in keiner Weise, und die Revision ist machtlos gegenüber der darauf gegründeten tatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichts (RG. E. 49 S. 6). Wird dagegen nicht vom Hypothekengläubiger der Anspruch aus der Hypothek für ein anderes Schuldverhältnis, als das im Grundbuche bezeichnete, geltend gemacht, ist es vielmehr der Schuldner und Grundstückseigentümer, der auf die unrichtige Angabe des Schuldverhältnisses im Grundbuch ein Recht stützt, indem er behauptet, daß der Hypothekengläubiger seinen nach Maßgabe des wirklichen Schuldverhältnisses bestehenden Verpflichtungen zuwidergehandelt habe, so liegt gemäß dem allgemeinen Grundsatze, wonach der Kläger die klagebegründenden Tatsachen zu beweisen hat, ihm und nicht dem Gläubiger die Beweislast darüber ob, welchen Inhalt das wirkliche Schuldverhältnis gehabt hat. (RG. JW. 1902 S. 421.) Oder hat der Eigentümer die Eigentumsstörungsklage (§ 1004) in Gestalt der Grundbuchberichtigungsklage (§ 894) erhoben mit dem Antrag auf Löschung einer Darlehnshypothek und mit der Begründung, daß kein Gegenwert gegeben sei, so ist dieser Klagegrund nicht schon dadurch bewiesen, daß der Gläubiger das Nichtvorliegen eines *baren* Darlehns zugestanden hat; denn das BGB. kennt auch ein vereinbartes Darlehn (§ 607 Abs. 2). Die Bestellung einer Hypothek für ein Darlehn, verbunden mit der Bewilligung der Eintragung ist als gültiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 zu erachten und beweist gegen den Aussteller, daß er sich als Schuldner eines Darlehns bekannt hat bis dahin, daß dieses Schuldanerkenntnis auf sein Betreiben im Wege des § 812 Abs. 2 entkräftet (kondiziert) ist. (RG. E. 57 S. 320; Gruch. 49 S. 910, S. 913.) In solchen Fällen hat der Eigentümer die Beweislast ohne Unterschied, ob die Hypothek bestellt und eingetragen ist unter der Herrschaft des früheren oder des neuen Rechtes (RG. V 152. 05). Ähnlich ist die *Beweislast* zu regeln, wenn vom Hypothekengläubiger, nachdem er befriedigt worden ist, die Herauszahlung eines Betrags verlangt wird, den er ohne Rechtsgrund erhalten haben soll. Nachdem er befriedigt worden ist, hat der Hypothekengläubiger in Ansehung der Hypothek überhaupt nichts, namentlich nicht zu beweisen, daß der Hypothek ein gültiger Schuldtitel zugrunde gelegen habe. Wird ihm gegenüber behauptet, daß er durch Einziehung der Hypothek bereichert worden sei, weil dieser ein persönliches Schuldverhältnis nicht zugrunde gelegen habe, so kann er den Beweis dieser Behauptung erwarten. (RG. E. 49 S. 300.) — Mit der Löschung der Hypothek wird zwar die Vermutung aus § 891 BGB. zerstört, aber keine Vermutung für die Tilgung der *Forderung* begründet. Der mit der persönlichen Klage Belangte muß die Tilgung beweisen (Meyer im Recht 1903 S. 38).

Hat in der Schuldurkunde der Schuldner anerkannt, dem Gläubiger eine bestimmte Summe als Darlehn zu verschulden, und ist in Übereinstimmung damit im Grundbuche als Schuldgrund nur Darlehn auf Grund der Schuldurkunde eingetragen, so wird durch das Zugeständnis des Gläubigers, er habe nicht am Tage der Ausstellung des Schuldbekenntnisses, sondern schon früher dem Schuldner die Darlehnsvaluta gezahlt, die Vermutung, daß der Schuldner dem Gläubiger das Darlehn verschulde, nicht entkräftet, und der Schuldner bleibt für seine Behauptung, daß der Gläubiger die Darlehnsvaluta nicht gezahlt habe, beweispflichtig, da für die Entstehung der Forderung ein bestimmter Tag nicht angegeben ist (RG. V 243. 03). — Ist auf Grund einer Schuldurkunde, worin der Eigentümer den Empfang eines Darlehns von bestimmtem Betrage bekannt hat, eine Hypothek in Höhe dieses Betrags eingetragen, so liefert das Empfangsbekenntnis den Beweis, daß dem Eigentümer das als Gegenleistung für die Hypothek versprochene Darlehn, sei es durch Hingabe der baren Darlehnssumme oder durch Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld gewährt worden ist (BGB. § 607). Behauptet der Eigentümer, daß ihm das Darlehn nicht zum vollen Betrage gewährt sei, und fordert er Nachgewährung des Restbetrags, so liegt ihm die Beweislast ob. (RG. E. 56 S. 235.) Vgl. auch Anm. 10 S. 845.

3. Was die §§ 892, 893 anlangt, so muß, wenn die Hypothek ihre Funktion als Realkreditform wie bisher im Verkehr erfüllen soll, auch die *Forderung*, soweit es sich um den *dinglichen* Anspruch handelt, unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestellt werden. Das PEigG. zog im § 38 Abs. 2 seinem Wortlaute nach die Konsequenzen aus dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens für das Hypothekenrecht nur in Beziehung auf die *Einreden* gegen die Forderung. Hierauf darf jedoch ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil die Gesetze, die nur der Einrede gedenken, jenen Grundsatz überhaupt nicht allgemein durchführen, sondern sich darauf beschränken, dessen Folgerungen festzusetzen, zu welchen sie durch die Rücksicht auf das praktische Bedürfnis zunächst genötigt wurden. Wird dagegen, wie in den §§ 892, 893 BGB., das Ziel verfolgt, den Einfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf das gesamte Immobiliarrecht klarzustellen, so kann im Hypothekenrechte nicht eine Sonderbestimmung zum Schutze des Erwerbers einer Hypothek gegen Einreden genügen. Vielmehr muß dieser Schutz auf die Forderung als solche ausgedehnt werden, weil sonst das Mißverständnis zu besorgen wäre, daß sie, von den Einreden abgesehen, dem Prinzipe nicht unterliegen solle. Dadurch wird namentlich die nicht selten schwierige Frage, ob eine Forderung an sich oder nur infolge eines Einwandes hinfällig ist, abgeschnitten. Dadurch, daß der §§ 1138 die Anwendung der §§ 892, 893 in Ansehung der Forderung vorschreibt, schützt er also den Gläubiger zugleich gegen alle Einwendungen, welchen die Forderung ausgesetzt ist. (Mot. III S. 695.)

Zugunsten dessen, der ein Recht an einer Hypothek durch *Rechtsgeschäft* (gegen oder ohne Entgelt) erwirbt, gilt die Forderung, wofür die Hypothek besteht, sowie sie eingetragen ist, als richtig, einredefrei und bestehend, sowie dem eingetragenen Gläubiger unbeschränkt zustehend, wenn das Gegenteil weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch dem Erwerber bekannt ist. Nur unter dieser Voraussetzung kann z. B. dem Erwerber entgegengehalten werden, daß Eigentümer und Gläubiger vereinbart haben, die Forderung dürfe an einen anderen nicht abgetreten werden (RG. V 558. 04). Die Kenntnis eines Sondernachfolgers des gutgläubigen Erwerbers schadet nicht (S. 266 f.). Es muß aber betont werden, daß dies nur in Ansehung des Anspruchs aus der *Hypothek*, nicht auch in Ansehung des Anspruchs aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit gilt. Ist die Forderung nach dem Rechte der Schuldverhältnisse erloschen, so ist und bleibt sie erloschen und kann gegen den persönlichen Schuldner nicht geltend gemacht werden. Auch der gutgläubige Erwerber einer Hypothek erwirbt die erloschene Forderung nicht als bestehende, sie wird nach den Grundsätzen des Sachenrechts nur bei Verfolgung des Hypothekenrechts als bestehend angesehen. Es kann daher vorkommen, daß der Gläubiger, welcher die dingliche Klage mit der persönlichen verbindet, mit jener gegen den Beklagten als Eigentümer des belasteten Grundstücks durchdringt, weil das Erlöschen der Forderung aus dem Grundbuche nicht ersichtlich und ihm nicht bekannt war, daß er dagegen mit der persönlichen Klage

Digitized by Google

gegen den Beklagten als persönlichen Schuldner abzuweisen ist, weil ihm der Einwand des Erlöschens der Forderung unbedingt entgegensteht. Das ist z. B. der Fall, wenn die Forderung gegenüber dem Rechtsvorgänger des klagenden Gläubigers durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht ist (§ 389).

Andere Erwerbsarten, als die auf Rechtsgeschäft beruhenden, stehen nicht unter dem Schutze des § 893 (Anm. 2 u. 3 S. 246).

Daß der Glaube des Grundbuchs dem Gläubiger auch in Ansehung der Hypothek nicht bei der Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und bei dem Anspruch auf Erstattung von Kosten zur Seite steht, ist im § 1159 bestimmt.

Der gutgläubige Erwerb einer Hypothek schafft unanfechtbares Gläubigerrecht und nützt auch dem bösgläubigen Zessionar des Erwerbers. Hat der Zedent die Hypothek auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gutgläubig erworben, so ist er dadurch nicht nur für seine Person gegen Einreden geschützt, er hat vielmehr wirkliches Gläubigerrecht an der Hypothek erworben, so daß er über die erworbene Hypothek zugunsten eines bösgläubigen Dritten verfügen kann. Die Sache liegt ebenso, als wenn jemand gutgläubig die Auflassung eines Grundstücks von dem Bucheigentümer, der aber Nichteigentümer war, erlangt hat (Anm. 4 S. 266 f.).

4. Der Entw. I enthielt im § 1085 Abs. 1 die Bestimmung: „Zur Erhaltung einer gegen die Forderung bestehenden Einrede kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Auf diese Vormerkung finden die Vorschriften der §§ 844, 845 entsprechende Anwendung." Die Vorschriften der §§ 844, 845 Entw. I sind im § 899 BGB. enthalten. Die Motive (III S. 702) bemerken: „Der Eigentümer verliert die nicht aus dem Grundbuche hervorgehenden Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek, wenn der Gläubiger über die letztere zugunsten eines Dritten verfügt, der sich auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zum Schutze seiner Erwerbung berufen kann. Das Gesetz muß daher, um gerecht zu sein, ein Mittel bieten, durch welches eine für den Eigentümer begründete Einwendung dem Einflusse von Verfügungen des Gläubigers entzogen wird." Die Landesgesetze gewährten dieses Mittel dadurch, daß sie die Eintragung der Einwendung in das Grundbuch bezw. die Eintragung eines Widerspruchs des Eigentümers gegen Verfügungen des Gläubigers gestatteten. Der Eintragung wurde nach einigen nur die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung (Protestation, Verwahrung), nach anderen die Bedeutung der Vormerkung beigelegt (vgl. PALR. I 20 §§ 417—426, 523; PEigG. §§ 49, 60, 70). — Zweifellos ist zunächst, daß, wenn die Sachlage danach angetan erscheint, den Gläubiger in der Verfügung über die Hypothek durch ein Veräußerungsverbot zu beschränken, das Gericht auf Antrag des Eigentümers das Verbot zu erlassen und dessen Eintragung anzuordnen hat. Nicht zweifelhaft ist ferner, daß das Institut des Widerspruchs, welches der § 899 regelt, auch für das Hypothekenrecht Geltung hat. Eine Bestimmung zur Erhaltung von Einwendungen des Eigentümers gegen den hypothekarischen Anspruch ist demnach nur insoweit nötig, als sie sich gegen die Forderung richten, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. In dieser Hinsicht aber muß die Konsequenz dahin führen, in gleicher Weise, wie der Schutz des Gläubigers durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erweitert wird, auch die Sicherung des Eigentümers gegen die Gefahr, welche hieraus den Einwendungen gegen die Forderung erwächst, durch Ausdehnung des Instituts des Widerspruchs auf die Erhaltung dieser Einwendungen zu erweitern. (Denkschr. S. 220.)

Bei der 2. Lesung war die Komm. mit dem § 1085 Abs. 1 Entw. I einverstanden. Es wurde nur die redaktionelle Änderung beschlossen, diese Bestimmung durch Aufnahme der Verweisung auf die §§ 894—899 in den § 1138 BGB. zu ersetzen. (Prot. III S. 584 ff.)

Soweit der eingetragenen Forderung eine Einrede entgegensteht, die aus dem Grundbuche nicht ersichtlich ist, steht das Grundbuch nicht mit der wirklichen Rechtslage im Einklang. Es kann deshalb der Eigentümer vom Gläubiger zum Zwecke der Berichtigung des

Grundbuchs die Bewilligung der Eintragung der Einrede und, wenn die Eintragung zu einer Briefhypothek erfolgen soll, die Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt verlangen (§ 894, 896.) Verweigert der Gläubiger seine Zustimmung zur Eintragung, so kann der Eigentümer, um sich die Einrede bis zu ihrer endgültigen Eintragung zu erhalten, unter Glaubhaftmachung derselben die Eintragung eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung auswirken. Der Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Eigentümers bedarf es nicht. (§ 899.) Solange der Widerspruch eingetragen ist, kann ein Erwerber der Hypothek sich nicht darauf berufen, daß er bei dem Erwerbe die Einrede nicht gekannt habe (§ 892). Für Einreden gegen die Forderung, für die eine Sicherungshypothek bestellt ist, gilt dies jedoch nicht, da der § 1138 und damit auch die §§ 891 bis 899 nach § 1185 Abs. 2 auf Sicherungshypotheken keine Anwendung finden. — Vgl. auch GBO. §§ 42, 54 Abs. 2, 62.

5. „Wie die in das Grundbuch eingetragenen oder durch Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch gewahrten Einreden, so muß der Erwerber einer Briefhypothek auch solche Einreden gegen sich gelten lassen, die aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Brief hervorgehen oder durch einen aus dem Briefe oder einem solchen Vermerke hervorgehenden Widerspruch gewahrt sind (§ 1140)." (Denkschr. S. 220.)

6. Bei der Darlehns-Buchhypothek besteht für den Eigentümer die Gefahr, daß der Darleiher, welcher das Darlehn regelmäßig erst nach der Eintragung der Hypothek zu zahlen pflegt, durch eine vor der Zahlung erfolgte Abtretung der Hypothekenforderung ihm den Einwand der nicht gezahlten Valuta gegenüber dem Erwerber der Hypothek entziehe. Gegen diese Gefahr gewähren die allgemeinen Bestimmungen des § 899 keinen ausreichenden Schutz. Für diesen Fall ist daher im § 1139 besondere Vorsorge getroffen.

7. Der Gläubiger, der den dinglichen Anspruch geltend macht, ist durch § 1138 nur gegen Einwendungen geschützt, die auf Tatsachen beruhen, die vor der Übertragung der Forderung sich ereignet haben (vgl. §§ 891—893). Gegen Einreden, die nach der Übertragung der Forderung entstanden sind, wird der Gläubiger durch die Bestimmung des § 1156 sichergestellt.

8. Es ist schon in Anm. 3 Abs. 2 S. 746 bemerkt, daß die unrichtige Bezeichnung der Forderung im Grundbuche nicht den Verlust des Hypothekenrechts für den Gläubiger zur Folge hat, sondern daß dadurch nur die Hypothek zur Sicherungshypothek abgeschwächt wird. Der Gläubiger, der zugesteht oder dem nachgewiesen wird, daß die im Eintragungsvermerk angegebene Forderung nicht besteht, muß, um sich das Hypothekenrecht zu erhalten, beweisen, daß ihm eine rechtsgültige Forderung gegen den Schuldner zusteht und daß ihm gerade für diese die Hypothek bestellt ist, und er muß sich alle Einreden gegen diese Forderung, die nicht die Vermutung ihres Bestehens für sich hat (§§ 1138, 891), entgegenstellen lassen. Ist z. B. die Hypothek vor der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags in der Erwartung der Erfüllung bestellt, so wird, wenn letztere nicht erfolgt, der Anspruch auf die versprochene Gegenleistung, zu deren Sicherheit die Hypothek dienen soll, nicht existent und die Hypothek steht dem Eigentümer zu. Anders liegt die Sache, wenn die Bestellung der Hypothek als Vorleistung mit der Abrede bestellt ist, die Hypothek solle sofort wirksam und von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags befreit sein. Zeigt sich, daß das Rechtsgeschäft, aus welchem die als Darlehn eingetragene Forderung hergeleitet wird, wegen Wuchers nichtig ist (§ 138), oder als Differenzgeschäft keine Verbindlichkeit begründet hat (§ 764), so ist die Klage des Gläubigers abzuweisen. Hat jemand mit seinem Grundstücke für eine fremde Darlehnsschuld Hypothek bestellt, so kann er der Klage des Gläubigers nicht entgegenstellen, daß er kein Darlehn erhalten habe, sondern er kann nur geltend machen, daß der Schuldner kein Darlehn empfangen habe und daß daher die Hypothek nicht dem Gläubiger, sondern ihm als Eigentümer zustehe (§ 1163). Auch dem für fremde Schuld nur mit seinem Grundstücke Haftenden steht die Einrede der Vorausklage nicht zu. — Die Darlegung des dinglich klagenden Gläubigers, daß ihm für eine andere als die

Digitized by Google

im Grundbuche bezeichnete Forderung die Hypothek bestellt sei, enthält keine Klagänderung und ist daher auch noch in der Berufungsinstanz ohne Einwilligung des Gegners statthaft (RG. JW. 1898 S. 36 Nr. 91, 1899 S. 734 Nr. 25; bezweifelt von Biermann Nr. 1 zu § 1138). Stellt sich heraus, daß dem klagenden Gläubiger zwar eine Forderung zusteht, daß für diese aber die Hypothek nicht bestellt ist, so kann er mit der Behauptung, daß er mit dem Eigentümer vereinbart habe, diese Forderung solle an die Stelle der eingetragenen treten, keinen Erfolg haben; denn zu solcher Einigung muß die Eintragung in das Grundbuch hinzutreten, wenn sie dingliche Wirkung haben soll (§ 1180; über das frühere Recht vgl. Turnau I S. 760 und RG. E. 44 S. 294).

9. Die Wirksamkeit des Urteils gegen den Sondernachfolger erleidet nach § 325 Abs. 2 ZPO. insoweit eine Ausnahme, als die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, also insbesondere die Vorschriften über den Erwerb auf den Glauben des Grundbuchs (BGB. §§ 892, 893, 1138) Anwendung finden. Soweit dadurch der gutgläubige Erwerber gegen den Mangel im Rechte seines Vorgängers geschützt ist, braucht er das Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen. In den Fällen, in denen hiernach das Urteil gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde, kann dem Kläger, der die im Streite befangene Sache veräußert oder den geltend gemachten Anspruch abgetreten hat, der Einwand entgegengesetzt werden, daß er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei (ZPO. § 265 Abs. 3). Der Erfolg dieses Einwandes ist nicht davon abhängig, daß der Beklagte schon einen Einwand erhoben hat, mit Rücksicht auf den das künftige Urteil dem Rechtsnachfolger des Klägers gegenüber nicht Geltung haben würde; es kommt vielmehr nur darauf an, ob zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis im Prozesse befangen ist, das dem Beklagten die Erhebung eines solchen Einwandes ermöglicht. Ist dies der Fall, so soll der Beklagte nicht genötigt sein, sich weiter mit einem Kläger einzulassen, dessen Abweisung ihn doch gegen eine neue Inanspruchnahme seitens des Rechtsnachfolgers nicht schützen würde. Dies trifft z. B. zu, wenn der dingliche Anspruch aus einer Hypothekenforderung geltend gemacht und die letztere nach Erhebung der Klage abgetreten ist. Da kann der Beklagte mit Rücksicht auf die Zession die Aktivlegitimation des Klägers mit Erfolg bestreiten, weil die Möglichkeit besteht, daß gegen den Zessionar, wenn er die Hypothekenforderung in Unkenntnis der ihr anhaftenden Mängel erworben hat, das Urteil nicht wirksam sein würde. Dies gilt aber nur, wenn die dingliche Klage, nicht auch, soweit die Klage wegen des persönlichen Anspruchs erhoben ist. Da steht dem Beklagten der Einwand, daß der Kläger durch Abtretung der Forderung die Befugnis zu ihrer Geltendmachung verloren habe, nicht zu. Dies ergibt sich aus § 265 Abs. 1 u. 2 ZPO. Auch aus § 1138 BGB. läßt sich Gegenteiliges nicht entnehmen. Denn der Glaube des Grundbuchs wird im § 1138 nicht schlechthin, sondern nur so weit auf die persönliche Forderung ausgedehnt, als das dingliche Recht in Betracht kommt. Auf diese Vorschrift kann sich daher der Zessionar einer Hypothekenforderung, der nur die persönliche Klage erhebt, nicht berufen und ebendeshalb kann sie auch nicht herangezogen werden, um aus ihr die Unwirksamkeit eines die persönliche Klage des Zedenten abweisenden Urteils gegen den Zessionar herzuleiten. Muß aber der Zessionar ein solches Urteil gegen sich gelten lassen, so entfällt die Voraussetzung, unter welcher der Beklagte mit Rücksicht auf die Zession die Aktivlegitimation des Klägers bestreiten kann. (RG. E. 49 S. 363.)

10. Auf Sicherungshypotheken findet § 1138 keine Anwendung (§ 1185 Abs. 2), auch nicht auf Grund- und Rentenschulden (§ 1192). § 892 findet nicht auf die Forderung auf Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen Anwendung (§ 1159 Abs. 2).

Ist eine Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt, so steht dem Gläubiger die Vermutung des Bestehens der Grundschuld nach § 1191 zur Seite, und eine Übertragung der für die Sicherungshypothek bestehenden Ausnahme, daß der Gläubiger das Bestehen und die Höhe der zugrunde liegenden Forderung beweisen muß (§§ 1184, 1185, 1190), auf die Grundschuld ist ausgeschlossen, da die Grundschuld das Bestehen einer Forderung über-

haupt nicht voraussetzt und von einer ihr etwa zugrunde liegenden Forderung völlig losgelöst ist. Aber trotzdem kann der Grundschuldgläubiger genötigt sein, sich einem ähnlichen Nachweise zu unterziehen, wie der Gläubiger einer Sicherungshypothek, nämlich dann, wenn die Grundschuld mit einer Forderung in Verbindung gebracht ist, deren Höhe bei der Begründung der Grundschuld noch nicht feststand (z. B. Ansprüche aus einer Bauausführung), und sich Streit über das Bestehen oder die Höhe der Forderung unter den Beteiligten erhebt; denn in solchem Falle soll nach dem anzunehmenden Willen der Beteiligten die Grundschuld nur in der künftig zu ermittelnden Höhe der Forderung geltend gemacht werden und dieser Wille gilt unter den ursprünglich Beteiligten derart, daß die Berufung des Gläubigers auf die Vermutung, die sich aus dem Glauben des Grundbuchs ergibt, versagen muß. Dies gilt — entgegen der Regel, daß der Kläger die zur Klagebegründung dienenden Tatsachen beweisen muß, vgl. RG. E. 57 Bd 320 in Anm. 2 S. 840 f. — auch in dem Falle, wo der Schuldner, der bereits mehr als den Betrag der Grundschuld an den Gläubiger gezahlt hat, auf Löschung klagt; denn es hat dann der Gläubiger, wenn er diese Zahlungen nicht als zur Tilgung der Grundschuld geleistet gelten lassen will, nachzuweisen, daß ihm neben der Grundschuld und durch diese nicht gedeckt Ansprüche an den Schuldner zustehen, auf die er die Zahlungen verrechnen kann (vgl. RG. in Gruch. 28 S. 936 u. in Seuff. Arch. 45 S. 404). (RG. E. 60 S. 247.)

II. Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegen die Klage aus einer vor dem Inkrafttreten des BGB. eingetragenen und abgetretenen Hypothek sind nach dem früheren Rechte (in Preußen nach § 38 Abs. 2 EigG.), nicht nach den Vorschriften des BGB. §§ 1138, 892 zu beurteilen. Der Art. 192 EG. z. BGB. setzt ein bestehendes Pfandrecht voraus; was die Entstehung, die Begründung des Pfandrechts betrifft, unterliegt daher nicht der Ausnahmebestimmung des Art. 192, sondern der Regel der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, speziell der Vorschrift des Art. 184 EG. z. BGB. Dasselbe muß gelten für den translativen Erwerb einer mit Pfandrecht gesicherten Forderung, der sich vor dem Inkrafttreten des BGB. vollzogen hat, wie sich aus § 892 BGB. („erwirbt") ergibt, wodurch eine rückwirkende Anwendung dieser Vorschrift auf einen früheren Erwerb wortdeutlich ausgeschlossen wird. (RG. E. 47 S. 229; vgl. auch RG. E. 52 S. 101.)

§ 1139.

Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden, so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei, der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre.

1. Von der Regel des § 899, wonach der Widerspruch nur auf Grund einer Anordnung des Gerichts eingetragen werden kann, falls die Eintragung vom Gläubiger nicht bewilligt ist (Anm. 4 S. 843), weicht der § 1139 zugunsten der Darlehns-Buchhypothek ab, wenn sich der Eigentümer den Einwand der nicht erhaltenen Valuta durch Eintragung eines Widerspruchs sichern will.

Nach römischem Rechte konnte die Beweiskraft eines schriftlichen Schuld- und Empfangsbekenntnisses über ein Darlehn innerhalb der nächsten zwei Jahre nach seiner Ausstellung durch die querela oder exceptio non numeratae pecuniae beseitigt werden (vgl. Windscheid Pand. 2 § 372). Im PrR. kam diese Einrede nur in einer Anwendung vor. Nach § 738 I 11 konnte wegen des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta noch innerhalb 38 Tage nach der Eintragung des Darlehns eine Protestation mit der Wirkung in das Hypothekenbuch eingetragen werden, daß die Darleihung, auch wenn die Hypothek inzwischen auf einen Dritten übergegangen war, ungeachtet des Empfangsbekenntnisses in der Schuldurkunde, dem Eigentümer vom Gläubiger besonders bewiesen werden mußte (OTrib. E. 26 S. 193). Die Eintragung der Protestation erfolgte auf die unmittelbare Meldung des Schuldners bei der Hypothekenbehörde (HypO. v. 1783 II §§ 175 bis 181). In den Grundbuchgesetzen v. 1872 wurde die Einrede der nicht erhaltenen Valuta nicht

erwähnt. Damit verlor sie ihre Besonderheiten. (Vgl. Turnau I S. 492 Anm. b.) Vgl. auch § 17 Abs. 2 EG. z. ZPO.

Das BGB. ist, im Anschluß an die Gesetzgebungen Bayerns, Württembergs, Sachsens und Mecklenburgs, auf die früheren preußischen Vorschriften zurückgegangen. In den Motiven zu § 1085 Entw. I (III S. 703) heißt es: „Für das BGB. fällt die Richtung der neueren preußischen Gesetzgebung hier nicht ins Gewicht, da dieselbe nur die Briefhypothek als Verkehrshypothek regelt, während es sich an dieser Stelle darum handelt, die Hypothek ohne Hypothekenbrief verkehrsfähig zu gestalten. Wird eine solche Hypothek für ein Darlehn bestellt, so ist, da der Darleiher, um sicher zu gehen, regelmäßig erst nach der Eintragung die Valuta zahlen wird, hiermit für den Eigentümer die Gefahr verbunden, daß der Buchgläubiger über die Hypothek zugunsten eines Dritten verfügen und, falls diesem die Sachlage unbekannt ist, die Einrede des nicht empfangenen Geldes gegen den dinglichen Anspruch beseitigen kann. Wollte das Gesetz gegen diese Gefahr keinen besonderen Schutz gewähren, so würde die Buchhypothek für den Verkehr überhaupt nicht brauchbar sein. Es bleibt nur übrig, den Eigentümer auf den Weg des Widerspruchs zu verweisen. Auf diesem Wege aber kann, wenn an dem § 899 festgehalten wird, die Erreichung des Zieles nicht verbürgt werden, weil, bevor die Vormerkung durch Vermittlung des Prozeßgerichts zur Eintragung gelangt, der Gläubiger über die Hypothek bereits verfügt haben kann. Deshalb muß die Eintragung des Einwandes, daß die Valuta des Darlehns nicht gegeben sei, binnen einer angemessenen Frist auf Antrag des Eigentümers bei dem Grundbuchamt ohne Vermittlung des Gerichts und unabhängig von dem Willen des Darleihers nachgelassen werden, so zwar, daß der innerhalb der Frist eines Monats vorgemerkte Einwand auch gegen einen dritten Inhaber der Hypothek gestattet werden muß."

2. Die Wirkung des *rechtzeitig* eingetragenen Widerspruchs besteht darin, daß dem Eigentümer die Einrede der nicht empfangenen Valuta gegenüber jedem Erwerber erhalten wird, selbst gegenüber einem solchen, der die Hypothek vor der Eintragung des Widerspruchs gutgläubig erworben hat. Der Eigentümer macht mit dem Widerspruche geltend, daß die Hypothek nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern nach § 1163 ihm zustehe. Da der Erwerb einer Buchhypothek die Eintragung der Abtretung im Grundbuch erfordert (§§ 873, 1154), wird das Prinzip des § 879, wonach die Rangordnung unter mehreren Rechten sich nach der Reihenfolge der Eintragungen bestimmt, durchbrochen, so oft die Abtretung früher als der Widerspruch eingetragen ist. Auf den rechtlichen Bestand der Darlehns-Buchhypothek kann infolgedessen mit Sicherheit erst dann gerechnet werden, wenn nach Ablauf eines Monats nach ihrer Eintragung kein Antrag auf Eintragung des Widerspruchs beim Grundbuchamte gestellt ist. Wer eine Darlehns-Buchhypothek früher erwirbt, ist der Gefahr ausgesetzt, daß ihm, wenn rechtzeitig Widerspruch eingetragen wird, die Einrede der nicht gezahlten Valuta entgegengestellt werden kann, obwohl er beim Erwerbe davon keine Kenntnis hatte.

Der Widerspruch hat aber die ihm im § 1139 Satz 2 beigelegte weitgehende Wirkung nur dann, wenn er innerhalb der einmonatigen Frist nicht nur beim Grundbuchamte zur Eintragung angemeldet, sondern auch *eingetragen* ist. Wird der Antrag auf Eintragung innerhalb der Frist gestellt, der Widerspruch aber erst nach deren Ablauf eingetragen, so ist der Widerspruch zwar gültig, entbehrt aber der rückwirkenden Kraft, so daß er gegen den vorher eingetragenen Erwerber der Hypothek keine Wirkung hat. (Prot. III S. 585 ff.)

Der Widerspruch hat nicht die Wirkung, die der Protestation des früheren preuß. Rechtes beigelegt war. Der Eintragung wird dadurch nicht bis zum Ablaufe des Monats ihre Wirkung in Ansehung der Forderung entzogen. Die Darlehnsforderung gilt, wie sie eingetragen ist, als richtig (§§ 1138, 891) und der Eintritt dieser Vermutung wird auch durch die Eintragung des Widerspruchs nicht hinausgeschoben. Die Einrede der nicht erhaltenen Vatuta wird durch ihre Eintragung nur erhalten, nicht aber nachgewiesen. Die Beweispflicht liegt bezüglich ihrer auch nach der Eintragung des Widerspruchs dem Eigentümer ob. Dieser kann sich bei Begründung des Anspruchs, daß der Gläubiger gemäß § 1169 auf die Hypothek verzichte, oder bei Begründung der gegen die dingliche Klage des Gläubigers gerichteten Einrede nicht darauf beschränken, daß er sich auf die fristgerechte Eintragung des Widerspruchs beruft, sondern muß nachweisen, daß die Darlehnsforderung

wegen unterbliebener Valutenzahlung nicht entstanden ist. Anderseits kann der Gläubiger die Klage aus der Darlehnshypothek erheben, ohne der Eintragung des Widerspruchs Erwähnung zu tun; zur Begründung der Klage genügt, daß das Darlehn eingetragen ist. Auch wenn er mit der Behauptung, Valuta sei gezahlt, die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Widerspruchs verlangt, hat nicht er die Zahlung, sondern der Eigentümer das Unterbleiben der Zahlung zu beweisen (abweichend Fuchs 1 S. 453 Nr. 3, wie hier Planck, Biermann, Neumann, Kober). Dies gilt selbstverständlich nur, wenn der Widerspruch gemäß § 1139 auf einseitigen Antrag des Eigentümers zur Eintragung gelangt ist. Beruht die Eintragung des Vermerks, daß Valuta nicht gezahlt sei, auf der Bewilligung des Gläubigers, so wird durch das in der Eintragungsbewilligung enthaltene Zugeständnis des Gläubigers die Beweispflicht vom Eigentümer auf den Gläubiger übertragen.

3. Voraussetzung der Eintragung des Widerspruchs gemäß § 1139 ist, 1) daß eine Buchhypothek für ein Darlehn eingetragen ist, 2) daß der dazu einzutragende Widerspruch sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehns unterblieben sei, 3) daß der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs vom Eigentümer vor Ablauf eines Monats (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3) nach der Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamte gestellt wird. Wird der Antrag nach Ablauf der einmonatigen Frist gestellt oder betrifft er eine andere Einrede, als die der unterbliebenen Hingabe des Darlehns (z. B. die Einrede der für die Abtretung einer Buchhypothek nicht gezahlten Valuta), oder soll die Einrede der nicht gezahlten Valuta durch Eintragung eines Widerspruchs zu einer Briefhypothek gesichert werden, so kommen nicht die erleichternden Vorschriften des § 1139 zur Anwendung, sondern die Eintragung erfolgt nach der Regel des § 899 nur auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung des Gläubigers (vgl. Anm. 4 S. 843).

Der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs gemäß § 1139 ist vom Eigentümer entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll zu erklären oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde an das Grundbuchamt zu richten (GBO. §§ 29, 30; Oberneck § 150 Nr. 4, Brachvogel-Frydrychowicz S. 227 Nr. 4 zu § 30 GBO.; Kober Nr. 1 a; a. M. Planck Nr. 3, Neumann 1 Anm. 3 a, Biermann SR. Nr. 1 zu § 1139, Willenbücher Nr. 4 b zu § 18 GBO.). Der Antrag ersetzt nicht, sondern ist die zur Eintragung erforderliche Erklärung des Eigentümers. Er kann lauten: „Als Eigentümer des im Grundbuche von Berlin Band XX Blatt 1940 eingetragenen Grundstücks beantrage ich, zu der am 17. Juli 1900 für den X. in Abt. III unter Nr. 20 eingetragenen Darlehns-Buchhypothek einen Widerspruch einzutragen, der sich darauf gründet, daß die Zahlung der Darlehnsvaluta unterblieben ist." Der Eintragungsvermerk kann so gefaßt werden: „Zu Nr. 20. Ein Widerspruch des . . . (Eigentümers), der sich darauf gründet, daß die Darlehnsvaluta nicht gezahlt ist, eingetragen am . . ." Von der Eintragung werden der Eigentümer und der Gläubiger benachrichtigt (GBO. § 55).

Will der Gläubiger die Eintragung des Widerspruchs beseitigen, so kann er mit der Behauptung, die er nicht zu beweisen hat (vgl. Anm. 2), die Valuta sei gezahlt, vom Eigentümer die Bewilligung der Löschung des Widerspruchs zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894).

4. Bei der Briefhypothek bedarf der Eigentümer des Schutzes, welchen § 1139 ihm bei der Buchhypothek gibt, nicht, weil er nach § 1117 in der Lage ist, dem Gläubiger die Hypothek nur Zug um Zug gegen die Zahlung des Darlehns zu verschaffen (Denkschr. S. 220).

5. Der § 1139 findet bei der Sicherungshypothek keine Anwendung (§ 1185 Abs. 2), weil bei einer solchen der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, dem Eigentümer mithin alle Einreden gegen die Forderung, auch die nicht eingetragenen, vorbehalten sind; ebensowenig bei Grund- und Rentenschulden (§ 1192).

§ 1140.

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich.

1. Das PEigG. sprach die Zulässigkeit der aus dem Briefe sich ergebenden Einreden gegen die dingliche Klage eines Dritten nur in Ansehung der Grundschuld aus (§ 38 Abs. 1). Dadurch, daß nur die aus dem Grundschuld*briefe* sich ergebenden Einreden zulässig sein sollten, war zugleich der öffentliche Glaube vom Grundbuch auf den Grundschuldbrief übertragen (Werner 2 S. 58; RG. E. 16 S. 251). Entsprechende Bestimmungen für die Einrede gegen die Klage eines Dritten aus der Hypothek waren nicht vorhanden. Die Praxis hat jedoch unter Anwendung des Satzes, daß dem Kennen das Nichtkennen aus Unachtsamkeit gleichstehe, stets angenommen, daß der Erwerber einer Hypothek sich Einreden, die sich aus dem Hypothekenbrief ergeben, auch dann entgegenstellen lassen müsse, wenn sich im Grundbuche nichts darüber findet (OTrib. E. 16 S. 501; RG. E. 23 S. 275, Bd 34 S. 231, Bolze 22 Nr. 87). Den Satz, daß das Kennenmüssen dem tatsächlichen Kennen gleichzustellen sei, hat zwar das BGB. im § 892 nicht beibehalten (vgl. Anm. 3 S. 265 f.), seine Anwendung auf die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, die aus dem Briefe erlangt werden kann, hat es aber im § 1140 gesetzlich festgelegt, und zwar ohne zu unterscheiden, ob ein Hypothekenbrief, ein Grund- oder ein Rentenschuldbrief in Frage kommt (§§ 1192, 1199). „Das Gesetz — heißt es in den Mot. III S. 756 — muß zum Schutze von Treu und Glauben im Verkehre davon ausgehen, daß niemand eine Hypothek erwerben wird, ohne vorher Kenntnis vom Inhalte des Briefes genommen zu haben. Alle Tatsachen mithin, welche aus dem Hypothekenbrief, und zwar gleichviel ob aus seinem ursprünglichen Inhalte oder aus späteren Vermerken, z. B. Quittungen, hervorgehen, müssen als dem Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes an ihr zur Zeit der Erwerbung bekannt geworden angesehen werden. Jeder, der den Anspruch aus der Hypothek erhebt, muß sich so behandeln lassen, als habe er vor der Erwerbung den Hypothekenbrief und die auf diesem befindlichen Vermerke gelesen, ohne mit der Behauptung gehört zu werden, daß er vom Inhalte der Urkunde keine Kenntnis erlangt habe." Im Grunde erleichtert der § 1140 nur den oft schwierigen Beweis der Schlechtgläubigkeit (Kober Nr. 3 zu § 1140).

2. Der § 1140 BGB. stimmt sachlich mit § 1116 Entw. 1 überein. Die bei der 2. Lesung beschlossenen Änderungen sollen zur Verdeutlichung dienen und im Anschluß an die zu § 837 Entw. I beschlossene Fassung (vgl. Anm. 2 S. 264) klarstellen, daß der Grundsatz des § 1140 BGB. nicht nur dann Anwendung finden soll, wenn eine Tatsache, aus der sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, aus dem Hypothekenbriefe hervorgeht, sondern auch dann, wenn, ganz abgesehen von den die Unrichtigkeit begründenden Tatsachen, die Unrichtigkeit des Grundbuchs als solche aus dem Hypothekenbrief oder einem auf ihm befindlichen Vermerke hervorgeht. (Prot. III S. 659.)

3. „*Die Angaben des Buches gehen den Angaben des Briefes vor*" (Mot. zu § 31 Entw. e. GBO.). „Der Hypothekenbrief hat an sich weder den öffentlichen Glauben, welcher dem Grundbuche beigelegt wird, noch die Aufgabe, durch seinen Inhalt eine zur Vollendung des dinglichen Vertrags erforderliche Eintragung in das Buch zu ersetzen. Wenn daher in dieser oder in jener Beziehung Buch und Brief inhaltlich sich nicht decken, so entscheidet das Buch. Dagegen kann der Hypothekenbrief im einzelnen Falle die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausschließen." (Mot. III S. 756.) Bei der 2. Lesung wurde versucht, von dem Grundsatze, daß im Falle eines Widerspruchs zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und dem Inhalte des Hypothekenbriefs der Inhalt des Grundbuchs entscheiden soll, für die besonders gearteten Fälle, in denen das im Grund-

buche vermerkte Recht des Dritten nicht den Bestand der Hypothek als solcher, sondern nur das Recht, die Legitimation des Briefinhabers beeinflusse, Ausnahmen zuzulassen. Wenn nämlich die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Übertragung der Forderung auf den Besitzer des Hypothekenbriefs oder die Eintragung eines Veräußerungsverbots der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht eines Dritten, zu dessen Erwerb die Erlangung des Hypothekenbriefs erforderlich, nicht auf dem Hypothekenbriefe vermerkt sei, so solle die Eintragung demjenigen gegenüber, der die Forderung nach § 1154 Abs. 1 BGB. ohne Eintragung lediglich durch schriftliche Abtretung und Übergabe des Briefes erwirbt, unwirksam sein, es sei denn, daß er von der Eintragung des Widerspruchs oder des Veräußerungsverbots oder des Rechtes des Dritten Kenntnis habe. Der Antrag auf Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift wurde jedoch abgelehnt, weil der Verkehr nicht so feinfühlig sei, zu verstehen, weshalb bei einem Konflikte zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und dem Inhalte des Hypothekenbriefs in dem einen Falle das Grundbuch, in dem anderen der Hypothekenbrief vorgehen solle. Man zog deshalb vor, auch in den hervorgehobenen Fällen an dem Grundsatze festzuhalten, daß der Inhalt des Grundbuchs vorgehe, beschloß aber, in der GBO. durch eine geeignete Ordnungsvorschrift einen Konflikt zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und des Hypothekenbriefs auch in den bezeichneten Fällen tunlichst zu vermeiden, durch die Vorschrift nämlich, daß die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Übertragung der Forderung auf den Besitzer des Hypothekenbriefs sowie die Eintragung eines Veräußerungsverbots gegen den Besitzer des Hypothekenbriefs nur dann stattfinden solle, wenn der Hypothekenbrief vorgelegt wird. (Prot. III S. 659.) Dies ist im Abs. 1 Satz 2 des § 42 GBO. dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß unter den Ausnahmefällen, für welche die Eintragung eines Widerspruchs von der gleichzeitigen Vorlegung des Briefes nicht abhängig gemacht ist, die oben hervorgehobenen Fälle nicht aufgeführt sind (vgl. auch § 43 GBO.).

4. *Entspricht der Inhalt des Briefes der wirklichen Rechtslage, steht aber der Inhalt des Grundbuchs damit nicht im Einklange, so geht der Brief vor.* Ist z. B. eine geleistete Teilzahlung gemäß § 1145 BGB. vom Gläubiger auf dem Briefe vermerkt, aber die Berichtigung des Grundbuchs versäumt, so ist das Grundbuch unrichtig, indem es den *Gläubiger* als zur ganzen Forderung berechtigt ausweist, während die Forderung zum Betrage der Teilzahlung mit der Hypothek auf den befriedigenden *Eigentümer* übergegangen ist (§ 1143 Abs. 1). Wer in solchem Falle die Hypothek erwirbt, ohne die auf dem Briefe befindliche Teilquittung zu berücksichtigen, hat nur Anspruch auf den Rest der Hypothek, mag er auch durch Einsicht des Grundbuchs zur Überzeugung gekommen sein, daß noch die ganze Hypothek dem eingetragenen Gläubiger zustehe. Das Grundbuch wird auch dadurch unvollständig, also unrichtig, daß eine Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person nicht darin eingetragen ist (§ 892 Abs. 1 Satz 2). Zu solchen Beschränkungen gehören die gerichtlichen Veräußerungsverbote (§ 136). Da ein Veräußerungsverbot, das auf dem Hypothekenbriefe vermerkt ist, dieselbe Wirkung hat, als wäre es im Grundbuch eingetragen, so ist der Vermerk des Veräußerungsverbots auf dem Briefe zu den Maßregeln zu rechnen, die im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden können (ZPO. § 938).

5. Daß der Vermerk auf dem Hypothekenbriefe beglaubigt oder gar vom Grundbuchamte darauf gesetzt sei, damit er die Berufung auf die §§ 892, 893 ausschließe, wird im § 1140 nicht gefordert. Bloße Privatvermerke genügen (Denkschr. z. GBO. S. 66), auch wenn sich daraus nicht ergibt, von wem sie herrühren (Ramdohr in Gruch. 44 S. 370; Biermann WR. S. 122, Planck Nr. 3 b zu § 1140). Selbstverständlich muß den Erfordernissen der GBO. (§§ 19, 22, 29) entsprochen sein, wenn der Inhalt des Vermerks in das Grundbuch eingetragen werden soll.

6. § 1140 handelt im Satz 1 von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, im Satz 2 von

Digitized by Google

dem Widerſpruche gegen die Richtigkeit des Grundbuchs. In den Motiven (III S. 756) wird geſagt: „Zweifellos iſt, daß auch Tatſachen, welche zur Rechtfertigung eines Widerſpruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs dienen, auf dem Briefe beurkundet werden können. Es empfiehlt ſich jedoch nicht, den Widerſpruch ſelbſt als möglichen Inhalt eines derartigen Vermerks zu bezeichnen, weil hierdurch dem Mißverſtändniſſe Raum gegeben würde, als ob es zuläſſig wäre, die nach den §§ 844, 845 (BGB. § 899) zur Veröffentlichung eines Widerſpruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs beſtimmte Vormerkung anſtatt in das Buch in den Hypothekenbrief einzutragen." Im Satz 2 des § 1140 wird der aus dem Briefe hervorgehende Widerſpruch unterſchiedslos dem im Grundbuch eingetragenen gleichgeſtellt. Der erſtere hat demnach auch hinſichtlich ſeiner Veröffentlichung dieſelbe Wirkung, als wäre er im Grundbuch eingetragen. Nicht allein der, welcher durch Abtretung unter Übergabe des Briefes ein Recht an der Hypothek ꝛc. erwirbt, ſondern auch der, auf welchen die Hypothek ꝛc. kraft Geſetzes unabhängig vom Beſitze des Briefes übergeht, muß den ſich aus dem Briefe ergebenden Widerſpruch gegen ſich gelten laſſen. Wer alſo den Gläubiger zur Abwendung der Zwangsvollſtreckung in das Grundſtück befriedigen will (§§ 1150, 268), muß ſich vorſehen, daß er nicht durch die Befriedigung des Gläubigers eine Hypothek ꝛc. erwirbt, die wegen des ſich aus dem Briefe ergebenden Widerſpruchs ganz oder teilweiſe wertlos iſt. Er iſt auch in der Lage, ſich durch Einſicht des Briefes über den Zuſtand der Hypothek zu vergewiſſern, da der Gläubiger nach §§ 1150, 1144. 1145 verpflichtet iſt, ihm den Brief auszuhändigen oder vorzulegen, und da er, falls dies der Gläubiger verweigert, berechtigt iſt, den zu deſſen Befriedigung erforderlichen Betrag zu hinterlegen (§§ 373, 368 Abſ. 2). — Auch der Grundbuchrichter muß die ſich aus dem Briefe ergebenden Vermerke, aus denen die Unrichtigkeit des Grundbuchs folgt, reſpektieren und eine Eintragung ablehnen, die unter Berückſichtigung der Unrichtigkeit als von einem Nichtberechtigten bewilligt erſcheint. Befindet ſich z. B. auf dem Briefe über eine Hypothek, deren Umſchreibung zu ihrem ganzen Betrag auf einen neuen Gläubiger beantragt wird, eine vom abtretenden Gläubiger dem Eigentümer über eine Teilzahlung erteilte Quittung, ſo iſt daraus zu erſehen, daß zum Betrage der Teilbefriedigung nicht mehr der abtretende Gläubiger, ſondern der befriedigende Eigentümer der Berechtigte iſt, und es muß bis dahin, daß die Quittung mit Zuſtimmung des Eigentümers kaſſiert wird, die Umſchreibung hinſichtlich des bezahlten Teilbetrags abgelehnt werden. Der aus dem Briefe oder aus einem Vermerk auf ihm ſich ergebende Widerſpruch führt aber ſo wenig, wie der im Grundbuche ſelbſt eingetragene Widerſpruch zur Ablehnung einer entgegenſtehenden Eintragung (vgl. Anm. 8 S. 308).

7. Der § 1140 gilt auch für die Einrede des § 1157.

8. Bei Erneuerung des Hypothekenbriefs ſind auch die nach §§ 1140, 1145, 1157 BGB. auf den Brief geſetzten Vermerke auf den neuen Brief zu übertragen (GBO. § 68). Ein Verſtoß hiergegen macht gegenüber dem Verletzten den Staat und dieſem gegenüber den Grundbuchbeamten ſchadenerſatzpflichtig (GBO. § 12; PAG. z. GBO. Art. 8).

§ 1141.

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, ſo iſt die Kündigung für die Hypothek nur wirkſam, wenn ſie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von dem Eigentümer dem Gläubiger erklärt wird. Zugunſten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen iſt, als der Eigentümer.

Hat der Eigentümer keinen Wohnſitz im Inland oder liegen die Vorausſetzungen des § 132 Abſ. 2 vor, ſo hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in deſſen Bezirke das Grundſtück liegt, dem Eigentümer einen Vertreter zu beſtellen, dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

Digitized by Google

1. Aus dem Zwecke der Hypothek, der Sicherung einer Forderung zu dienen, würde an sich zu folgern sein, daß sie mit der Forderung fällig wird, und diese Folgerung trifft auch zu, wenn der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks zugleich persönlicher Schuldner ist; dagegen trifft sie nicht zu, vielmehr kann die Fälligkeit der Forderung in einem anderen Zeitpunkt eintreten, als die der Hypothek, wenn der Eigentümer nur dinglich haftet. So wird z. B. zwar die persönliche Forderung fällig, wenn der Gläubiger sie dem persönlichen Schuldner gekündigt hat, die Hypothek wird aber durch jene Kündigung nicht berührt, sondern sie wird nur fällig durch Kündigung an den Eigentümer. Darauf deuten § 1142 Abs. 1 und § 1146 hin. Im übrigen folgt die Kündigung und Fälligkeit der Hypothek den Regeln der zugrunde liegenden Forderung. Die Fälligkeit der Forderung aber richtet sich, sofern die Zahlungsbedingungen nicht in der Eintragungsbewilligung festgesetzt sind (§ 1115), nach den das Schuldverhältnis bestimmenden Normen (vgl. §§ 271, 609, 614, 771, 772). Die Zahlungszeit ist in Ansehung der Hypothek gesetzlich geregelt — anders bei der Grundschuld nach § 1193 und bei der Rentenschuld nach § 1202. — Schweigt die Eintragungsbewilligung über die Zeit der Fälligkeit der Forderung, so ist darum nicht die Pflicht zur Zahlung des Kapitals von einer Kündigung unabhängig, sondern die Frage, ob eine Kündigung und mit welcher Frist sie erforderlich, ist nach den Bestimmungen des für die Forderung maßgebenden Rechtes der Schuldverhältnisse zu beantworten. Auch dann, wenn die Forderung nicht entsteht oder erlischt, bleiben die für die Hypothek in Ansehung der Zahlungszeit und der Kündigung für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (§ 1177).

2. Im § 1141 wird die, im preuß. Rechte nicht ausdrücklich entschiedene, Frage beantwortet, *wem* bei Kapitalien, die auf Kündigung stehen, für den Fall, daß der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, der Gläubiger kündigen muß und *von wem* ihm wirksam gekündigt werden kann.

a. Die *Kündigung des Gläubigers* muß an den Eigentümer geschehen, um die Hypothek fällig zu machen. Zu diesem Zwecke ist die Kündigung an den persönlichen Schuldner weder erforderlich noch genügend. Der Gläubiger, welcher auf Befriedigung aus dem Grundstücke dringt, hat es nur mit dessen derzeitigem Eigentümer zu tun; die Kündigung an den Vorbesitzer macht daher die Hypothek nicht fällig (RG. E. 52 S. 295). Wollte man den Gläubiger verpflichten, auch dem persönlichen Schuldner zu kündigen, so würde dies in den meisten Fällen nur eine zwecklose Formalität sein; in denjenigen Fällen aber, in welchen der Schuldner nicht zu erlangen ist, mindestens Kosten und Weitläufigkeiten zur Folge haben, mit denen der Gläubiger im Interesse des Realkredits möglichst verschont werden muß. (Mot. III S. 688.) Will der Gläubiger die Forderung mit der persönlichen Klage geltend machen, so hat er dem Schuldner zu kündigen; will er Befriedigung aus dem Grundstücke, so muß er dem Eigentümer kündigen. Der Eigentümer ist jedoch berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der Schuldner infolge der an ihn gerichteten Kündigung zur Befriedigung des Gläubigers befugt ist (§ 1142).

Ist der als Eigentümer Eingetragene in Wirklichkeit nicht der Eigentümer des Pfandgrundstücks, so muß die Kündigung an den wahren nicht eingetragenen Eigentümer erfolgen. Zur Erleichterung der Rechtsverfolgung ist dem Gläubiger jedoch nachgelassen, die Kündigung auch dem eingetragenen Nichteigentümer mit Wirkung gegen den nicht eingetragenen Eigentümer zu erklären (vgl. Anm. 1 zu § 1148), ohne Rücksicht darauf, ob ihm die wahren Eigentumsverhältnisse bekannt sind oder nicht: zu seinen Gunsten gilt der eingetragene Eigentümer als der wirkliche (§ 1141 Abs. 1 Satz 2). Auch ein Widerspruch gegen das Eigentum des als Eigentümer Eingetragenen hindert die Wirksamkeit der an diesen erfolgten Kündigung nicht.

Eine weitere Erleichterung ist dem Gläubiger für seine Kündigung im Abs. 2 des § 1141 in den Fällen gewährt, daß der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inlande (d. h. im deutschen Reiche) hat, oder daß der Gläubiger sich über die Person des Eigentümers in

einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis befindet, oder daß ihm der Aufenthalt des Eigentümers unbekannt ist (§ 132 Abs. 2).[1] Er wird dadurch der zeitraubenden öffentlichen Zustellung überhoben. Für das Verfahren zum Zwecke der Bestellung eines Vertreters sind die Vorschriften der §§ 1 ff. RGFG. maßgebend. Anträge und Erklärungen können zu Protokoll des Gerichtsschreibers des zuständigen oder eines anderen Amtsgerichts erfolgen oder schriftlich eingereicht werden (§ 11 und Denkschr. dazu). Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsache erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen (§ 12). Die Bestellung erfolgt durch Verfügung des Gerichts, welche mit der Bekanntmachung an den bestellten Vertreter wirksam wird (§ 16). — Die Bestellung eines Vertreters des Gläubigers, dem gegenüber die Kündigung seitens des Eigentümers erfolgen kann, ist nicht zugelassen. Der Eigentümer kann die Kündigung nur gemäß § 132 Abs. 2 BGB. durch öffentliche Zustellung bewirken.

Wie der Gläubiger bei der Kündigung dem Eigentümer sein Gläubigerrecht nachzuweisen hat, bestimmt § 1160 Abs. 2.

b. In Ansehung des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek ist allein die Kündigung des Eigentümers erforderlich und genügend, nicht dagegen die des vom Eigentümer verschiedenen Schuldners, auch nicht, wie § 1079 Entw. I wollte, von dem Zeitpunkt an, in welchem sie dem Eigentümer von dem Gläubiger oder dem Schuldner angezeigt worden ist. Der Eigentümer und der persönliche Schuldner stehen im Verhältnisse zum Gläubiger bezüglich der Kündigung wie Gesamtschuldner zu einander: entsprechend dem § 425 wirkt die Kündigung des einen nicht gegenüber dem anderen. Die Kündigung des vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners oder eines der mehreren Schuldner berechtigt den Gläubiger nur zur persönlichen Klage gegen den oder die kündigenden Schuldner; Befriedigung aus dem Grundstücke kann er auf Grund solcher Kündigung vom Eigentümer nicht verlangen. Der Eigentümer wird jedoch durch die Kündigung des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt (§ 1142). Die von dem als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer ausgehende Kündigung ist zugunsten des Gläubigers auch gegen den wirklichen Eigentümer wirksam (§ 1141 Abs. 1 Satz 2; vgl. Prot. III S. 574 VI).

3. Für die Kündigung ist keine Form vorgeschrieben. Soll die Kündigung jedoch zur Begründung der Klage im Urkundenprozesse dienen, so muß sie durch Urkunden nachgewiesen werden (ZPO. § 592). Am einfachsten geschieht dies gemäß § 132 Abs. 1 BGB. durch Vorlegung der vom Gerichtsvollzieher aufgenommenen Zustellungsurkunde. Wird die Kündigung mit der dinglichen Klage verbunden, so kann mit dem Antrage Befriedigung aus dem Grundstück erst nach Ablauf der Kündigungsfrist verlangt werden (Kosten nach § 93 ZPO.).

Die Klage kann an sich als Kündigung wirksam werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen, unter denen wirksam gekündigt werden kann, vorliegen (RG. E. 53 S. 212, V 474. 02, 175. 03). Die Prozeßbevollmächtigten sind zur Kündigung und zu deren Entgegennahme ermächtigt (RG. E. 53 S. 213). Ist die Kündigung zur Zeit nur für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung zulässig, so wird eine wegen Mangels dieser Voraussetzung unzulässige Kündigung nicht dadurch wirksam, daß der Schuldner hinterher mit einer Zinsrate im Rückstande bleibt (RG. Gruch. 48 S. 817). Andererseits verliert der Gläubiger das infolge unpünktlicher Zinszahlung erlangte Kündigungsrecht nicht dadurch,

[1] § 132 Abs. 2 BGB. bestimmt: Befindet sich der Erklärende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung erfolgen. Zuständig für die Bewilligung ist im ersteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Erklärende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, im letzteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Person, welcher zuzustellen ist, den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte.

daß er die nachträgliche Zinszahlung vorbehaltlos annimmt (RG. JW. 1903 Beil. S. 23 Nr. 47).

4. Über die Kündigung einer dem Nießbrauch unterliegenden Hypothek ꝛc. vgl. §§ 1074, 1077, 1080, einer verpfändeten Hypothek ꝛc. §§ 1283, 1284, 1286, 1291, einer zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau gehörenden Hypothek ꝛc. §§ 1398, 1403, einer zum ehelichen Gesamtgute gehörenden Hypothek §§ 1443, 1520 Abs. 2, 1549, 1551 Abs. 2, über das Kündigungsrecht des Vorerben § 2114, über die Kündigung eines Geschäftsunfähigen § 105, gegenüber einem Geschäftsunfähigen § 131, eines Minderjährigen § 111, gegenüber einem Minderjährigen § 131 Abs. 2. Steht das Eigentum an dem Grundstücke mehreren nach Bruchteilen zu, so muß die Kündigung der das ganze Grundstück belastenden Hypothek ꝛc. von allen Miteigentümern und an alle erfolgen. Ist mit der Hypothek ꝛc. nur ein Bruchteil belastet (§ 1114), so erfolgt die Kündigung wirksam von und an den Eigentümer des Bruchteils. Steht das Grundstück im gemeinschaftlichen Eigentume mehrerer zur gesamten Hand, so regelt sich die Befugnis zur Kündigung und zur Annahme der Kündigung nach dem dafür bestehenden Rechtsverhältnisse, z. B. bei einer Gesellschaft nach §§ 709 ff. BGB., bei der offenen Handelsgesellschaft nach §§ 114 ff. HGB. Dasselbe gilt, wenn die Hypothek ꝛc. für die Teilnehmer an einer solchen Gemeinschaft eingetragen ist. Von mehreren Gesamtgläubigern einer Hypothek ꝛc. kann jeder einzelne kündigen und kann jedem einzelnen gekündigt werden (BGB. § 428). Sind die mehreren Gläubiger nicht Gesamtgläubiger, so können sie nur gemeinschaftlich kündigen und kann ihnen nur gemeinschaftlich gekündigt werden (§ 432). Bei Gesamthypotheken (§ 1132) wirkt die Kündigung immer nur für und gegen den, in dessen Person sie eintritt (§ 425 Abs. 2).

5. Die Wirkungen einer stattgehabten Kündigung bestehen — wie bisher; OTrib. E. 39 S. 138 — für jeden Rechtsnachfolger in die Hypothek und für jeden Rechtsnachfolger in das Grundstück fort, ohne daß die Kündigung in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht. „Die Kündigung ist der Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Bedingung „si voluerit" zu vergleichen. Wenn die Bedingtheit eingetragen oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist, so wird hierdurch jeder Erwerber darauf hingewiesen, daß er sich über den Stand der Bedingungserfüllung außerhalb des Grundbuchs zu vergewissern habe. Eine besondere Bestimmung ist daher entbehrlich." (Mot. III S. 689.) Der neue Gläubiger der Hypothek muß selbst die nach der Übertragung der Forderung gegenüber dem bisherigen Gläubiger erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, wenn die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer nicht bekannt und im Grundbuche nicht eingetragen ist (§ 1156 Satz 2). Eine besondere Bestimmung besteht für das Zwangsversteigerungsverfahren: „Die von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von diesem dem Gläubiger erklärte Kündigung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld ist dem Ersteher gegenüber nur wirksam, wenn sie spätestens in dem Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgt und bei dem Gericht angemeldet worden ist. Das gleiche gilt von einer aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen Tatsache, infolge deren der Anspruch vor der Zeit geltend gemacht werden kann." (ZVG. § 54; vgl. auch § 66 das. und § 360 BGB.) Diese Bestimmungen betreffen die Hypotheken ꝛc., die, weil bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, bestehen bleiben.

6. Auf die Sicherungshypothek findet § 1141 keine Anwendung (§ 1185 Abs. 2). Diese ist nur dadurch fällig zu machen, daß der persönliche Schuldner dem Gläubiger oder dieser dem persönlichen Schuldner kündigt. Über die Kündigung der Grund- und Rentenschulden vgl. §§ 1193, 1201, 1202.

7. Vgl. die Übersicht Nr. 7 Abs. 2 S. 698 und Anm. 3 c Abs. 3 S. 748.

8. § 1141 gilt auch für die älteren Hypotheken (EG. z. BGB. Art. 192).

§ 1142.

Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

1. Für den Schuldner verbindet sich mit der Pflicht, den Gläubiger zu befriedigen, sobald die Forderung fällig ist, zugleich das Recht, die Befriedigung zu bewirken. Aber auch dem Eigentümer, der nicht der Schuldner ist, kann das Recht hierzu bei richtiger Würdigung des Zweckes der Hypothek nicht abgesprochen werden; es folgt schon aus den §§ 267, 268 BGB. (Mot. III S. 689) und aus den Vorschriften über die Eigentümerhypothek. Im Konkurse des Eigentümers übt der Verwalter das Einlösungsrecht aus.

Das Recht des Eigentümers, den Gläubiger zu befriedigen, tritt nach Ablauf der Kündigungsfrist ein, ohne Unterschied, ob ihm die Hypothek der Gläubiger oder ob er sie dem Gläubiger, ob dem Schuldner die Forderung der Gläubiger oder diesem die Forderung der Schuldner gekündigt hat. Bedarf es keiner Kündigung, um die Forderung fällig zu machen, so ist der Eigentümer wie der Schuldner berechtigt, beim Eintritte der für die Leistung bestimmten oder aus den Umständen zu entnehmenden Zeit und, wenn es daran fehlt, sofort den Gläubiger zu befriedigen (§ 271 BGB.). Der Gläubiger kann die Befriedigung durch den Eigentümer nicht ablehnen, auch wenn der Schuldner widerspricht (anders nach § 267 Abs. 2). Steht das Grundstück im Eigentume mehrerer, so kann jeder einzelne von ihnen den Gläubiger befriedigen.

Über das Recht, den Gläubiger zu befriedigen, vgl. §§ 268, 1150.

2. Daß der Eigentümer auch verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden, ergibt sich zwar nicht aus § 1142, aber aus der Begriffsbestimmung der Hypothek im § 1113 (Fuchs S. 458 Nr. 1).

3. Zum Abs. 2 des § 1142 vgl. Anm. 7 zu § 1150. Der Eigentümer kann nur mit einer ihm selbst gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen; die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners kann er nach § 1137 nur gemäß § 770 Abs. 2 als aufschiebende Einrede verwerten (vgl. Anm. 2 b S. 838 und II 2, 3 S. 835 f.). Der Gläubiger kann den Anspruch aus der Hypothek ꝛc. gegen eine Forderung des Eigentümers, der nicht persönlicher Schuldner ist, nicht aufrechnen; denn der Inhalt des Rechtes des Gläubigers, behufs seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verlangen, ist ein anderer als der Inhalt des Forderungsrechts auf Zahlung einer Geldsumme, worauf der Gegenanspruch des Eigentümers gerichtet ist. Die Bestimmungen im § 592 Satz 2, § 688 Abs. 1 Satz 2, § 794 Nr. 5 Satz 2 ZPO., daß als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, auch der Anspruch aus einer Hypothek ꝛc. gilt, sind singuläre, welche die Regel des § 387 BGB., wonach nur ihrem Gegenstande nach gleichartige Leistungen sich zur Aufrechnung eignen, nicht berühren. (Prot. IV S. 602 XXIV.)

4. Der Eigentümer erwirbt durch die Befriedigung des Gläubigers, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, die Forderung mit der Hypothek (§ 1143).

5. Über die Anwendung des § 1142 auf die Grundschuld vgl. Anm. 2 zu § 1192.

§ 1143.

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1173.

Literatur. Bruck. Die Eigentümerhypothek. Jena, 1903. — Kindel. Betrachtungen über die Eigentümerhypothek in der Festgabe für Koch. Berlin, 1903.

I. 1. Mit diesem Paragraphen beginnen die Vorschriften über das Einrücken des Eigentümers (die Sukzession) als Gläubiger in eine Hypothek kraft Gesetzes.

Im preuß. Rechte wurde nicht unterschieden, ob der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Nach § 63 EigG. „ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten", und nach § 64 „ist der eingetragene Eigentümer berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen". (Vgl. Nr. 2 Abs. 1 S. 706).

Im Entw. I wurde dieser Unterschied gemacht. Der § 1094 bestimmte in den Abs. 2 und 3: „Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (Eigentümerhypothek)." Es wurde dies so begründet: „Der Grundsatz, daß die Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers aufgehoben wird, darf in dem Falle, wenn der Eigentümer nicht der Schuldner ist, nicht Platz greifen, da der Eigentümer, welcher die Leistung bewirkt, regelmäßig hierdurch nicht sowohl die Schuld zu tilgen als vielmehr das Gläubigerrecht zu erwerben beabsichtigt. Er steht ähnlich dem Bürgen, durch dessen Leistung an den Gläubiger die Forderung nicht untergeht." Ist dagegen der Eigentümer auch der Schuldner, so liegt keine Veranlassung vor, jenen Grundsatz des Rechtes der Schuldverhältnisse zu durchbrechen, bloß um die akzessorische Natur der Hypothek zu wahren, es muß vielmehr die Befriedigung des Gläubigers das vollständige Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge haben und das, was unter der Bezeichnung „Hypothek" auf den Eigentümer übergeht, ist seiner rechtlichen Natur nach eine Grundschuld. Solche Regelung hebt nicht allein die Konstruktionsschwierigkeiten, sondern liefert auch ein praktisch brauchbares Ergebnis. (Mot. III S. 727.)

Die Bestimmungen im § 1094 Abs. 2, 3 Entw. I sind im BGB. beibehalten. Im § 1143 in Verbindung mit § 1153 Abs. 1 BGB. findet sich der Abs. 2 wieder. Der Inhalt des Abs. 3 wird zwar nicht in einer besonderen Bestimmung hervorgehoben, für ihn ist aber durch den umfassenderen Satz 2 des § 1163 Abs. 1 mitgesorgt, wonach der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn die Forderung erlischt, da nach § 362 das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Darin weicht das BGB. vom Entw. I ab, daß die Hypothek, die der Schuldner-Eigentümer erwirbt, sich in eine Grundschuld verwandelt (§ 1177 Abs. 1), während die Hypothek, die auf den Eigentümer übergeht, der nicht der Schuldner ist, Hypothek bleibt, wenn auch mit der besonderen Qualifikation, daß sich die Rechte aus ihr, solange die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften des § 1197 bestimmen (§ 1177 Abs. 2).

2. Abgesehen vom § 1143 geht die Forderung und mit ihr die Hypothek in einigen Fällen kraft Gesetzes auf den über, der den Gläubiger befriedigt. In diesen Fällen ist der Befriedigende, obwohl er nicht der Schuldner ist, zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt oder verpflichtet. Auf den, der den die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück betreibenden Gläubiger befriedigt, um nicht durch die Zwangsvollstreckung ein Recht am Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, geht die Forderung, soweit die Befriedigung erfolgt, über (§§ 1150, 268). Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über (§ 426 Abs. 2). Dies gilt auch für die Mitbürgen (§ 774 Abs. 2). Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über

(§ 774 Abs. 1; RG. E. 53 S. 403). Befriedigt jemand, der dazu nicht berechtigt ist, den Gläubiger, so geht auf ihn weder die Forderung noch die Hypothek über; die Forderung erlischt und die Hypothek erwirbt der Eigentümer (§ 1163 Abs. 1 Satz 2; vgl. Anm. II 1 a zu § 1163). Auf den persönlichen Schuldner kann immer nur die Hypothek übergehen (§§ 1164, 1174).

II. 1. Macht der Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, von der ihm durch § 1142 gegebenen Berechtigung Gebrauch und befriedigt den Gläubiger, so geht auf ihn im Zeitpunkte der Befriedigung die Forderung und mit ihr die Hypothek (§ 1153) kraft Gesetzes über, ohne daß es dazu der Abtretung des befriedigten Gläubigers oder der Eintragung der Übertragung in das Grundbuch bedarf. Verfällt der Gläubiger nach seiner Befriedigung in Konkurs, so steht dem Eigentümer gemäß § 43 KO. ein Anspruch auf Aussonderung der dem Gläubiger nicht mehr gehörigen Hypothekenforderung zu. Wird die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den befriedigten Gläubiger auf einen Dritten übertragen, so kann der Eigentümer der Zwangsvollstreckung gemäß § 771 ZPO. widersprechen. Will der Eigentümer sich aber gegen weitere Verfügungen des Gläubigers zugunsten redlicher Erwerber sichern, so muß er bei einer Buchhypothek die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen im Grundbuche, bei einer Briefhypothek die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden bewirken (§§ 1144, 1145, 1155). Will der Gläubiger die Urkunde nicht herausgeben bezw. ausstellen, so braucht der Eigentümer nicht zu zahlen, sondern kann sich durch Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreien (§§ 298, 372, 378). Hat der Eigentümer gezahlt, so kann er im Wege der Klage die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Erklärungen und Urkunden vom Gläubiger verlangen und sein Gläubigerrecht durch Eintragung eines Widerspruchs sichern (§§ 894, 896, 899, 1144, 1145). Da das Eigentum an dem Hypothekenbriefe mit dem Erwerbe der Forderung auf den Eigentümer übergeht (§ 952), kann dieser die Herausgabe des Briefes von jedem Besitzer verlangen (§ 985). Hat der Verwalter des Konkurses des Eigentümers aus der Masse gezahlt, so fällt die Eigentümergrundschuld in die Konkursmasse.

2. Die Befriedigung des Gläubigers kann auch durch Hinterlegung (§§ 372 ff.) und durch Aufrechnung (§§ 387 ff.) erfolgen (§ 1142 Abs. 2). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils nach erfolgter Hinterlegung des Betrags der Forderung im Aufgebotsverfahren gilt der unbekannte Gläubiger als befriedigt (§ 1171). Das Ausschlußurteil hat im Aufgebotsverfahren gemäß § 1170 die gleiche Wirkung nicht; der Eigentümer erwirbt, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, nicht die Forderung, sondern nur die Hypothek. Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers nicht durch den Eigentümer, sondern aus dem belasteten Grundstücke, so erlischt die Hypothek (§ 1181); ob die Forderung auf den Eigentümer übergeht, ist zweifelhaft. Bei der 2. Lesung wurde zwar als richtig anerkannt, daß der Eigentümer im Falle des § 1181 gemäß § 1143 die Forderung gegen den persönlichen Schuldner erwerbe, als der Antrag gestellt wurde, dem § 1181 hinzuzusetzen: „Die Befriedigung gilt als durch den Eigentümer erfolgt“ (Prot. VI S. 257 VIII); in das Gesetz ist aber der Zusatz nicht aufgenommen. Mittelstein (S. 214 Anm. 1) hält deshalb die analoge Ausdehnung des § 1143 auf den Fall des § 1181 für ausgeschlossen und spricht dem Eigentümer, soweit er nicht mit dem Schuldner in Vertragsbeziehungen steht, nur den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zu. Neumann (Anm. A I 6 zu § 1143, Anm. A III 1 zu § 1181) und Fuchs (Anm. 2 a S. 460) lassen dagegen den Übergang der Forderung auf den Eigentümer nach Maßgabe der erfolgten Befriedigung zu. Der letzten Ansicht wird mit Rücksicht auf die §§ 774, 1225, 1247 beigetreten (so auch Oberneck I S. 811, Planck, Biermann, Lehmann, Bruck S. 198; a. M. Kober Nr. 1 zu § 1181). Der vertragliche Erlaß der Schuld seitens des Gläubigers und das vertragliche Anerkenntnis des Gläubigers, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe, bewirken das Erlöschen des Schuldverhältnisses (§ 397). Es ist dann keine Forderung mehr vorhanden, welche auf den

Digitized by Google

Eigentümer übergehen könnte; dieser erwirbt infolge des Erlasses gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 nur die Hypothek.

3. Nicht auf jeden, welcher den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung über. Eine allgemeine Vorschrift, wie im § 46 I 16 PALR., daß der Zahlende in der Regel gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers tritt, hat das BGB. nicht. Nach dem BGB. ist der Kreis derer, die zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt sind und auf welche infolge dessen die Forderung übergeht, beschränkt (vgl. Anm. I 2 S. 856). Dazu gehört vor allem der Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist (§ 1142). Sein Kredit soll dadurch gestärkt werden, daß ihm durch den Erwerb der Forderung mit der Hypothek die Möglichkeit gegeben wird, die Forderung mit ihrer Sicherheit bei einem neuen Gläubiger zu verwerten (vgl. Anm. I 1 zu § 1163). Nur auf den geht deshalb die Forderung über, der in dem Zeitpunkt Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist, wo er den Gläubiger der Forderung, für welche die Hypothek besteht, befriedigt. War der Befriedigende in diesem Zeitpunkte noch nicht oder nicht mehr Eigentümer des Grundstücks, so kann er den Erwerb der Forderung nicht auf § 1143 stützen. In solchem Falle erwirbt nicht er, sondern der derzeitige Eigentümer des Grundstücks gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek; es sei denn, daß er der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung ist und vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, in welchem Falle wenigstens die Hypothek auf ihn übergeht (§ 1164). (Bruck S. 199.) Unter der Herrschaft des preuß. Rechtes, wonach gleichfalls die Befriedigung durch den Eigentümer zum Erwerbe der Hypothek mit der Forderung erforderlich war (RG. E. 43 S. 265), ist die Ansicht aufgestellt (vgl. Dernburg PPrivR. 1 § 338 A. 6, HypR. S. 294), daß der, welcher eine Hypothekenforderung, ehe er Eigentümer war, mit Rücksicht auf sein künftiges Eigentumsrecht getilgt hat — z. B. der Käufer eines Grundstücks, dem noch nicht aufgelassen ist — mit dem Eigentumserwerb in die Hypothek sukzediere; für solche Gleichstellung dessen, der erst noch Eigentümer werden will, mit dem, der bereits Eigentümer ist, fehlte jedoch früher und fehlt jetzt jeder gesetzliche Anhalt. Ist jedoch die Befriedigung des Gläubigers von dem Erwerber des Grundstücks zwar vor seiner Eintragung als Eigentümer, aber nach der vor dem Grundbuchamt erklärten Auflassung und nach Stellung des Antrags auf seine Eigentumseintragung, der Hindernisse nicht entgegenstehen, erfolgt, so erwirbt, nach Ansicht des KG. (RJA. 4 S. 233), nicht der Veräußerer die Hypothek als Eigentümergrundschuld, sondern der zahlende Erwerber erwirbt sie im Augenblicke seiner Eintragung als Eigentümer und kann sie ohne Zuziehung des Veräußerers löschen lassen. Dagegen Zschoche in Lodes ZBlFG. 5 S. 814.

Ist es zweifelhaft, ob der Eigentümer als persönlicher Schuldner oder als Nichtschuldner den Gläubiger befriedigt hat, so muß dies dem Grundbuchamte nachgewiesen werden, damit es zum Ausdrucke bringen kann, ob die Hypothek als solche (mit der Forderung) oder gemäß § 1177 Abs. 1 als Grundschuld übergegangen ist (Braunschw. Rsp. 2 S. 320; Planck S. 514 Nr. 3 b α; Biermann SR. S. 344 Nr. 2 a). Dafür daß das Grundbuchamt, wie das RG. (JW. 20 S. A 283) meint, bis zum Beweise des Gegenteils zu der Annahme berechtigt sei, der Eigentümer habe als persönlicher Schuldner bezahlt, läßt sich weder eine tatsächliche noch eine rechtliche Vermutung anführen (Oberneck in Gruch. 47 S. 317 f.).

Daß der Eigentümer als solcher zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers im Grundbuch eingetragen sei, wird (wie bisher) nicht gefordert; es genügt, daß er der Eigentümer des Grundstücks, wenn auch außerhalb des Grundbuchs (z. B. als Erbe), ist. Vor dem Grundbuche kann er über die erworbene Hypothekenforderung erst dann verfügen, wenn durch seine Eintragung als Eigentümer sein Recht zum Erwerbe der Forderung festgestellt und er, falls es sich um eine Buchhypothek handelt, als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist, und er, falls der Erwerb eine Briefhypothek betrifft, sich im Besitze des

Digitized by Google

Briefes und der Quittung des bisherigen Gläubigers und der sonstigen das Gläubigerrecht des letzteren nach § 1155 nachweisenden Urkunden befindet (GBO. § 40).

Wer als Eigentümer die Hypothekenforderung einmal erworben hat, verliert das Gläubigerrecht dadurch nicht wieder, daß er das Grundstück veräußert (RG. JW. 26 S. A 303, Bd 28 S. A 136). Auch nach erfolgter Veräußerung des Grundstücks kann er die während seiner Besitzzeit auf ihn übergegangene Hypothekenforderung auf seinen Namen umschreiben lassen oder anderweit darüber verfügen (für das frühere Recht vgl. RG. E. 5 S. 307, Gruch. 27 S. 469, Bd 38 S. 1088; KG. JW. 1 S. 131, Bd 15 S. 145).

4. Soweit der Nichtschuldner-Eigentümer den Gläubiger wegen des Kapitals, der Zinsen und der Kosten befriedigt, geht die Forderung kraft Gesetzes auf ihn über. Durch die Befriedigung wird er Gläubiger derselben Forderung, welche dem bisherigen Gläubiger zustand. Er kann insbesondere die Forderung mit der persönlichen Klage gegen den Schuldner geltend machen. Die Beschränkungen, welche nach § 1177 Abs. 2 während der Dauer der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person eintreten, betreffen nur die Rechte aus der Hypothek, nicht die Rechte aus der persönlichen Forderung. Zur Begründung der Klage gegen den persönlichen Schuldner hat der Eigentümer nur die Befriedigung des Gläubigers nachzuweisen; er hat nicht den Nachweis zu führen, daß der Schuldner ihm auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses zur Erstattung des Gezahlten verpflichtet ist. Bei der 2. Lesung wurde zwar der Antrag gestellt, den Übergang der Forderung auf den Eigentümer davon abhängig zu machen, daß dieser oder ein Rechtsvorgänger nicht dem persönlichen Schuldner gegenüber verpflichtet sei, die Schuld zu tragen; der Antrag wurde aber abgelehnt. Es wurde erwogen: „Der Übergang der Forderung sei, entsprechend den Vorschriften der §§ 426 Abs. 2 und 774 BGB. über das Gesamtschuldverhältnis und über die Bürgschaft, nur gerechtfertigt, wenn der Eigentümer ein Rückgriffsrecht gegen den persönlichen Schuldner habe; nur müsse abweichend vom § 426 Abs. 2 hier die Beweislast umgekehrt und der Übergang der Forderung als Regel ausgesprochen werden, da regelmäßig der Schuldner die Schuld endgültig zu tragen habe. Es empfehle sich nicht, von der Regel des Übergangs der Forderung eine Ausnahme zu bestimmen. Der Schuldner müsse doch, wenn der Eigentümer die Forderung gegen ihn geltend mache, das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Ausnahme beweisen." Man gab deshalb der Vorschrift im § 1094 Abs. 2 Entw. I, wonach die Forderung mit der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Nichtschuldner-Eigentümer übertragen wird (vgl. Anm. I 1 Abs. 3 S. 856 f.), wegen ihrer Einfachheit den Vorzug, zumal da auch danach der Schuldner selbstverständlich die persönliche Klage des Eigentümers durch den Nachweis abwehren könne, daß dieser oder ein Rechtsvorgänger ihm gegenüber zur Tragung der Schuld verpflichtet sei. Der Antrag, die persönliche Inanspruchnahme des Schuldners nur auf Grund eines besonderen zwischen dem Eigentümer und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses zu gestatten, wurde gleichfalls abgelehnt, weil dadurch der Eigentümer nicht genügend geschützt werde. An einem solchen Rechtsverhältnisse, meinte man, könne es z. B. im Falle mehrfacher Veräußerung des Grundstücks fehlen, während es doch auch in solchem Falle der Absicht des Eigentümers und der Billigkeit entspreche, daß der Eigentümer auf den persönlichen Schuldner zurückgreifen könne. (Prot. III S. 607.) Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, und es ist auch im § 1143 deutlich ausgedrückt, daß in dem vorausgesetzten Falle neben der Hypothek stets die Forderung auf den Eigentümer übergeht ohne Rücksicht darauf, welches Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Schuldner besteht. Wird der Schuldner vom Eigentümer aus der Forderung in Anspruch genommen, so kann er aber, wie sich aus der Bezugnahme auf die Vorschriften des § 774 Abs. 1 im § 1143 Abs. 1 Satz 2 ergibt, dem Eigentümer alle Einreden und Einwendungen entgegensetzen, die ihm aus einem zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnis erwachsen sind, z. B. die Einrede, daß der Eigentümer ihm die Forderung gestundet habe, oder den Einwand, daß der Eigentümer, der von ihm das

Grundstück gekauft, die Hypothekenforderung übernommen habe, ohne daß die Genehmigung des Gläubigers erteilt, der Eigentümer daher nicht persönlicher Schuldner des Gläubigers geworden ist (§ 416). Der Eigentümer ist ferner den Einwendungen des Schuldners ausgesetzt, die zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, und innerhalb der durch die §§ 406—408 gesetzten Schranken auch den Einwendungen, die der Schuldner aus Vorgängen herleiten kann, die nach dem Übergange sich ereignet haben (§§ 404, 412). Die Einwendungen, die dem Schuldner zustehen, begreifen sowohl die materiellrechtlichen Einreden, als auch die prozessualen, auf rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen beruhenden Einwendungen (vgl. Anm. I S. 222). Boehm (S. 204) gibt folgendes Beispiel. Das Grundstück des B ist mit einer Darlehnshypothek von 3000 belastet, deren persönlicher Schuldner der A ist. A setzt seinen Bruder B zum Erben ein und seinem Bruder C das Grundstück als Vermächtnis aus. B haftet als Erbe für die Darlehnsforderung persönlich (§ 1967), C ist ihm gegenüber aber im Zweifel verpflichtet, den Darlehnsgläubiger insoweit zu befriedigen, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird (§ 2166). Wenn nun C den Gläubiger befriedigt, so geht auf ihn (als Nichtschuldner-Eigentümer) gemäß § 1143 die Darlehnsforderung über und er kann sie ohne weiteres gegen B einklagen. Dagegen kann B auf Grund des § 2166 einwenden, er hafte als persönlicher Schuldner nur in Höhe von 1000, weil das Grundstück einen Wert von 2000 habe. Vgl. Tillich in JW. 1905 S. 362.

Die Forderung geht auf den Eigentümer nur soweit über, als er den Gläubiger befriedigt. „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden" (§ 774 Abs. 1 Satz 2, § 1143 Abs. 1 Satz 2). Dem Gläubiger, der nur teilweise befriedigt wird, gebührt daher für seine Restforderung das Vorrecht vor dem auf den Eigentümer übergegangenen Forderungsteil. Es kommt dies hauptsächlich bei der mit der Forderung übergehenden Hypothek in Betracht. Im Entw. I § 1095 war die Vorschrift enthalten, „daß der Eigentümer — wenn er den Gläubiger nur wegen eines Teiles der Forderung befriedigt — die Übertragung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend machen kann, insbesondere dem Gläubiger in Ansehung des andern Teiles der Vorrang zusteht." Sie ist bei der 2. Lesung sachlich nicht angefochten (Prot. III S. 609). Zur Teilbefriedigung ist der Eigentümer nur berechtigt, wenn ihm als Schuldner dies nach dem bestehenden Schuldverhältnisse gestattet ist (§ 266).

5. „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über" (§ 1153 Abs. 1). Wo das Gesetz bestimmt, daß eine Forderung auf einen andern übergeht, versteht es sich von selbst, daß die Hypothek mit der Forderung verbunden bleibt und ihr folgt; denn „die Forderung kann nicht ohne die Hypothek übertragen werden" (§ 1153 Abs. 2). Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht also auf ihn mit der Forderung auch die dafür bestehende Hypothek über; er hat also auch die Ansprüche aus §§ 1144, 1145. Während jedoch die Forderung in dem Umfang auf den Eigentümer übergeht, wie er sie an Kapital, Zinsen und Kosten bezahlt hat, geht die Hypothek nur für die Hauptforderung und die laufenden Zinsen über; für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt sie, sobald sie sich infolge des Übergangs der Hypothekenforderung auf den Eigentümer mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (§ 1178 Abs. 1). Bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers gebührt dessen Hypothekenteile das Vorrecht vor dem auf den Eigentümer übergegangenen Teile. Reicht im Zwangsversteigerungsverfahren das Kaufgeld nicht zur Befriedigung beider Hypothekenteile aus, so trifft der Ausfall den Eigentümer. Auch andere Nachteile, die ihm als Gläubiger des ihm verbliebenen Hypothekenteils aus dem Übergange der Forderung auf den Eigentümer entstehen, braucht der Gläubiger nicht zu dulden. Das Beispiel Boehm's (S. 204 Nr. V) leidet an der unrichtigen Auffassung, daß der Gläubiger mehrerer Hypotheken an demselben Grundstück auch diejenigen Nachteile nicht zu dulden habe, die ihm infolge des Übergangs der Forderung bei der einen Hypothek

auf den Eigentümer an der andern Hypothek entstehen können (vgl. oben Anm. 4 Abs. 2 und § 1176). Solange der Eigentümer zugleich Gläubiger der Hypothekenforderung ist, kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung aus dem Grundstücke betreiben und Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (§ 1177 Abs. 2, § 1197). Vgl. Tillich in JW. 1905 S. 362.

Es macht keinen Unterschied, ob die mit der Forderung auf den Eigentümer übergehende Hypothek eine gewöhnliche Hypothek oder eine Sicherungshypothek ist; der § 1143 ist nicht von der Anwendung auf Sicherungshypotheken, wozu auch die sog. Kautionshypotheken gehören (§ 1190 Abs. 3), ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2; abweichend vom § 67 PEigG.). Ist zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der auf den Eigentümer übergehenden Forderung eine Vormerkung eingetragen, so geht mit der Forderung auch das Recht aus der Vormerkung auf den Eigentümer über (§ 401; Kober Nr. 2; a. M. Biermann Nr. 5 und Planck Nr. 5 zu § 1143). Dieser kann als Rechtsnachfolger des bisherigen Gläubigers für die Forderung eine Hypothek mit dem Range der Vormerkung eintragen lassen.

Für Grund- und Rentenschulden paßt die Bestimmung des § 1143 nicht, da diese eine Forderung nicht voraussetzen. Gleichwohl besteht kein Zweifel darüber, daß die Grund- und Rentenschuld in ihrem Kapitalbetrage bezw. ihrer Ablösungssumme auf den Eigentümer so weit übergeht, als dieser den Grund- oder Rentenschuldgläubiger befriedigt. Von dem Übergang einer Forderung auf den Eigentümer kann selbstverständlich nicht die Rede sein. Ist die Grund- oder Rentenschuld zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt, so kann diese nur durch besondere Abtretung auf den Eigentümer übertragen werden (Vgl. Anm. 2 zu § 1192.)

6. Es kann vorkommen, daß auf den Eigentümer, obwohl er persönlicher Schuldner ist, durch Befriedigung des Gläubigers die Forderung übergeht, nämlich dann, wenn mit ihm ein anderer als Gesamtschuldner haftet. Es geht die Forderung des Gläubigers gegen den anderen soweit auf ihn über, als er von dem anderen Ausgleichung verlangen kann, während sie im übrigen erlischt. In solchem Falle erfolgt der Übergang der Forderung nicht gemäß § 1143, sondern gemäß § 426 Abs. 2. Hier muß der Eigentümer, im Gegensatze zum Falle des § 1143, als Voraussetzung des Übergangs nachweisen, daß er von dem anderen Ausgleichung verlangen könne. Die Hypothek geht zu ihrem ganzen Betrag auf den Eigentümer über, und zwar, soweit die Forderung auf ihn übergeht, nach §§ 401, 412, soweit die Forderung erlischt, nach § 1163 Abs. 1 Satz 2. Besteht die Hypothek als Gesamthypothek auch an einem Grundstücke des anderen, so kommt § 1173 zur Anwendung.

7. Die Bestimmung im § 1143 Abs. Satz 1 findet in allen Fällen Anwendung, wo ein Eigentümer, welcher nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt, ohne Unterschied, ob für die Forderung eine Einzelhypothek oder eine Gesamthypothek besteht. Befriedigen die mehreren Eigentümer der verhafteten Grundstücke den Gläubiger, so geht auf jeden einzelnen von ihnen die Forderung nur soweit über, als er den Gläubiger befriedigt; als Gesamtforderung (§ 428) geht sie nicht auf die sämtlichen Eigentümer über.

Wie der Übergang der Hypothek mit der Forderung erfolgt, wenn die Hypothek an mehreren Grundstücken besteht (§ 1132), wird im Abs. 2 des § 1143 durch Verweisung auf § 1173 bestimmt. Wird in solchem Falle der Gläubiger nur wegen eines Teilbetrags der Hypothek befriedigt, so findet § 1176 Anwendung. Die Hypothek geht nicht als Gesamthypothek auf den befriedigenden Eigentümer über, sondern dieser erwirbt die Hypothek nur an seinem Grundstücke, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Nur wenn der befriedigende Eigentümer vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann, geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über (§ 1173). Wird der Gläubiger nur wegen eines Teilbetrags der Hypothek befriedigt, so kann der dem

Eigentümer zufallende Hypothekenteil nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Hypothekenteils geltend gemacht werden (§ 1176).

Der Übergang von Forderung und Hypothek mag an einem Beispiele dargestellt werden. A hat von seinem Grundstücke a, das mit einer in drei gleichen Raten zahlbaren Hypothek von 30 000 für E belastet ist, drei Parzellen, b, c, d abgezweigt und je eine dem B, C und D verkauft. B hat 10 000 der Hypothek ohne Genehmigung, C 10 000 mit Genehmigung des Gläubigers E übernommen, D hat ohne Übernahme den Kaufpreis gezahlt. Die Hypothek von 30 000 wird unter Weiterhaft der Parzelle a bei Anlegung der Grundbuchblätter auf jede der Parzellen b, c, d übertragen. Befriedigt B, der nicht persönlicher Schuldner des E geworden ist, den E in Höhe der übernommenen 10 000, so geht auf ihn die Forderung und die Hypothek an seiner Parzelle b zu diesem Betrage über (§ 1143), die Hypothek erlischt in Höhe von 10 000 an den Parzellen a, c, d (§ 1173 Abs. 1). Wollte B die persönliche Forderung gegen A geltend machen, so würde ihm entgegenstehen, daß er dem A gegenüber infolge der Übernahme zur endgültigen Tragung der Schuld verpflichtet sei (vgl. Anm. II 4 S. 859). Befriedigt C den Gläubiger in Höhe von 10 000, so geht auf ihn die Hypothek zu diesem Betrag an der Parzelle c als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) über, während sie auf den Parzellen a, b, d erlischt (§ 1173); die Forderung des E ist mit 10 000 infolge seiner Befriedigung erloschen und geht auf C, der infolge der Übernahme persönlicher Schuldner geworden war, nicht über (§ 416). Die Hypothek auf dem Restgrundstücke geht auf ihn nicht über, weil er von A nicht Ersatz verlangen kann. Befriedigt D den Gläubiger wegen der dritten Rate, so geht auf ihn in Höhe von 10 000 die Forderung, da er deren Schuldner nicht geworden ist, mit der Hypothek auf seiner Parzelle d und auf dem Restgrundstück a des ihm nach § 439 Abs. 2 ersatzpflichtigen Eigentümers A als Gesamthypothek über, während die Hypothek auf den Parzellen b und c erlischt (§ 1173). Er kann Forderung und Hypothek gegen A geltend machen; von der Beschränkung des § 1177 Abs. 2 wird die Hypothek nur so weit betroffen, als sie seine Parzelle d belastet (vgl. auch § 1132 Abs. 1 Satz 2). Befriedigte zuerst D den Gläubiger wegen 10 000 und verzichtete dieser auf die Hypothek wegen der übrigen 20 000 an der Parzelle d, so würde die Hypothek der 20 000 an dieser Parzelle erlöschen (§ 1175 Abs. 1 Satz 2); im übrigen träten die angegebenen Folgen ein.

8. Erfolgt in den Fällen, wo der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, die Befriedigung des Gläubigers nicht durch den Eigentümer, sondern durch den persönlichen Schuldner, so erlischt die Forderung und die Hypothek geht ohne sie so weit, als der Schuldner vom Eigentümer Ersatz verlangen kann, auf den Schuldner, im übrigen auf den Eigentümer über (§§ 1164, 1163 Abs. 1 Satz 2).

9. Der Eigentümer, welcher die Hypothek bestellt hat, ist nicht der persönliche Schuldner, wenn er die Hypothek nicht für eine eigene, sondern für eine fremde Schuld bewilligt hat. Der Eigentümer, dessen Rechtsvorgänger die Hypothek bestellt hat, ist nicht persönlicher Schuldner, wenn er die Hypothekenforderung nicht übernommen hat oder wenn die Übernahme von dem Gläubiger nicht genehmigt und daher nicht wirksam geworden ist (§§ 416, 415). Bei der Übernahme des Vermögens eines anderen durch Vertrag wird der Übernehmer persönlicher Schuldner der auf den mit dem Vermögen übernommenen Grundstücken haftenden Hypothekenforderungen, deren persönlicher Schuldner der andere ist, selbst dann, wenn dies durch Vereinbarung zwischen ihm und dem anderen ausgeschlossen oder beschränkt ist (§ 419).

§ 1144.

Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind.

§ 1145.

Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen. Der Gläubiger ist verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung.

1. Der Gläubiger, der vom Eigentümer befriedigt wird, muß gegen die Befriedigung Zug um Zug dem Eigentümer diejenigen Urkunden aushändigen, deren er bedarf, um über die nach §§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 auf ihn übergehende Post verfügen oder sie im Grundbuch auf seinen Namen umschreiben oder löschen lassen zu können. Er hat dem Eigentümer nicht bloß Quittung zu erteilen und den etwa vorhandenen Schuldschein zurückzugeben (§§ 368, 371, 402), sondern auch, nach der Wahl des Eigentümers, entweder die Umschreibung oder die Löschung der Hypothek in öffentlich beglaubigter Form zu bewilligen und dem Eigentümer die bezüglichen Urkunden zu übergeben, sowie, wenn eine Briefhypothek in Frage steht, den Hypothekenbrief dem Eigentümer auszuhändigen oder dem Grundbuchamte vorzulegen, und, falls der Gläubiger als solcher nicht im Grundbuch eingetragen ist, die im § 1155 bezeichneten Abtretungserklärungen in öffentlich beglaubigter Form dem Eigentümer auszuhändigen (Bruck Eig. Hyp. S. 225). Es liegt dies in der Konsequenz der Vorschriften des § 368 Satz 2, der §§ 894, 896, 952, 1154. Alle diese Verpflichtungen liegen auch dem Verwalter des Konkurses des Gläubigers ob (RG. E. 19 S. 59, Bd 60 S. 247). Der Eigentümer wird durch die Befriedigung Eigentümer, bei teilweiser Befriedigung Miteigentümer des Briefes (§ 952). Der § 403 findet keine Anwendung, weil der Übergang sich nicht auf Grund einer Abtretung, sondern kraft Gesetzes vollzieht (RG. E. 48 S. 56). Für die Kostenpflicht des Eigentümers sind die Vorschriften der §§ 369, 897 maßgebend. (Vgl. Mot. III S. 731, 758.) Insbesondere muß der Eigentümer die Kosten der vom befriedigten Gläubiger auszustellenden löschungsfähigen Quittung tragen (Hamb. Rsp. 6 S. 271).

Die Urkunden, welche vom Gläubiger verlangt werden können, müssen einen solchen Inhalt haben, daß danach das Grundbuch der wirklichen Rechtslage entsprechend berichtigt werden kann. Mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 1164, 1150, 1173 muß die Quittung des Gläubigers erkennen lassen, wer ihn befriedigt hat, ob der Eigentümer oder ein anderer. Ob der Eigentümer die Hypothek mit der Forderung oder als Grundschuld erworben hat, hängt davon ab, ob er lediglich als Eigentümer oder zugleich als persönlicher Schuldner den Gläubiger befriedigt hat (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177). Er kann deshalb eine Quittung verlangen, aus der sich dies deutlich ergibt (Braunschw. Rsp. 2 S. 320). Eine Vermutung, daß der Eigentümer als persönlicher Schuldner gezahlt habe (RG. JW. 20 S. A 283), wird ein vorsichtiger Grundbuchrichter kaum annehmen; soll die Erklärung des Gläubigers nur zur Löschung dienen, so genügt ein einfaches Empfangsbekenntnis (§ 368) oder eine Löschungsbewilligung. (Biermann SR. Nr. 2 a, b, Planck Nr. 3 b zu § 1144.) Die Abtretung der Hypothek an einen von ihm später zu benennenden Dritten kann der Eigentümer vom Gläubiger nur dann verlangen, wenn dieser sich dazu verpflichtet hat. Diese Verpflichtung, die für den Eigentümer eine Einrede gemäß § 1157 begründet, ist eintragungsfähig (Biermann SR. Nr. 2 c, Planck Nr. 4 zu § 1144; abweichend RG. RJA. 1 S. 165).

2. Der Eigentümer hat die Rechte aus §§ 1144, 1145 ohne Unterschied, ob er zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Er hat sie im ersten Falle auch dann, wenn nur der persönliche Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird, oder wenn ursprünglich für seine Schuld von einem anderen Hypothek bestellt war und er später das Eigentum des Grundstücks erworben

hat (Mot. III S. 731). Auch dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, und dem dazu befugten Dritten, welche den Gläubiger befriedigt haben, sowie dem Eigentümer im Falle des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek stehen die Rechte aus §§ 1144, 1145 zu (§§ 1167, 1150, 1168). Eine ausdrückliche Bestimmung ist für den Fall nicht gegeben, daß dem Eigentümer die Hypothek ganz oder zum Teile zusteht, weil die Forderung, wofür die Hypothek besteht, ganz oder zum Teile nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Daß auch solchem Eigentümer die Rechte, wie sie in den §§ 1144, 1145 dem befriedigenden Eigentümer beigelegt sind, zustehen, ergibt sich aus allgemeinen Bestimmungen des BGB. Das RG. hat dies in einem Falle, wo die Hypothek zum Teile wegen Nichtentstehens der Forderung dem Eigentümer zustand, dargelegt. Der Übergang des Hypothekenteils auf den Eigentümer vollzieht sich ohne Übergabe des Briefes an ihn. Als Gläubiger des Hypothekenteils steht dem Gläubiger das Miteigentum am Briefe zu dem sich aus dem Hypothekenteile ergebenden Bruchteile zu (§ 952). Der Eigentümer hat das Recht, die Aufhebung dieser Gemeinschaft zu verlangen (§ 749). Da eine Teilung der Hypothekenforderung vorliegt, kann für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt (§ 1152) und dann die Teilung in Natur vollzogen werden (§ 752). Dem Eigentümer ist der über seinen Betrag gebildete Brief auszuhändigen, der vorhandene Brief im Besitze des Gläubigers zu belassen. Die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderliche Zustimmung des Gläubigers zur Umschreibung des dem Eigentümer zustehenden Hypothekenteils auf seinen Namen muß der Gläubiger nach § 894 erteilen und den Hypothekenbrief muß er nach § 896 dem Grundbuchamte vorlegen. Diese Ansprüche des Eigentümers kann auch sein Gläubiger geltend machen, wenn er sie hat pfänden und sich überweisen lassen. (RG. E. 59 S. 314; a. M. Freudenthal in JW. 1904 S. 602.) Vorschriften, wie sie das PrR. in den §§ 46—50 I 16 und den §§ 442—444 I 11 enthielt, wonach auch jeder Unbeteiligte durch Bezahlung des Gläubigers in der Regel in dessen Rechte gegen den Schuldner trat und vom Gläubiger Abtretung der Forderung mit der dafür bestellten Sicherheit verlangen konnte, hat das BGB. nicht.

3. Wenn der Gläubiger nur wegen eines Teiles der Forderung befriedigt wird, so behält für ihn der Hypothekenbrief in Ansehung des Restes seine Bedeutung. Von einer Verpflichtung, dem Eigentümer die Urkunden auszuhändigen, kann somit keine Rede sein. Wohl aber muß der Eigentümer dagegen geschützt sein, daß der Gläubiger fernerhin den Hypothekenbrief benutzen kann, um über die Forderung auch soweit, als sie ihm nicht mehr zusteht, zugunsten eines Dritten wirksam zu verfügen. Eine solche Verfügung ist nach § 1140 ausgeschlossen, wenn der Hypothekenbrief selbst die Sachlage bekundet. Dem Eigentümer muß daher das Recht eingeräumt werden, vom Gläubiger zu verlangen, daß seine teilweise Befriedigung auf dem Briefe vermerkt werde. Die Vermerkung der Teilbefriedigung tritt dann an die Stelle der Aushändigung des Briefes. Um gemäß § 1140 die Berufung auf die §§ 892, 893 auszuschließen, genügt eine Privatquittung (Denkschr. z. GBO. S. 66). Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es aber einer in der Form des § 29 GBO. ausgestellten Quittung, die der Gläubiger erteilen muß. Der Antrag auf Berichtigung bedarf keiner Beglaubigung. Der Eigentümer muß ferner, da er den Teil, wegen dessen der Gläubiger von ihm befriedigt wird, gemäß §§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 erwirbt, berechtigt sein, diesen Teil im Grundbuche löschen oder auf seinen Namen umschreiben zu lassen, und, weil weder die Löschung noch die Umschreibung erfolgen darf, ohne auf dem Hypothekenbriefe vermerkt zu werden (GBO. § 42), die Herausgabe des Briefes an das Grundbuchamt zu fordern. Für den Fall aber, daß er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, muß ihm die Möglichkeit der Verfügung über die Teilhypothek nach Maßgabe der §§ 1154, 1155 gewährt werden. Dies kann, wie das bisherige preuß. Recht (GBO. v. 1872 § 83) ergibt, nur dadurch geschehen, daß von dem in den Händen des teilweise befriedigten Gläubigers verbleibenden Hypothekenbrief ein besonderer Brief über den Teil gebildet wird. Der Teilhypothekenbrief darf aber als ein öffentliches Zeugnis

nur unter öffentlicher Autorität gebildet werden. Die Zuständigkeit für dieses Geschäft gebührt nicht dem Grundbuchamt ausschließlich, vielmehr sind im Interesse der Erleichterung des Hypothekenverkehrs, nach dem Vorgange der PGBO. § 83, auch gerichtlich oder notariell gefertigte Hypothekenbriefe zugelassen (GBO. § 61). Der Gläubiger muß daher in dem vorausgesetzten Falle den Hypothekenbrief auf Verlangen des Eigentümers dem Grundbuchamt oder einem Gericht oder Notare zum Zwecke der Bildung eines Teilhypothekenbriefs vorlegen (§ 1145 Abs. 1 Satz 2). In Preußen sind die Amtsgerichte zuständig (PGFG. Art. 31). (Nach den Mot. III S. 759.)

Auf den Teil einer Hypothek, der bereits durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs vervollständigt ist, findet § 1145 nur dann Anwendung, wenn der Gläubiger wegen dieses Teiles teilweise befriedigt ist.

Da der Eigentümer die auf ihn übergegangene Hypothekenforderung nach § 1143 Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit § 774 Abs. 1 Satz 2 nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend machen kann, so darf sich der Gläubiger bei Vermerkung seiner teilweisen Befriedigung ausdrücklich das Vorrecht vor dem auf den Eigentümer übergegangenen Forderungsteile vorbehalten.

4. Verweigert der Gläubiger im Sinne des § 1144 die Herausgabe des Hypothekenbriefs und im Falle des § 1145 den Vermerk der teilweisen Befriedigung und die Vorlegung des Briefes bei der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notar, so kommt er in Verzug (§ 298); der Eigentümer kann den von ihm dem Gläubiger zur Befriedigung angebotenen Betrag zurückbehalten (§ 273 Abs. 1) und zu seiner Befreiung hinterlegen (§§ 372, 378). Bei der nur teilweisen Befriedigung ist jedoch die Berechtigung des Eigentümers dazu Voraussetzung (vgl. § 266). Der Eigentümer kann, mag er den Gläubiger durch Zahlung oder Hinterlegung befriedigt haben, auf Aushändigung bezw. Vorlegung des Briefes klagen und auch im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch bewirken. Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so muß der Gläubiger gemäß § 1162 BGB. und § 67 GBO. einen neuen Brief beschaffen. Der Übergang der Hypothek auf den befriedigenden Eigentümer ist hier nicht, wie im Falle des § 1117, von der Übergabe des Briefes an ihn abhängig.

Ist dem Gläubiger durch Urteil oder durch einstweil. Verfügung die Aushändigung des Hypothekenbriefs oder dessen Vorlegung beim Grundbuchamt aufgegeben, so erfolgt die Vollstreckung nicht nach den Vorschriften, die für die Zwangsvollstreckung von Handlungen in den §§ 887 ff. ZPO. gegeben sind, sondern sie ist auf dem im § 883 daf. vorgeschriebenen Wege zu betreiben: der Gerichtsvollzieher ist mit der Wegnahme des Hypothekenbriefs aus dem Gewahrsam des Gläubigers zu beauftragen und, wenn dies nicht zum Ziele führt, der Gläubiger zum Offenbarungseide zu laden, eventuell die Eidesleistung durch Haft zu erzwingen (§ 891), wenn die Geltendmachung des Interesses nicht vorgezogen wird (RG. V B 19. 05).

5. Auf das Recht, die Hypothek bei teilweiser Befriedigung teilweise löschen zu lassen, kann der Eigentümer nach Reichsrecht rechtswirksam nicht verzichten. Satzungsmäßige Vorschriften, welche für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten die Löschung bis zur völligen Tilgung des von ihnen dargeliehenen Kapitals verbieten, sind nach Art. 167 EG. z. BGB., Art. 21 PAG. z. GBO. wirksam und eintragungsfähig. (RG. JW. 20 S. A 206.)

6. Abs. 2 des § 1145. Für die Kosten des § 1118 haftet das Grundstück kraft der Hypothek. Diese werden nicht eingetragen, da es dessen nicht bedarf. Was die Zinsen angeht, so muß die Verzinslichkeit unter Angabe des Zinssatzes eingetragen werden (§ 1115); über das Schicksal der einzelnen Zinsraten Auskunft zu geben, ist das Grundbuch nicht bestimmt. Eine Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung oder Umschreibung auf den befriedigenden Eigentümer findet daher nicht statt; der Vorlegung des Briefes bedarf es zu solchem Zwecke nicht. Auch zur Sicherung der Einrede der Befriedigung des Gläubigers

wegen der Kosten des § 1118 und der Rückstände von Zinsen sowie gewisser Zinsraten ist die Vorlegung des Briefes und der Vermerk der teilweisen Befriedigung nicht erforderlich. Klagt nach Abtretung der Hypothekenforderung der neue Gläubiger Kosten des § 1118 und rückständige und nach der Abtretung fällig gewordene Zinsen ein, so kann er der Einrede des Eigentümers, daß er die Kosten und die rückständigen sowie die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem er von der Übertragung Kenntnis erlangt hat, oder dem folgenden Vierteljahre fällig gewordenen oder fällig werdenden Zinsen dem bisherigen Gläubiger gezahlt habe, nicht erfolgreich mit der Replik begegnen, daß ihm die Befriedigung des bisherigen Gläubigers nicht bekannt gewesen und diese auch im Grundbuche nicht eingetragen sei (§§ 1158, 1159). Im Hinblicke hierauf ist der Absatz 2 des § 1145 von der 2. Kommission hinzugefügt (Prot. VI S. 253 III). Die Befriedigung wegen Zinsen, die später als in dem auf seine Befriedigung folgenden Vierteljahre fällig werden, muß der Gläubiger auf dem Hypothekenbriefe vermerken.

7. Der bei der Hypothekenbank bestellte Treuhänder, welcher die Urkunden über die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken unter dem Mitverschlusse der Bank zu verwahren und diese in der Regel auf Verlangen der Bank nur herauszugeben und zur Löschung im Hypothekenregister nur mitzuwirken hat, soweit die übrigen in das Register eingetragenen Hypotheken und Wertpapiere zur Deckung der Hypothekenpfandbriefe genügen oder die Bank eine andere vorschriftsmäßige Deckung beschafft: hat, wenn die Bank dem Hypothekenschuldner gegenüber zur Aushändigung der Hypothekenurkunde oder zur Vornahme der im § 1145 BGB. bezeichneten Handlung verpflichtet ist, die Urkunde auch dann herauszugeben, wenn die bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen; wird die Hypothek zurückgezahlt, so ist im letzteren Falle das gezahlte Geld dem Treuhänder zur Verwahrung zu übergeben. Den Hypotheken stehen die Grundschulden in dieser Beziehung gleich. (HypothekenbankG. v. 13. Juli 1899 § 31 Abs. 2, §§ 40, 52, RGBl. S. 375.)

§ 1146.

Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke.

1. Der Entw. I hatte im § 1140 nur für Grundschulden eine dem § 1146 BGB. entsprechende Bestimmung mit folgender Begründung:

„Wenn der Eigentümer gegenüber dem Anspruch auf Beitreibung einer Grundschuldsumme aus dem Grundstück in Verzug kommt, so folgt hieraus noch nicht eine Erweiterung des Anspruchs. Vielmehr ist der Gläubiger, sofern nicht das Gesetz eine besondere Bestimmung trifft, darauf beschränkt, den Eigentümer persönlich auf Ersatz des durch den Verzug ihm verursachten Schadens zu belangen. Dem Zwecke der Grundschuld entsprechender ist es jedoch, den Anspruch aus derselben in diesem Falle auf Verzugszinsen von der eingetragenen Summe auszudehnen. Das praktische Bedürfnis wird aber hierdurch noch nicht befriedigt. Denn auch ohne Verzug des Eigentümers gegenüber dem dinglichen Anspruche kann der Gläubiger wegen der längeren Zeitdauer, welche das Zwangsvollstreckungsverfahren erfordert, eine dem Inhalte seines Rechtes widerstreitende Verzögerung der Beitreibung des Kapitals erleiden. Der Grundschuldgläubiger darf aber in dieser Beziehung nicht schlechter gestellt werden, als der Hypothekengläubiger, welcher durch Mahnung den Schuldner in Verzug setzen und den Anspruch auf Verzugszinsen gemäß § 1066 (BGB. § 1118) erlangen kann. Sonst würde die Grundschuld der Hypothek gegenüber an einer Schwäche leiden, welche ihre Verkehrsfähigkeit erheblich beeinträchtigen müßte. Um dieser Unzuträglichkeit vorzubeugen, erstreckt der Entwurf den dinglichen Anspruch auch auf die dem Gläubiger von der Grundschuldsumme gebührenden Verzugszinsen, und zwar gerade so, wie sich ergeben würde, wenn der Eigentümer persönlich diese Summe schuldete. Hierdurch ist aber dem praktischen Bedürfnisse auch genügt. Steht dem Gläubiger wegen des Verzugs noch eine besondere Ersatzforderung zu, so haftet für sie das Grundstück nicht." (Mot. III S. 790.)

Bei der 2. Lesung wurde darauf hingewiesen, daß dieselbe Frage, welche bei der Grundschuld hervortrete, auch bei der Hypothek eintrete, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, also nicht persönlich zur Zahlung der Hypothekensumme verpflichtet sei, mithin den Vorschriften des Obligationenrechts über Verzug nicht unterliege. Es wurde deshalb beschlossen, eine entsprechende Vorschrift in den Titel von der Hypothek aufzunehmen (Prot. III S. 711 ff.). Diese Vorschrift ist der § 1146 BGB., welcher nach der allgemeinen Bestimmung des § 1192 Abs. 2 auch auf Grundschulden Anwendung findet. Bei Rentenschulden gilt der § 1146 nur für die Ablösungssumme, nicht für die einzelnen Leistungen (§ 1200 Abs. 1, § 289). Seine Anwendung auf Sicherungshypotheken ist nicht ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2; vgl. jedoch Gierke SR. S. 901 A. 19).

2. Nach § 1146 wird der nicht persönlich haftende Eigentümer so angesehen, als ob er den eingetragenen Betrag der Forderung schuldete. Infolge dessen muß er die Beitreibung von Verzugszinsen aus dem Grundstücke, nicht auch aus seinem übrigen Vermögen, dulden, wenn er in die Lage kommt, in welcher ein Schuldner nach dem Rechte der Schuldverhältnisse wegen seines Verzugs die Geldschuld verzinsen muß (BGB. §§ 284, 285, 288, 289). Es ist dies besonders von Bedeutung, wenn die Hypothek oder Grundschuld zinslos oder mit Zinsen unter vier Prozent eingetragen ist (§ 288). Für weitere Schadenersatzansprüche aus dem Verzuge (§§ 286, 288 Abs. 2, § 289 Satz 2) haftet das Grundstück nicht; solche können gegen den Eigentümer nur mit der persönlichen Klage verfolgt werden. Aus dem Vermögen des persönlichen Schuldners gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen nicht wegen des Verzugs des Eigentümers, sondern nur wegen des eigenen Verzugs des persönlichen Schuldners. Andererseits begründet der Verzug des persönlichen Schuldners den Anspruch auf Verzugszinsen aus dem Grundstücke nicht. Ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch der persönliche Schuldner im Verzuge, so kann der Gläubiger Verzugszinsen doch nur einmal fordern.

3. Nach § 291 BGB. hat der Schuldner eine Geldschuld vom Eintritte der Rechtshängigkeit an mit vier Prozent zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Auf diese, die sog. Prozeßzinsen, bezieht sich der § 1146, der dem Gläubiger nur den Anspruch auf Verzugszinsen aus dem Grundstücke zuspricht, an sich nicht. Prozeßzinsen können vom Eigentümer nur gefordert werden, wenn er im Verzug ist. Durch Erhebung der Klage sowie durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren kommt der Eigentümer aber, wenn die Hypothek fällig ist, regelmäßig im Verzug (BGB. § 284). Daher kann der Eigentümer die Zahlung von Verzugszinsen aus dem Grundstücke nur ablehnen, wenn er nachweist, daß er trotz der Zustellung der Klage nicht im Verzug ist. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so kommt für Prozeßzinsen der § 1118 zur Anwendung.

4. Der § 1146 findet auch auf die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Hypotheken und Grundschulden Anwendung (vgl. Nr. VI S. 714 ff.).

5. Für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 können nur vier Prozent Verzugszinsen selbst dann gefordert werden, wenn der Verzug vor dem 1. Januar 1900 eingetreten ist (RG. E. 46 S. 82).

6. Verzugszinsen können nicht neben Vertragszinsen, sondern nur anstatt geringerer Vertragszinsen gefordert werden (BGB. § 288 Abs. 1 Satz 2).

§ 1147.

Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.

1. Während nach römischem Rechte die actio hypothecaria auf die Herausgabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger gerichtet war, damit dieser den Verkauf zum Zwecke seiner Befriedigung vollziehen konnte, ist in Deutschland auch da, wo das Pfandrecht sich

Digitized by Google

auf römischer Grundlage entwickelt hatte, die öffentliche Versteigerung durch den Richter im geordneten Wege der Zwangsvollstreckung an die Stelle des Privatverkaufs durch den Gläubiger getreten. Die Landesgesetze haben fast sämtlich, wenn auch in verschiedenen Wendungen, den hypothekarischen Anspruch dahin gekennzeichnet, daß der Gläubiger berechtigt sei, die Beitreibung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verlangen (vgl. für Preußen ALR. I 20 §§ 490—495, EigG. §§ 37, 43). Der Entw. I e. BGB. sah im Anschluß an den festgestellten Begriff der Hypothek (§ 1062) von Bestimmung einer Zahlungspflicht des Eigentümers ab und verwies den Gläubiger lediglich auf den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, indem er im § 1075 bestimmte:

„Die Hypothek begründet für den Gläubiger den Anspruch, daß die Forderung, soweit sie fällig geworden ist, aus dem belasteten Grundstück und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung des Grundstücks beigetrieben werde."

Das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung wurde aus der akzessorischen Natur der Hypothek gefolgert (vgl. PALR. I 20 § 436). Die Zwangsvollstreckung in die dem Gläubiger mithaftenden beweglichen Sachen und Forderungen sollte nicht im Wege der Mobiliarexekution nach den Vorschriften der ZPO., sondern nur im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung, d. h. als Zwangsvollstreckung in das Grundstück zulässig sein, weil eine von der Zwangsvollstreckung in das Grundstück getrennte Exekution den wirtschaftlichen Bestand des Grundstücks und hiermit zugleich die der Hypothek vorgehenden Rechte gefährde (vgl. für Preußen ZVG. v. 4. März 1879 §§ 1, 23, ZVG. v. 1883 § 1 Abs. 2, § 206). Bezüglich der Frage, ob der Gläubiger auf Grund der Hypothek einer Mobiliarexekution in „bewegliche Teile und Zubehörungen" des Grundstücks widersprechen könne (PrZVG. v. 1883 § 206 Abs. 2), hielten die Motive zum Entw. I an dem Grundsatze fest, daß die persönlichen Gläubiger des Eigentümers zur Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die letzterem gehören, insoweit berechtigt seien, als der Schuldner über diese Gegenstände verfügen könne. Sei daher dem Eigentümer die Verfügung über die von der Hypothek mitergriffenen beweglichen Sachen und Forderungen nicht entzogen (vgl. §§ 1067 bis 1070 Entw. I), so ergebe sich von selbst, daß die Mobiliarexekution auf Betreiben persönlicher Gläubiger nicht ausgeschlossen werden könne. (Mot. III S. 675—678.)

Bei der 2. Lesung wurde die Entscheidung darüber, ob der Hypothekengläubiger sich an die mithaftenden Gegenstände nur im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung oder auch nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen halten kann, sowie darüber, ob und mit welchen Einschränkungen sich die persönlichen Gläubiger des Eigentümers gleichfalls an die dem Hypothekengläubiger mithaftenden Gegenstände halten können, dem Reichsgesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehalten (vgl. Anm. 6 S. 869). Durch den Zusatz, daß auch bezüglich der mithaftenden Gegenstände die Befriedigung nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, soll außer Zweifel gestellt werden, daß nicht etwa, soweit diese Gegenstände in Forderungen bestehen (Forderungen von Miet- und Pachtzinsen, von wiederkehrenden Leistungen aus einem mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenen Rechte, Forderungen des Eigentümers oder des Besitzers des Grundstücks aus der Versicherung: BGB. §§ 1123—1130), die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen Platz greifen. Die Fassung des § 1147 BGB. soll auch die Beibehaltung der in großen Rechtsgebieten bisher üblichen Formulierung des Antrags der hypothekarischen Klage und des Tenors des auf diese ergehenden Urteils gestatten, also namentlich für Preußen die Fassung des Antrags und des Urteils: daß der Eigentümer schuldig sei, die eingetragene Summe nebst Zinsen bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück an den Gläubiger zu zahlen. Es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß nach § 1113 die Hypothek ein Recht auf Zahlung aus dem Grundstücke gebe. (Prot. III S. 571 ff.)

2. Solange die Forderung dem Eigentümer gegenüber nicht fällig geworden ist, kann auf Grund der dinglichen Klage, von welcher § 1147 allein handelt, eine Verurteilung und Zwangsvollstreckung nur im Falle des § 1133 erfolgen. Nach Eintritt der Fälligkeit kann der Gläubiger der Regel nach nur Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen. Doch kann der Eigentümer ihm dann auch das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums am Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung, z. B. durch außergerichtlichen Verkauf und Auflassung an einen Dritten zu bewirken (BGB. § 1149). Mit Rücksicht auf die zwingende Natur der sachenrechtlichen

Vorschriften des BGB. ist vertragswidriger Verzicht auf die Zwangsversteigerung ausgeschlossen. (Planck Nr. 3 c zu § 1147, Gierke SR. S. 849 Anm. 45).

3. Die Geltendmachung des Hypothekenrechts ist im Zusammenhange in Nr. 7 S. 698 ff. dargestellt.

4. Über die Fassung des Klageantrags und des Urteilstenors vgl. S. 701 f.

5. Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, welche hier in Betracht kommt erfolgt, und zwar auch im Falle des Konkurses des Eigentümers (Jaeger KO. Nr. 7 zu § 47), durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung in dem durch RG. v. 24. März 1897 geregelten Verfahren (ZPO. § 866 Abs. 1, § 869). Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen außer den Grundstücken die Berechtigungen, wofür die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten; auf die Zwangsvollstreckung in eine solche Berechtigung finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke entsprechende Anwendung (ZPO. § 864 Abs. 1, § 870 Abs. 1). Dergleichen Berechtigungen sind nach Reichsrecht das Erbbaurecht (BGB. § 1017), nach preuß. Rechte das Bergwerkseigentum, die immobilen Kuxe, die Kohlenabbaugerechtigkeiten und die sonstigen selbständigen Gerechtigkeiten (vgl. Nr. 3 S. 14 ff.). Wie der Bruchteil eines Grundstücks mit einer Reallast, einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld nur dann belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (BGB. §§ 1106, 1114, 1192, 1199), so ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks oder einer Berechtigung davon abhängig, daß entweder der Bruchteil in dem Anteil eines Miteigentümers besteht oder der Anspruch des Gläubigers sich auf ein Recht gründet, mit dem der Bruchteil als solcher belastet ist (ZPO. § 864 Abs. 2). Der letztere Fall ist gegeben, wenn ein Miteigentum nicht mehr besteht, ein früherer Miteigentümer aber zu der Zeit, wo das Miteigentum noch bestand, seinen Anteil mit einem Rechte der bezeichneten Art belastet hat (Begr. des § 757 Entw. e. G., betr. Änd. d. ZPO.). Die Zwangsvollstreckung in einen realen Teil des Pfandgrundstücks kann der Hypothekengläubiger nicht verlangen (Jaeckel ZVG. Nr. 3 A zu §§ 15, 16; Eccius in Gruch. 44 S. 527; Fuchs S. 469 Nr. 4).

Die besonderen landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung in die einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstigen Vermögensgegenstände (die Bahneinheit) läßt die Reichsgesetzgebung unberührt (EG. z. BGB. Art. 112; EG. z. ZVG. § 2). Eine Ergänzung für den Fall, daß ein anderer als der Eigentümer einer Eisenbahn oder Kleinbahn den Betrieb der Bahn kraft eigenen Nutzungsrechts ausübt, enthält der § 871 ZPO. dahin, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, wonach das Nutzungsrecht und gewisse dem Betriebe gewidmeten Gegenstände in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gerechnet und die Zwangsvollstreckung abweichend von den Vorschriften der Reichsgesetze geregelt ist (vgl. für Preußen § 54 G. v. 15. Aug. 1895 u. 11. Juni 1902).

Über die Revenüenhypothek, die einen Anspruch auf Befriedigung nur aus den Nutzungen, nicht aus der Substanz des verhafteten Grundstücks im Wege der Zwangsverwaltung begründet, vgl. Anm. 4 S. 727. und Art. 13 PAG. z. ZVG.

6. Über die Zwangsvollstreckung in diejenigen Gegenstände, auf welche sich nach §§ 1120 ff. BGB. die Hypothek erstreckt, und darüber, ob diese Gegenstände für die Zwangsvollstreckung als Bestandteile des unbeweglichen oder des beweglichen Vermögens zu behandeln sind, bestimmt der § 865 ZPO.:

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen umfaßt auch die Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht erstreckt.

Diese Gegenstände können, soweit sie Zubehör sind, nicht gepfändet werden. Im übrigen unterliegen sie der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist.

Durch Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 soll verhindert werden, daß eine Zwangsvollstreckung zu einer Trennung der Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt, vom Grundstücke führt, und daß der Gläubiger gezwungen ist, seine Befriedigung aus dem Grundstück und aus den übrigen Gegenständen in getrennten Verfahren zu suchen. Anderseits ist dem Gläubiger nach Abs. 2 Satz 2 aber die Befugnis nicht versagt, hinsichtlich der fraglichen Gegenstände die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu betreiben. Namentlich ist der Gläubiger wegen der das Grundstück betreffenden Miet- und Pachtzinsforderungen (BGB. §§ 1123—1125) nicht lediglich auf die Einleitung der Zwangsverwaltung beschränkt. Der Standpunkt des PfVG. v. 1883 § 206 ist verlassen, wonach auch das Zubehör der Pfändung unterlag, solange nicht die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt war, jeder Realgläubiger aber einer Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen in Zubehörungen eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens gemäß § 690 (jetzt § 771) ZPO. widersprechen konnte. Nach dem Vorgange des code civ. Art. 2118, 2204, code de procéd. Art. 592 schließt der § 865 ZPO. die Pfändung des Zubehörs schlechthin aus. Hiermit ist den Hypothekengläubigern die Möglichkeit gegeben, einer gegen das Verbot erfolgten Pfändung von Zubehörstücken nach Maßgabe des § 766 ZPO. zu widersprechen, da der in dieser Bestimmung vorgesehene Rechtsbehelf nicht allein den Parteien, sondern auch jedem Dritten zusteht, dessen Interesse durch die Art der Zwangsvollstreckung verletzt wird. (Begr. des § 757 a Entw. e. G., betr. Änder. d. ZPO.; RG. JW. 1905 S. 89 Nr. 38, E. 59 S. 88.) Anderseits ist aber auch den Hypothekengläubigern die Pfändung des Zubehörs versagt.

Vgl. im übrigen Anm. III S. 41 f. und die Anm. zu den §§ 1120—1130 BGB. S. 767 ff.

Nach § 47 KO. dienen zur abgesonderten Befriedigung die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, also auch das (bewegliche) Zubehör des belasteten Grundstücks, für die, denen ein Recht auf Befriedigung aus ihnen zusteht.

7. Die Bestimmung des Art. VIII EG. z. G., betr. Änder. d. ZPO., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über die Vollstreckbarkeit von Hypothekenurkunden — ohne daß der Schuldner sich der Zwangsvollstreckung ausdrücklich unterworfen hat — in Kraft bleiben, welche schon zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist: hat für Preußen keine Bedeutung.

8. Der Anspruch aus der Hypothek findet nicht bloß gegen den Eigentümer bezw. den Besitzer des Grundstücks, sondern auch gegen einen anderen Hypothekengläubiger, überhaupt gegen jeden statt, der durch sein Verhalten die Verwirklichung der Hypothek hindert. Dies ist nicht besonders hervorgehoben, weil es sich bei richtiger Auslegung des § 1113 bereits aus der dinglichen Natur der Hypothek ergibt. (Mot. III S. 677 b.)

9. Daß der Gläubiger, wenn er zugleich der Eigentümer des Grundstücks ist, die Zwangsvollstreckung nicht zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann, bestimmt § 1197 für die Grundschuld. Dieser Satz gilt nach § 1177 auch für die Hypothek.

10. In Preußen ist die Zwangsversteigerung, nicht auch die Zwangsverwaltung, unzulässig wegen Gerichtskosten, Stempel- und Erbschaftssteuerstrafen sowie wegen Geldstrafen für Zuwiderhandlungen gegen Zollgesetze 2c. (G. v. 25. Juni 1895 § 16 Abs. 2, v. 31. Juli 1895 § 22, v. 24. Mai 1891 § 47, v. 26 Juli 1897 § 54).

11. Vgl. auch § 1181 mit Anm.

§ 1148.

Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer. Das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt.

1. Die Aufnahme der Bestimmungen des § 1141 Abs. 1 Satz 2 und des § 1148 beruht auf folgenden Erwägungen der 2. Kommission. Die Bestimmungen bezwecken, dem Hypothekengläubiger die Rechtsverfolgung und die diese vorbereitende Kündigung zu erleichtern. Bezüglich der Kündigung sei der Gläubiger zwar, wenn er dem als Eigentümer Eingetragenen kündige, ohne zu wissen, daß dieser nicht der wahre Eigentümer sei, nach §§ 892, 893 durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt. Wenn er dagegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs kenne, so stehe ihm, falls er dem Eingetragenen kündige, nur die widerlegbare Rechtsvermutung des § 891 zur Seite. Für die Rechtsverfolgung gelte der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs überhaupt nicht (Mot. III S. 223). Der hypothekarische Anspruch sei zwar gegen den als Eigentümer Eingetragenen als solchen stets begründet, weil dieser durch seine Eintragung der Verwirklichung des Anspruchs im Wege stehe und nach § 17 Abs. 1 ZVG. ein gegen den eingetragenen Eigentümer vollstreckbarer Titel erforderlich sei. Indessen genüge der gegen den eingetragenen Nichteigentümer erlangte vollstreckbare Titel zur Durchsetzung der Zwangsversteigerung nicht. Wenn der Gläubiger den waren Eigentümer kenne, so könne er dadurch zum Ziele gelangen, daß er entweder sowohl gegen den eingetragenen als auch gegen den wahren Eigentümer sich einen vollstreckbaren Titel verschaffe oder zunächst die Eintragung des wahren Eigentümers nach § 14 GBO. erwirke und sodann auf Grund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels die Zwangsversteigerung betreibe. Schon in diesem Falle sei die Rechtsverfolgung für den Gläubiger in einer für den Realkredit bedenklichen Weise erschwert. Noch mißlicher gestalte sich die Lage des Gläubigers, wenn er, wie es namentlich im Falle der Erbfolge vorkommen könne, den wahren Eigentümer nicht zu ermitteln imstande sei. Betreibe er die Zwangsversteigerung auf Grund eines gegen den eingetragenen Nichteigentümer vollstreckbaren Titels, so könne der wahre Eigentümer zwar nicht auf Grund seines Eigentums, da der Eigentümer als solcher auch die Zwangsversteigerung dulden müsse, wohl aber deshalb der Zwangsversteigerung widersprechen, weil diese nach § 750 ZPO. nur auf Grund eines gegen ihn vollstreckbaren Titels zulässig sei. Dieser formelle Einwand müsse dem Eigentümer im Interesse tunlichst glatter Durchführung des hypothekarischen Anspruchs abgeschnitten werden. Das praktische Bedürfnis ergebe sich auch aus der Bestimmung des PEigG. § 7 Abs. 1. Dem Eigentümer erwachse durch die Abschneidung des formalen Einwandes kein materieller Nachteil. Denn wie der 2. Satz des § 1148 klarstelle, solle dem gegen den Eingetragenen ergangenen Urteile nicht etwa Rechtskraft gegen den wahren Eigentümer beigelegt werden, vielmehr solle ihm die Geltendmachung von Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek gewahrt bleiben. Die formelle Vereinfachung des Verfahrens bestehe nur darin, daß er diese Einwendungen im Wege der Interventionsklage nach § 771 ZPO. geltend machen müsse, nicht aber den Gläubiger durch Berufung auf § 750 ZPO. solle zwingen können, gegen ihn von neuem Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu erheben. (Prot. III S. 575 VII.). Vgl. auch Anm. 7 S. 99.

2. Der als Eigentümer Eingetragene ist gegenüber dem durch Klage geltend gemachten Anspruch aus der Hypothek passiv legitimiert ohne Unterschied, ob er unter der Herrschaft des bisherigen oder des neuen Rechtes, ob er auf Grund einer Auflassung oder auf Grund nichtrechtsgeschäftlichen Erwerbs eingetragen, ob er der wahre Eigentümer ist oder nicht und ob der Gläubiger sein Nichteigentum kennt oder nicht, ob das Hypothekenrecht gegen ihn im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung (§ 1147) oder außergerichtlich (§ 1149) verfolgt werden soll. Dem eingetragenen Eigentümer als Beklagten steht nicht der Einwand zu, er sei nicht der wahre Eigentümer. Durch § 1148 wird eine unwiderlegliche Fiktion begründet im Gegensatze zu der widerlegbaren Vermutung des § 891. Der wahre Eigentümer kann in das gegen den eingetragenen Eigentümer eingeleitete Zwangsvollstreckungsverfahren nicht unter Berufung auf § 750 ZPO. eingreifen und den Gläubiger zwingen, sich zunächst mit einer neuen Klage ein gegen ihn lautendes vollstreckbares Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu verschaffen.

3. Das gegen den eingetragenen Eigentümer ergangene Urteil wird nicht gegen den wahren Eigentümer rechtskräftig. Dieser verliert nicht seine Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek, er kann sie vielmehr mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. oder durch Hauptintervention oder Nebenintervention (ZPO. §§ 64 ff.) geltend machen (Biermann SR. zu § 1145, und Hellwig, Rechtskraft § 55 S. 383 und Anm. 21, wollen dem Eigentümer nur die Klage aus § 767 ZPO. geben; wie hier Kober Nr. 2 und Planck Nr. 2 zu § 1148). Der wahre Eigentümer kann die Zwangsvollstreckung nicht durch den

Digitized by Google

Nachweis allein abwenden, daß nicht der als solcher Eingetragene, sondern daß er der Eigentümer ist, er muß auch beweisen, daß dem Gläubiger beim Erwerbe der Hypothek die Unrichtigkeit des Grundbuchs, also bekannt gewesen ist, daß die Hypothek von einem Unberechtigten bestellt werde, bezw., falls die Hypothek durch Abtretung auf den Gläubiger übergegangen ist, daß dies auch dem Rechtsvorgänger des Gläubigers bekannt gewesen (vgl. Anm. 4 S. 266 f.). Hat der wahre Eigentümer sein Eigentum nachgewiesen, so kann er alle Einwendungen und Einreden geltend machen, die dem Eigentümer gegen die Hypothek zustehen (vgl. Anm. B 1, 2 S. 836 f.). Hat der wahre Eigentümer nicht vor Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung herbeigeführt, so kann er sich nur an den Versteigerungserlös halten (ZVG. § 37 Nr. 5).

§ 1149.

Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

Vgl. Einleitung zu § 1136 (S. 827).

Im § 1149 werden zwei Verträge für nichtig erklärt, wenn sie vor der Fälligkeit der Forderung vom Eigentümer geschlossen werden: 1. die der Pfandbestellung beigefügte lex commissoria, 2. die Ermächtigung des Gläubigers zum außergerichtlichen Verkaufe des Pfandgrundstücks.

1. Die Verabredung, daß dem Gläubiger das Pfand für seine Forderung verfallen solle, wenn der Eigentümer seiner Verbindlichkeit zur Verfallzeit nicht Genüge leiste, war schon im späteren römischen Rechte verboten, da sie vielfach zur wuchertischen Ausbeutung kreditbedürftiger Personen mißbraucht wurde (L. 3 Cod. VIII 35). Im PrALR. war dieses Verbot in folgenden Bestimmungen beibehalten. „Ein Vertrag, daß bei ausbleibender Zahlung die verpfändete Sache dem Gläubiger für die Schuld oder für einen im voraus bestimmten Wert zufallen soll, ist in Ansehung beider Teile ohne Wirkung. Wenn aber, nach eingetretenem Verfalltage, der Gläubiger und Schuldner über den Wert, wofür die verpfändete Sache dem ersteren überlassen sein solle, sich vereinigen; so hat ein solches Abkommen zwischen ihnen verbindliche Kraft." (I 20 §§ 33, 34; vgl. auch §§ 35 u. 213 daf.) In das PEigG. war eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen. Die Motive (Werner II S. 29) hielten das Rechtsinstitut dadurch für abgeschafft. Nachdem dies aber das RG. für das Geltungsgebiet des PrALR. mit dem OTrib. (E. 65 S. 38) verneint hatte (E. 2 S. 333, Bd 4 S. 51), war es herrschende Ansicht, daß das Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrag unverändert Geltung habe (Turnau I S. 814 Anm. 7).

Das BGB. geht davon aus, daß das Verbot der lex commissoria bei der Hypothek nicht in der Wuchergesetzgebung allein seine Stütze findet. Zweifellos ist, daß dieser Vertrag dingliche Wirkung nicht haben kann, da er den durch die §§ 1113 u. 1147 gegebenen Inhalt wesentlich verändern, eine besondere Kategorie von Hypotheken schaffen würde. Die Rücksicht auf den Realkredit verlangt eine solche Nebenform nicht. Ihre Zulassung würde den soliden Kredit erheblich gefährden, indem sie dem Gläubiger ein Mittel böte, die vielleicht vorübergehende Verlegenheit des Eigentümers zur Erlangung ungewöhnlicher Vorteile zu benutzen, ohne sein Kreditbedürfnis zu befriedigen. Soll aber das Gesetz seinen Zweck erreichen, die Beziehungen zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer vor dem Eindringen eines der Hypothek an sich fremden Elements zu bewahren, so muß es nicht bloß von der Zulassung der lex commissoria abstehen, sondern zugleich den obligatorischen Vertrag verbieten, durch welchen der Gläubiger das Recht erhalten soll, für den Fall, daß er nicht rechtzeitig befriedigt würde, die Übertragung des Eigentums am Grundstücke zum Zwecke seiner Befriedigung zu verlangen. Die Bestimmung des § 1149 richtet sich indessen gegen eine Vereinbarung dieses Inhalts nur unter der Voraussetzung, daß sie vor der Fälligkeit der Forderung getroffen ist. Der nach der Fälligkeit geschlossene Vertrag wird vom

bisherigen Rechte nicht für ungültig erklärt, und auch für das BGB. liegt ein erheblicher Grund zur Beanstandung seiner Gültigkeit nicht vor. — Der § 1149 bezieht sich auch nicht auf den Fall, wo der Veräußerer sich den Rückfall des Eigentums unter der Bedingung, daß der Erwerber das durch Hypothek zu sichernde Kaufgeld nicht pünktlich zahlen würde, vorbehalten hat. In dieser Hinsicht entscheiden die Bestimmungen über die auflösende Bedingung. (Nach den Mot. III S. 680.) In solchem Falle kann der Erwerber nicht bedingt eingetragen werden (§ 925 Abs. 2); es besteht nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung, der durch Vormerkung gesichert werden kann (München RJA. 3 S. 194; vgl. S. 445 f. Anm. II 1, 2).

Der Gültigkeit einer Verabredung, wodurch dem Gläubiger vom Eigentümer ohne Rücksicht darauf, ob am Verfalltage die Zahlung erfolgt oder nicht, das Recht eingeräumt wird, das ihm verpfändete Grundstück für einen bestimmten Preis noch vor dem Zeitpunkte der Fälligkeit seiner Forderung zu erwerben, steht der § 1149 nicht entgegen (RGHG. E. 7 S. 65).

Ist die Verabredung, weil nach der Fälligkeit der Forderung getroffen, gültig, so kann der Gläubiger ihre Erfüllung durch Auflassung des Grundstücks vom Eigentümer verlangen. Die Gültigkeit der Verabredung hängt jedoch von der Beobachtung der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form ab. Sie wirkt gegen Dritte nur, wenn sie durch Vormerkung gesichert ist.

2. „Ein Vertrag, durch welchen der Eigentümer den Gläubiger ermächtigt, das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung privatim zu verkaufen bezw. die Veräußerung in anderer Weise, als das Gesetz vorschreibt, zu bewirken, war nach preuß. Rechte zwar gültig, doch durfte das Grundstück, falls der Vertrag vor der Verfallzeit geschlossen war, nicht unter dem Taxpreise und überhaupt nicht ohne Einwilligung des Schuldners außergerichtlich verkauft werden" (ALR. I 20 §§ 29—32). Das BGB. behandelt einen solchen Vertrag im wesentlichen ebenso wie die lex commissoria. „Die Beitreibung der Forderung mittels Zwangsvollstreckung in das Grundstück gehört zum Inhalte der Hypothek (§ 1113, 1147). Den Beteiligten kann daher, solange die Forderung nicht fällig ist, nicht gestattet werden, durch Vertrag zu bestimmen, daß die Hypothek durch eine nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Veräußerung des Grundstücks verwirklicht werden solle. Ein solcher Vertrag ist ohnehin schon um deswillen für ungültig zu erklären, weil es gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn der eine oder der andere Teil von vornherein auf die Anwendung derjenigen Formen verzichtet, welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen. Dem Eigentümer würde auch nicht mit einem bloßen Rücktrittsrechte vom Vertrage gedient sein, weil dasselbe den Gläubiger nicht hindern würde, das Grundstück hinter dem Rücken des Eigentümers zu veräußern und auf diese Weise das berechtigte Interesse des letzteren zu schädigen." (Mot. III S. 681 Nr. 2.) Eine der zweiten Alternative des § 1149 widersprechende Vereinbarung ist auch dann unwirksam, wenn der Gläubiger die Forderung vor ihrer Eintragung an einen Dritten abgetreten hat (München RJA. 3 S. 194).

Der nach der Verfallzeit und deshalb gültig geschlossene Vertrag, der aber dem Formzwange des § 313 unterliegt (RG. E. 50 S. 163), ist nur in der Weise auszuführen, daß der Eigentümer auf Grund des vom Gläubiger geschlossenen Veräußerungsvertrags dem Erwerber die Auflassung freiwillig erteilt oder daß die Auflassungserklärung des Eigentümers durch die rechtskräftige Verurteilung dazu gemäß § 894 ZPO. ersetzt wird; denn der Gläubiger ist nicht in der Lage, die Auflassung zu erteilen, weil er nicht der Eigentümer des Grundstücks ist (GBO. §§ 40, 41; Kober, Biermann, Planck; a. M. Fuchs S. 473 Nr. 4 a). Es steht aber nichts entgegen, daß der Eigentümer den Gläubiger gleichzeitig mit der Ermächtigung zum außergerichtlichen Verkaufe zur Auflassung beauftragt. Dadurch wird der Gläubiger, da sein Auftrag zur Auflassung unwiderruflich ist (BGB.

§ 168 Satz 2), in den Stand gesetzt, dem Erwerber unmittelbar die Auflassung zu erteilen. (Vgl. Planck Nr. 3 Abs. 2 zu § 1149; RG. E. 50 S. 163.)

Daß der Gläubiger den vom Eigentümer des Pfandgrundstücks verschiedenen persönlichen Schuldner seiner Forderung zum Verkaufe zuziehen müsse, ist nicht vorgeschrieben. Man wird aber kein Bedenken tragen dürfen, den § 1166 wegen Gleichheit des Grundes zum Schutze des Schuldners analog anzuwenden (Biermann, Planck; a. M. Fuchs S. 534 Nr. 1). Auch steht dem Schuldner der Schutz des § 1165 unmittelbar zur Seite, wenn der Gläubiger, um dem Käufer ein lastenfreies Grundstück zu verschaffen, auf seine Hypothek daran verzichtet hat.

3. Der Eigentümer kann mit dem Gläubiger beide im § 1149 bezeichneten Verträge nur dann gültig schließen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist (§ 1141). Ist die Forderung lediglich gegenüber dem vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner fällig geworden, so steht dem Eigentümer der Vertragsabschluß nicht zu.

4. Die nach § 1149 zulässigen Verträge haben keine dingliche Wirkung und sind nicht eintragbar (Biermann, Planck; a. M. Fuchs S. 472 f.). Die Erfüllung des Vertrags zu 1 kann jedoch durch Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des bedingten Rechtes auf Auflassung gemäß § 883 gesichert werden (Biermann Nr. 1, Fuchs Nr. 3 b und Kober Nr. 2 zu § 1149).

5. Nach früherem Rechte wirksam getroffene Vereinbarungen gelten, soweit sie dem § 1149 widersprechen, nach Art. 192 EG. z. BGB. nicht mehr (Habicht S. 515; Oberneck, Kober).

§ 1150.

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung.

Das Ablösungsrecht wird hier im Anschluß an die allgemeine Bestimmung des § 268 BGB. für den Fall geregelt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt.

1. Das römische jus offerendi, vermöge dessen der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des vorstehenden durch dessen Befriedigung erwerben konnte, hat seinen praktischen Wert für die moderne Hypothek nicht verloren. Soll der nachstehende Gläubiger gegen eine unzeitige, seiner Hypothek Vernichtung drohende, vielleicht seine Befriedigung gefährdende Zwangsversteigerung tunlichst geschützt sein, so muß ihm das Recht zustehen, unabhängig vom Willen des Eigentümers den betreibenden Gläubiger zu befriedigen und hierdurch die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Wenn übrigens die Zwangsversteigerung so geordnet wird, daß die Veräußerung des Grundstücks nur unter Wahrung aller der Hypothek vorgehenden Rechte erfolgen darf (ZVG. § 44), so gewinnt das Ablösungsrecht erheblich an Bedeutung, da ein nachstehender Gläubiger auf Grund seiner Hypothek in vielen Fällen nicht darauf rechnen kann, daß ein jene Rechte deckendes Gebot für das Grundstück erzielt wird. (Mot. III S. 691.) Hiermit war die Bestimmung des § 1081 Entw. I gerechtfertigt, wodurch das Ablösungsrecht ausschließlich für den Fall beibehalten war, daß der Gläubiger auf Grund der Hypothek Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt.

Die Bestimmungen der §§ 36—40 I 20 PrR. gingen insofern weiter, als das mit „Eintrittsrecht" bezeichnete Ablösungsrecht nicht bloß bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks, sondern allgemein bei der gerichtlichen Veräußerung einer gültig verpfändeten Sache zugelassen war. Es stand jedem, der ebenfalls ein dingliches Recht auf die Sache hatte, sowie dem Bürgen zu. Gegen vollständige Befriedigung mußte der die Exekution betreibende Pfandgläubiger sein Pfandrecht abtreten. Die Gerichte sprachen das Eintrittsrecht nicht nur gegenüber Pfandgläubigern zu, sondern auch gegenüber persönlichen Gläubigern, die das Grundstück behufs Zwangsversteigerung mit Beschlag belegt hatten und sich in derselben Weise wie ein Pfandgläubiger aus dem Verkaufe des Grundstücks ihres Schuldners befriedigen konnten (RG. E. 12 S. 258; Gruch. 30 S. 559). In dem PEigG. war das Eintrittsrecht nicht erwähnt. Trotz der in den Motiven (Werner II S. 29 daraus gezogenen Folgerung, daß dadurch das Rechtsinstitut bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken abgeschafft sei, wurde allgemein angenommen, daß das Eintrittsrecht des ALR. und das jus offerendi des gemeinen Rechtes nicht aufgehoben seien (Turnau I S. 813 Anm. 6; Regely, das jus offerendi S. 98; Köstler in Gruch. 39 S. 211; Ternburg, HypR.

S. 256). Eine besondere Ausgestaltung hatte das Eintrittsrecht des betreibenden Korrealgläubigers gegenüber dem vorgehenden Korrealgläubiger durch § 205 ZVG. v. 1883 erhalten (Turnau I S. 414).

2. Im BGB. ist das Ablösungsrecht vom Bundesrate durch Einfügung der allgemeinen Bestimmung des § 268 für die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand geregelt; im § 1150 ist auf den Fall, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, die entsprechende Anwendung des § 268 und im § 1249 für den Fall der Veräußerung einer beweglichen Pfandsache die entsprechende Anwendung der Abs. 2 u. 3 des § 268 angeordnet.

Der § 268 bestimmt:

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

In der Denkschrift des Bundesrats wird die vorgenommene Änderung nicht gerechtfertigt.

3. Die Frage, wann das Ablösungsrecht ausgeübt werden könne, war im § 39 I 20 PrALR. dahin beantwortet, daß dies erst nach abgelaufenem Zahlungstermine gestattet sei. Im § 1081 Entw. I war bestimmt, daß, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke beansprucht, der Anspruchsgegner ohne weiteres, ein anderer Berechtigter dagegen nur, wenn die Zwangsversteigerung betrieben wird, den Gläubiger ablösen kann. Bei der 2. Lesung ließ man die Unterscheidung nach dem Gesichtspunkte, von wem das Ablösungsrecht geltend gemacht wird, fallen. Der § 1057 Entw. II stellte als alleinige Voraussetzung auf: „Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück," und setzte damit für alle Fälle fest, daß die Ablösung stattfindet, sobald der Gläubiger, sei es gerichtlich oder außergerichtlich (z. B. im Falle des § 1149), mit dem Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstücke hervortritt, daß dazu also weder die vorgängige Einklagung des Anspruchs noch die Einleitung der Zwangsversteigerung erforderlich ist. Es wurde erwogen, daß, sobald der Gläubiger Befriedigung verlange, die Gefahr der Zwangsversteigerung hinreichend nahe gerückt sei, um den gefährdeten Berechtigten in die Lage zu bringen, deren Eintritt zu verhindern. Die Verzögerung der Ablösung bis zur gerichtlichen Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs oder gar bis zur Einleitung der Zwangsversteigerung werde nur bewirken, daß Kosten nutzlos aufgewendet werden. (Prot. III S. 577 X, Bd IV S. 603 XXV.) Diese Auffassung muß auch im Bundesrate maßgebend gewesen sein. Andernfalls hätte der Eingang: „Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück" im § 1150 nicht unverändert beibehalten werden können. Demnach kann das Ablösungsrecht unter Umständen schon vor der Fälligkeit des Anspruchs ausgeübt werden, z. B. wenn der Gläubiger gekündigt hat (Fuchs S. 474 Nr. 2 a). Wenn im § 268 als Voraussetzung des Ablösungsrechts der Betrieb der Zwangsvollstreckung in einem dem Schuldner gehörenden Gegenstand aufgestellt ist, so gilt dies nur für andere Gegenstände als Grundstücke (z. B. auch für die der Hypothek mithaftenden Gegenstände) und für den Fall, daß die Zwangsvollstreckung wegen einer persönlichen Forderung betrieben wird.

4. Eine weitere Frage ist, wem das Ablösungsrecht zustehen soll. Im gemeinen Rechte war streitig, ob auch der vorstehende Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den nachstehenden habe. Die Landesgesetze gaben das Recht in der Regel jedem Gläubiger, gleichviel ob er dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder nachsteht; der code civ. räumte es

nur den nachstehenden Gläubigern ein, verstand hierunter aber auch die persönlichen Gläubiger. Nach anderen Gesetzen stand das Ablösungsrecht auch dem Miteigentümer zu, wenn die Hypothek des Gläubigers nur auf dem Anteil eines anderen Miteigentümers haftete. Noch weiter ging das PALR., indem es im § 37 I 20 das Eintrittsrecht jedem, der ein dingliches Recht auf die Sache hat, sowie dem Bürgen zusprach. Nach § 1081 Entw. I sollte ein jeder zur Ablösung berechtigt sein, gegen den der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet ist, oder der ein Recht am Grundstücke durch die Zwangsversteigerung zu verlieren Gefahr läuft. In den Motiven (III S. 691) ist dazu bemerkt: „Der Grund, aus welchem das Ablösungsrecht zugunsten der Hypothekengläubiger sich rechtfertigt, trifft auch bei den übrigen dinglich Berechtigten zu. Es wäre gewiß unbillig, diesen gegen die Zwangsversteigerung den Schutz zu versagen, der jenen zugestanden wird. Wenn der Eigentümer nach § 1142 berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, sobald die Forderung fällig geworden, so führt eigentlich schon die Konsequenz dieser Bestimmung dazu, auch dem Besitzer und dem Inhaber, überhaupt jedem, gegen welchen der Anspruch aus der Hypothek gerichtet ist, die Möglichkeit zu eröffnen, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Im übrigen muß das Ablösungsrecht demjenigen beigelegt werden, welcher durch die Zwangsversteigerung der Gefahr ausgesetzt ist, sein Recht an dem Grundstücke zu verlieren. Hiermit ist der Kreis der Berechtigten geschlossen und zugleich die Frage entschieden, ob das Ablösungsrecht auch den vorstehenden Gläubigern zukommt. Einer Vorschrift zugunsten des Bürgen bedarf es an dieser Stelle nicht, da der § 774 demselben hinreichenden Schutz gewährt. Überhaupt ist hier in das Verhältnis der persönlichen Gläubiger, wie solches in dem Rechte der Schuldverhältnisse geordnet ist, nicht einzugreifen. Die Frage, wem unter mehreren zur Ablösung des Gläubigers Berechtigten der Vorzug gebührt (Sächs. GB. § 416), zu entscheiden, besteht vom Standpunkte des BGB. keine Veranlassung." Die Änderungen, die bei diesem Punkte in der 2. Lesung und vom Bundesrate vorgenommen sind, haben nur redaktionelle Bedeutung. In der Kommission für die 2. Lesung wurde beantragt, das Ablösungsrecht des Besitzers, namentlich auch des mittelbaren Besitzers (§ 868) mit Rücksicht auf das Interesse des Mieters und Pächters hervorzuheben. Es ist deshalb das Recht derer, die Gefahr laufen, den Besitz des Grundstücks zu verlieren, besonders betont und ihm durch die Hinzufügung des Satzes 2 im Abs. 1 des § 268 verstärkt Ausdruck gegeben. (Prot. III S. 578.) Dem bloß persönlichen Gläubiger steht das Ablösungsrecht nicht zu, weil er nicht ein Recht am Grundstücke hat, was § 268 voraussetzt; will er das Ablösungsrecht ausüben, so muß er zunächst nach § 866 ZPO. eine Sicherungshypothek für seine Forderung eintragen lassen.

5. Die Frage ferner, *gegen wen* das Ablösungsrecht stattfinden soll, ist im § 1081 Entw. I und im BGB. verschieden beantwortet. Nach jenem sollte es nur stattfinden, „wenn der Gläubiger auf Grund der *Hypothek* Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt"; es sollte der Hypothekengläubiger, auch wenn bereits das Vollstreckungsverfahren schwebe, die ihm angebotene Befriedigung nicht ablehnen dürfen. Dagegen wurde das Ablösungsrecht gegen den nur *persönlichen* Gläubiger versagt. „Denn da auf den Antrag eines solchen die Zwangsversteigerung eines Grundstücks des Schuldners nur unter Wahrung aller vorstehenden Rechte zugelassen wird (ZVG. § 10 Nr. 5), so können die Voraussetzungen des Ablösungsrechts hier nur in dem seltenen Falle eintreten, daß nach Einleitung des Versteigerungsverfahrens noch eine Hypothek eingetragen und zu deren Schutze die Ablösung des betreibenden Gläubigers beansprucht wird. Für diesen Fall aber genügen dem praktischen Bedürfnisse die Bestimmungen des § 267 in Verbindung mit den §§ 1143 und 1163 Abs. 1 Satz 2." (Mot. III S. 691.) Bei der 2. Lesung wurde jedoch, im Anschluß an die Rechtsprechung des RG. (E. 12 S. 258; vgl. Anm. 1 Abs. 2), geltend gemacht, daß das Ablösungsrecht auch dann eintreten müsse, wenn die Zwangsversteigerung von einem persönlichen Gläubiger betrieben werde, weil es nicht nur in dem erwähnten selteneren Falle, sondern auch für die dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Ansprüche

wegen älterer Rückstände (ZVG. § 10 Nr. 3, 4, 7, 8), sowie für den Mieter und Pächter von Bedeutung sei. (Prot. III S. 578.) Es wurde jedoch beschlossen, diese Frage dem ZVG. vorzubehalten (Prot. IV S. 603 XXV). In diesem ist zwar eine besondere Vorschrift nicht getroffen, aber § 75 setzt voraus, daß das Ablösungsrecht auch gegenüber dem betreibenden persönlichen Gläubiger geltend gemacht werden kann (Jaeckel Nr. 2 zu § 75 ZVG., Fuchs S. 474 Nr. 2 b).

6. Die Wirkung des Ablösungsrechts war in den Landesgesetzen verschieden bestimmt. Nach code civ. Art. 1251 erwarb der Berechtigte durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung und mit ihr die Hypothek, nach § 37 I 20 PALR. das Recht auf Abtretung des Pfandrechts. Der § 1081 Entw. I gab dem Berechtigten das Recht auf Abtretung der Forderung Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers und, wenn die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teiles der Forderung betrieben wird, das Recht auf Abtretung des Teiles mit der Maßgabe, daß der Gläubiger bei der Abtretung dem ihm verbleibenden Forderungsteile den Vorrang vorbehalten könne (vgl. Mot. III S. 692 Nr. 4 u. 5). Bei der 2. Lesung entschied man sich dafür, daß die Forderung mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes auf den Berechtigten übergehen solle, wodurch Übereinstimmung mit den Vorschriften in den §§ 774, 1143 hergestellt ist. Für den Fall der Ablösung eines Teiles der Forderung schloß man sich den Bestimmungen in den §§ 426 Abs. 2, 774 an, wonach der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Dies ist im Abs. 3 des § 268 BGB. beibehalten. (Prot. III S. 579 C.) Teilzahlungen braucht der Gläubiger nach § 266 nicht anzunehmen. Der § 268 Abs. 3 bezieht sich auf den Fall, daß der Gläubiger nur für einen Teil seiner Forderung Befriedigung verlangt. Dann hat der Gefährdete das Recht zur Ablösung dieses Teiles. Mit der Forderung oder dem Forderungsteile geht die dafür bestehende Hypothek auf den Ablösungsberechtigten gemäß § 1153 über.

7. Der Gläubiger kann, wenn er die Befriedigung, welche er aus dem Grundstücke verlangt, in den Fällen der §§ 1142, 1150 bezw. 268 von einem der daselbst bezeichneten Beteiligten annehmen muß, billigerweise nur das beanspruchen, was der, welcher die Befriedigung anbietet, zu leisten hätte, wenn er der Schuldner wäre. Die Leistung kann daher nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch Aufrechnung einer dem Leistenden gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nach Maßgabe der §§ 387—396 bewirkt werden. Ebenso muß unter denselben Voraussetzungen, unter denen ein Schuldner gemäß §§ 372—386 sich durch Hinterlegung von der Schuld befreien kann, auch die Befriedigung des Gläubigers durch Hinterlegung möglich sein. Um etwaigem Zweifel vorzubeugen, ist die Zulässigkeit der Befriedigung des Gläubigers durch Aufrechnung und Hinterlegung im § 268 Abs. 2 und im § 1142 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen. (Mot. III S. 693.)

8. Damit der Berechtigte, auf welchen die Forderung infolge der Ablösung übergegangen, in der Lage ist, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu bringen, muß ihm der befriedigte Gläubiger gemäß § 894 BGB. die Zustimmung zu der Eintragung des Übergangs der Forderung auf ihn im Grundbuch erteilen. Ist von der Ablösung nur ein Teil der Forderung betroffen, so ist der Gläubiger dazu nur mit der Maßgabe verpflichtet, daß bei der Eintragung des Übergangs der Vorrang der ihm verbleibenden Resthypothek vor der übergegangenen Teilhypothek vermerkt werde. Bei Weigerung des Gläubigers wird dessen Bewilligung gemäß § 894 ZPO. durch das ihn dazu verurteilende rechtskräftige Urteil ersetzt. Betrifft die Ablösung eine Briefhypothek, so kann der Ablösungsberechtigte vom befriedigten Gläubiger die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen, zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden (§ 1155; GBO. § 40 Abs. 2) und, falls die Befriedigung nur einen Teil der Forderung betrifft, die Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs oder an das Grundbuchamt, einGericht oder einen Notar zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs verlangen (§§ 1150, 1144, 1145; GBO. §§ 42, 61, 62).

9. Zahlt beim Beginne der Zwangsversteigerung der Schuldner oder ein Dritter, der nach §§ 1142, 1150, 268 berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, den zur Befriedigung und zur Deckung der Kosten erforderlichen Betrag an das Gericht, so wird das Verfahren einstweilen eingestellt (ZVG. § 75).

10. Die bisherigen Erörterungen lassen sich in folgende Sätze zusammenfassen. Der Gläubiger, welcher — auch ohne Erhebung der Klage und Betreiben der Zwangsvollstreckung, z. B. durch Kündigung und Mahnung — zu erkennen gibt, daß er Befriedigung wegen seiner Hypothekenforderung aus dem Grundstück oder den nach §§ 1120—1130 BGB. mithaftenden Gegenständen verlangt, sowie der Gläubiger, welcher wegen einer persönlichen Forderung die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück betreibt (Anm. 3, 5), muß seine Befriedigung (auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung, Anm. 7) einem jeden gestatten, der ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz durch die Zwangsvollstreckung zu verlieren Gefahr läuft, also auch einem vor- oder nacheingetragenen Berechtigten und einem mittelbaren Besitzer (Mieter, Pächter, vgl. ZVG. § 57; Anm. 4). Mehrere zur Ablösung Berechtigte sind gleichberechtigt; wer zuerst den Gläubiger befriedigt oder ihm gegenüber erklärt, daß er vom Ablösungsrechte Gebrauch mache, schließt die übrigen aus (vgl. Planck Nr. 2, Fuchs Nr. 6 d, Biermann Nr. 1 b, Kober Nr. 2 b zu § 1150, Oberneck 1 S. 834). Mit der Befriedigung des Gläubigers geht dessen Forderung, wenn dafür eine Hypothek besteht, mit der Hypothek kraft Gesetzes auf den Befriedigenden über, ohne daß es der Abtretung oder Überweisung oder der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Eine Gesamthypothek geht auf den Befriedigenden unter Forthaftung aller mithaftenden Grundstücke über (anders im Falle des § 1173); der § 268 findet aber nur Anwendung, wenn das durch drohende Zwangsvollstreckung gefährdete Recht an allen mithaftenden, mindestens an denjenigen Grundstücken besteht, aus welchen der Gläubiger Befriedigung verlangt. Steht eine Buchhypothek in Frage, so muß der Befriedigende sich davon überzeugen, daß der Gläubiger, den er befriedigen will, als solcher im Grundbuch eingetragen ist, damit er nicht an den Unrechten zahlt, und nach erfolgter Befriedigung seine Eintragung oder wenigstens die Eintragung eines Widerspruchs bewirken, damit er gegen Verfügungen des eingetragenen Gläubigers zugunsten redlicher Dritter gesichert ist. Bei einer Briefhypothek genügt zu seinem Schutze die Aushändigung des Hypothekenbriefs bzw. des Teilhypothekenbriefs (§§ 1144, 1145). Der Befriedigende kann vom Gläubiger verlangen, was zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist (Anm. 8). Bei nur teilweiser Befriedigung verbleibt dem Gläubiger für seine Restforderung der Vorrang (§ 268 Abs. 3 Satz 2).

11. Der § 268 findet auch Anwendung, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist (München im Recht 1903 S. 152).

§ 1151.

Wird die Forderung geteilt, so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.

1. Der § 1151, welcher eine Ausnahme von der Vorschrift des § 880 Abs. 2 Satz 2 u. 3 macht, ist erst bei der 2. Lesung mit Rücksicht darauf eingestellt, daß die so häufig vorkommenden Teilabtretungen, bei denen selten die Teile gleichen Rang behalten, sondern in der Regel den abgetretenen Teilen der Vorrang vor dem Überrest eingeräumt wird oder umgekehrt, durch die Notwendigkeit der Zuziehung des Grundstückseigentümers ohne Not wesentlich erschwert werden würden. Dieser sei in allen Fällen, in denen das Recht, von welchem ein Teil abgetreten werde, erst in späterer Zeit fällig werde, bei dem ganzen Geschäft ohne Interesse, es liege daher kein Anlaß zu seiner Zuziehung vor. (Prot. III S. 94 f., S. 585 ff.)

2. Wenn nicht etwas anderes bestimmt ist, haben die Teilhypotheken (abgesehen von gewissen Fällen der Übertragung kraft Gesetzes vgl. S. 877 Nr. 8) gleichen Rang. Wird die

Hypothek in Teile, sei es nach Bruchteilen oder nach bestimmt bezifferten Beträgen, zerlegt und an verschiedene Personen abgetreten oder tritt der Gläubiger nur einen Teil ab und behält den Überrest für sich, ohne daß eine Verabredung über die Rangordnung unter den Teilen getroffen wird, so haben alle gleiche Rechte und erhalten aus dem unzulänglichen Pfande verhältnismäßige Befriedigung. (RG. JW. 29 S. A 184 Nr. 4.) Wird dagegen der Teil einer Hypothek einem Dritten mit der Bedingung übertragen, daß er dem Überrest in der Priorität nachstehe, so hat dies zur Folge, daß der Dritte immer erst dann zur Hebung gelangen kann, wenn der Überrest im vollen Betrage zur Hebung gelangt ist (RG. JW. 1881 S. 173). Wird eine Forderung nicht zu ihrem ganzen Betrage gepfändet und überwiesen, so muß dem Gläubiger auf seinen Antrag der ihm gebührende Teil mit dem Vorzugsrechte vor dem Überrest überwiesen werden (vgl. Vorbem. 5 b a. E. S. 692 f.).

3. Die Rangäußerung kann bei der Teilung, aber auch nachträglich und wiederholt vorgenommen werden (Fuchs Nr. 4 zu § 1151).

4. Eine Teilabtretung liegt nicht vor, wenn eine Hypothek an mehrere Personen ungeteilt abgetreten wird. In solchem Falle ist im Zweifel jeder Zessionar zu einem gleichen Anteile mit gleichem Range berechtigt (BGB. § 420), also vorausgesetzt, daß unter den Zessionaren kein anderes Rechtsverhältnis besteht.

5. Nur die Teilung und die Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken bedarf nicht der Zustimmung des Eigentümers. Zu einer jeden Änderung des Inhalts der Teilhypotheken ist sie erforderlich. Bezüglich der Herabsetzung des Zinssatzes vgl. Anm. 5 S. 766.

§ 1152.

Im Falle einer Teilung der Forderung kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden; die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich. Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

1. Da die Abtretung der Forderung bei einer Briefhypothek von der Übergabe des Hypothekenbriefs abhängt (§ 1154 Abs. 1), die Abtretung eines Teiles der Forderung aber nicht ausgeschlossen ist, so muß das Gesetz die Bildung eines Teilhypothekenbriefs gestatten, weil sonst die Teilabtretung nur mittels Übergabe des über die ganze Post gebildeten Briefes vollzogen werden könnte, dies aber zu Unzuträglichkeiten führen würde. Nach §§ 83, 84 PGBO. mußte ein Teilhypothekenbrief gebildet werden, wenn ein Teil der Hypothek abgetreten, verpfändet oder in anderer Weise erworben wurde. Ist aber einmal der Teilhypothekenbrief als ein Institut des Hypothekenrechts anzuerkennen, so kann seine Bildung nicht auf die Fälle beschränkt werden, in welchen sie zur Verfügung über einen Teil unerläßlich ist; vielmehr ist sie überall am Platze, wo die Hypothekenforderung in Teile zerfällt, sei es, daß von vornherein mehrere Gläubiger vorhanden sind oder daß eine Teilung der Forderung durch Erbgang oder durch rechtsgeschäftliche Verfügung eintritt oder daß bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Teile auf den Befriedigenden übergeht, wie in den Fällen der §§ 1143, 1150, 1164. (Mot. III S. 761.) Wird jedoch bei einer Teilung der Forderung zugleich das Grundstückspfandobjekt in der Weise zerlegt, daß die einzelnen Teile der Forderung lediglich auf je einem Teile des Grundstückes hypothekarisch gesichert bleiben, so ist für die Bildung eines Teilhypothekenbriefs kein Raum, vielmehr muß in entsprechender Anwendung des § 64 GBO. für jedes Grundstück ein neuer Hypothekenbrief gebildet werden (RG. RJA. 4 S. 170, JMBl. 1904 S. 288).

2. Notwendig ist die Herstellung von Teilbriefen im Falle der Teilung einer Brief-Hypothekenforderung nicht; sie kann nur erfolgen, wenn die beteiligten Gläubiger darüber einig sind (RG. RJA. 2 S. 83). Unterbleibt die Herstellung von Teilbriefen, so

sind die Teilgläubiger Miteigentümer des Briefes (§ 952). Der Erwerb der Teilhypothek ist dann von der Einräumung des Mitbesitzes am Briefe abhängig (KG. Rsp. 2 S. 274, RJA. 6 S. 64).

3. Der Teilhypothekenbrief vertritt hinsichtlich des Teiles, über welchen er lautet, ganz die Stelle des Stammbriefs, so daß dieser nur noch wegen des Restes Geltung behält. Daraus folgt, daß alle den Hypothekenbrief betreffenden Bestimmungen auch für den Teilhypothekenbrief gelten. Es bedarf also namentlich, wenn der über einen Teil der Hypothek gebildete Brief durch nachträgliche Ausschließung der Erteilung des Briefes aus dem Verkehre gezogen werden soll, hierzu gemäß § 1116 Abs. 2 Satz 3 nur der Einigung des Eigentümers mit dem Teilgläubiger, nicht auch der Zustimmung des Stammbriefinhabers bezw. der Inhaber anderer Teilbriefe. (Mot. III S. 761.)

4. Soll eine Buchhypothek unter Bildung von Teilhypothekenbriefen in Teile zerlegt werden, so bedarf es hierzu gemäß § 1116 Abs. 3 der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers, sowie der Eintragung in das Grundbuch. Ebenso wenn nur für einen abgetretenen Teil einer Buchhypothek ein Hypothekenbrief ausgestellt werden soll.

5. Da der Eigentümer sich die Teilung der Hypothekenforderung gefallen lassen muß (§ 1151), so ist er auch zu einem Widerspruche gegen die Behandlung jedes einzelnen Teiles als einer von den andern Teilen unabhängigen Post und folglich gegen die Bildung von Teilhypothekenbriefen nicht berechtigt. Es bedarf daher seiner Zustimmung nicht, wenn es sich lediglich um die Bildung von Teilhypothekenbriefen für Teile einer Briefhypothek handelt. (Mot. III S. 761.)

6. Über die Trennung der Zinsen vom Kapital und über die Bildung der Teilhypothekenbriefe vgl. Anm. 4 zu § 1158 BGB., § 61 GBO. und für Preußen § 39 A. Vf. v. 20. November 1899 und Anlage C.

§ 1153.

Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

1. Die Hypothek folgt der Forderung, wenn diese auf einen andern übertragen wird. Die Übertragung der Forderung aber kann auf einem Vertrage zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger (Abtretung; § 398) oder auf gerichtlicher Anordnung (Überweisung an Zahlungs Statt im Wege der Zwangsvollstreckung; ZPO. § 835) oder unmittelbar auf Gesetz beruhen (BGB. § 412; Erbfall § 1922). Die Fälle der sog. hypothekarischen Sukzession sind durch anderweitige Bestimmungen geregelt (vgl. Vorbem. IV S. 706 ff.). In den §§ 1153—1159 wird nur von der Abtretung gehandelt und eine Bestimmung über die gerichtliche Überweisung (§ 1155 Satz 2) getroffen.

„Der begrifflichen Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung und dem Verkehrsbedürfnis entspricht nur eine Regelung, durch welche die Übertragung beider Rechte, sofern sie auf Rechtsgeschäft beruht, denselben Grundsätzen unterworfen wird. Diese Grundsätze aber müssen dem Sachenrecht entlehnt werden, da die wirtschaftliche Bedeutung der Hypothekenforderung nicht sowohl in dem persönlichen als vielmehr in dem dinglichen Rechte des Gläubigers liegt. Anderseits darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß vom juristischen Standpunkte die Forderung das Hauptrecht und die Hypothek das Nebenrecht ist. Wenn daher die Bedeutung der Hypothekenforderung nach beiden Richtungen voll zur Geltung kommen soll, so muß zwar am Grundsatze des § 401, wonach die Übertragung der Forderung zugleich den Übergang des mit ihr verbundenen Nebenrechts bewirkt, festgehalten, die Übertragung der Forderung aber nach den für die Übertragung der Rechte an Grundstücken geltenden Vorschriften des § 873 geregelt werden." (Mot. III S. 704.)

2. Das römische Recht zieht aus der akzessorischen Natur der Hypothek die Folgerung, daß, wenn die Forderung auf einen andern übertragen wird, hiermit zugleich die Hypothek übergeht (Dig. XVIII 4 L. 6). Zahlreiche Landesgesetze sprechen gleichfalls diese Folgerung aus; doch ist es bei einigen fraglich, ob es sich um eine zwingende Vorschrift oder um eine Dispositivbestimmung oder gar nur um eine Auslegungsregel handelt. Diese Frage kann auch gegenüber dem PALR. I 11 §§ 402, 403 und I 20 § 511, 512 aufgeworfen werden. Der § 1153 Abs. 1 BGB. bringt den Grundsatz des röm. Rechtes als eine sich aus der Zusammengehörigkeit der Hypothek und der Forderung mit Notwendigkeit ergebende Konsequenz zum Ausdrucke (Mot. III S. 706). Mit Rücksicht auf das akzessorische Verhältnis, worin die Hypothek als Nebenrecht zur Forderung als Hauptrecht steht, ist nicht, wie bei der 2. Lesung angeregt wurde, bestimmt „mit der Übertragung der Hypothek geht die durch die Hypothek versicherte Forderung auf den neuen Gläubiger über", sondern vorgeschrieben, „mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über". (Prot. III S. 585 III.)

3. Die Bestimmung des Abs. 1 hat nach dem Abs. 2 eine doppelte Tragweite.

a. Die Hypothek *muß* mit der Forderung übergehen. Die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek wäre ein in sich widerspruchsvoller Akt. Denn da die Hypothek lediglich zur Sicherung der Forderung dient, so kann sie nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen: für den früheren Gläubiger würde sie ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein. Die Übertragung einer Forderung mit der Maßgabe, daß die Hypothek nicht mit übertragen sein soll, entbehrt der Wirksamkeit, so daß eine Erklärung dieses Inhalts, dem Grundbuchamte zur Eintragung vorgelegt, von diesem zurückgewiesen werden muß. Die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen im § 1250 gegebene Bestimmung gilt nicht für die Hypothek; diese erlischt nicht durch ihre Ausschließung von der Übertragung, geht vielmehr trotzdem auf den Erwerber der Forderung über, es wäre denn, daß darin ein Verzicht auf die Hypothek gefunden werden müßte.

b. Die Hypothek kann *nicht ohne die Forderung* übertragen werden. Diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek entspricht dem bisherigen Rechte (PEigG. § 52). Die Übertragung der Hypothek ohne Forderung ist nichtig. Da aber der Hypothek eine andere Forderung untergelegt oder die Hypothek unter Aufhebung der Forderung oder Trennung von ihr in eine Grundschuld umgewandelt werden kann (§§ 1180, 1198), so ist die Abtretung der Hypothek als solcher ohne die Forderung nur verboten, wenn die ursprüngliche oder die nachträglich untergelegte Forderung noch besteht und trotz der Übertragung bei der Hypothek bestehen bleiben soll (RG. E. 5 S. 328, Bd 35 S. 239, Bd 45 S. 185, JW. 1900 S. 767 Nr. 53).

(Mot. III S. 706.)

4. Die Bestimmungen des § 1153 greifen nur so lange Platz, als die Forderung mit der Hypothek verbunden ist. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder wird sie durch Rechtsgeschäft aufgehoben (§§ 1168, 1183) und behält der Gläubiger die Forderung für sich zurück, dann ist er nicht behindert, nunmehr die Forderung, die von der Hypothek losgelöst ist, allein zu übertragen.

Hat der für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht unbeschränkt haftende Erbe einer Nachlaßverbindlichkeit aus eigenen Mitteln und nicht für Rechnung des überschuldeten Nachlasses berichtigt und ist er infolgedessen nach § 225 Abs. 2 KO. im Nachlaßkonkurse an die Stelle des befriedigten Gläubigers getreten, so ist mit der berichtigten Forderung auch das damit verbundene Hypothekenrecht kraft Gesetzes (BGB. §§ 412, 401) auf ihn übergegangen. Der Erbe ist daher berechtigt, für seine Forderung bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks an der Stelle der Hypothek abgesonderte Befriedigung zu suchen. Die Existenz der Forderung des Erben an den Nachlaß wird durch die Eintragung ihrer Feststellung in die Tabelle nachgewiesen, da diese Eintragung wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber den Konkursgläubigern auch außerhalb des Konkursverfahrens, insbesondere bei Verteilung des Erlöses eines zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes wirkt (KO. § 145 Abs. 2). (RG. E. 55 S. 157.)

5. Eine Ausnahme vom § 1153 Abs. 1 enthält § 1190 Abs. 4. Auf die Grund- und Rentenschulden findet § 1153 keine Anwendung, weil diese eine Forderung nicht voraussetzen. Ist die Grundschuld für eine Forderung bestellt, so geht jede von ihnen ihren eigenen Weg: die Grundschuld kann ohne die Forderung, die Forderung ohne die Grundschuld übertragen werden. Durch die Abtretung der Grundschuld ohne die Forderung erlischt die Forderung nicht (anders nach § 52 Abs. 2 PEigG.), die Forderung verbleibt dem bisherigen Gläubiger. Ist der Eigentümer zugleich Schuldner der Forderung, so kann er aber, falls er wegen der Forderung in Anspruch genommen wird, die Zahlung so lange verweigern, bis er die Grundschuld zurückerhält. Wird die Grundschuld gegen ihn geltend gemacht, so braucht er ihre Beitreibung aus dem Grundstücke nur gegen Befreiung von der Forderung zu dulden, es sei denn, daß der Gläubiger beim Erwerbe der Grundschuld nicht gewußt hat, daß diese zur Sicherung einer Forderung bestellt ist. (Planck Nr. 5 zu § 1192, Biermann Nr. 2 zu § 1153.) Vgl. auch Anm. 1 u. 4 zu § 1191.

6. Die preuß. städtischen Sparkassen, die nach außen durch den Magistrat vertreten und im übrigen durch ein Kuratorium gemäß § 59 Städteordn. v. 30. Mai 1853 geleitet werden, haben keine selbständige Persönlichkeit. Soll eine für sie eingetragene Hypothek für eine gleichfalls von der Stadt verwaltete Stiftung ohne Rechtspersönlichkeit umgeschrieben werden, so ändert sich nur die Zweckbestimmung, nicht der Berechtigte. Es handelt sich dann nicht um eine Abtretung. (RG. Rsp. 4 S. 488.)

§ 1154.

Zur Abtretung der Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich; die Vorschriften des § 1117 finden Anwendung. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird.

Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung.

Im Gebiete des internationalen Privatrechts insbesondere auch im preußischen Rechte gilt der Rechtsgrundsatz, daß, sofern es sich um den dinglichen Erwerb, sei es von Mobilien oder Immobilien, handelt, lediglich das Recht der belegenen Sache entscheidet. Die Abtretung einer Hypothekenforderung, die auf einem im Gebiete des preuß. ALR. belegenen Grundstücke haftet, vollzog sich daher bis zum Inkrafttreten des BGB. nach den Vorschriften des ALR., nicht nach dem Rechte des Ortes, wo die Abtretung stattgefunden hatte. Danach aber vollzog sich regelmäßig der Zessionsakt mit der Wirkung des Übergangs der vollen Verfügungsbefugnis nicht ipso jure, sondern durch besonderen rechtsgeschäftlichen Akt. (RG. IV 428. 02. JW. 1903 S. 250 Nr. 38.)

Nach PALR. I 20 § 513 und nach § 54 PEigG. hing bisher in Preußen der Erwerb der Hypothek durch Abtretung weder von der Eintragung der Abtretung im Grundbuche noch von der Übergabe des Hypothekenbriefs ab, ohne Unterschied, ob eine Hypothek mit Brief oder eine Hypothek ohne Brief Gegenstand der Abtretung war. Doch diente der Besitz des Briefes zur Sicherung des Erwerbers der Hypothek und war zu seiner Legitimation im Prozeß und gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich (Turnau I S. 436 Anm. 2). Für die Form der Abtretung waren die allgemeinen Bestimmungen des ALR. über Zessionen maßgebend. Danach bedurfte es der Regel nach der schriftlichen Form (ALR. I 11 § 394); doch genügte zwischen Kaufleuten bei ihren Handelsgeschäften nach Art. 317 HGB. eine mündliche Zession (RG. E. 10 S. 197).

Das BGB. unterscheidet bei der Abtretung Forderungen mit Buchhypothek und Forderungen mit Briefhypothek. Die Abtretung der ersten ist im § 1154 Abs. 3, die der anderen in § 1154 Abs. 1 und 2 geregelt; die Anwendung der §§ 398, 401 ist ausgeschlossen. Die Abtretung einer Forderung mit Buchhypothek erfordert nach der allgemeinen Regel des § 873 neben der Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem neuen Gläubiger über die Abtretung die Eintragung in das Grundbuch. Für die Abtretung einer Forderung

mit Briefhypothek ist zur Erleichterung des Verkehrs von dieser Regel insofern abgesehen, als es dazu der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf. Dagegen muß die zur Einigung erforderliche Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers in schriftlicher Form erfolgen und der Hypothekenbrief dem neuen Gläubiger übergeben werden. Dies gilt auch für Teilabtretungen (vgl. Nr. 5 a S. 689). Sobald für eine Forderung Hypothek bestellt ist, unterliegt ihre Abtretung den Bestimmungen des § 1154, und zwar nicht bloß in Ansehung der Hypothek, sondern auch hinsichtlich der Forderung, da Hypothek und Forderung nicht voneinander getrennt werden können (§ 1153). Der vom Gläubiger mit der persönlichen Klage in Anspruch genommene Schuldner der Forderung kann daher die Legitimation des Klägers unter Berufung darauf bestreiten, daß die Forderung auf ihn nicht übergegangen sei, weil die Abtretung nicht in der durch § 1154 vorgeschriebenen Weise erfolgt sei. Die Vorschriften des § 1154 gelten auch für Grund- und Rentenschulden. Abweichende Bestimmungen sind für die Sicherungshypotheken für Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 1187), für Forderungen, wofür eine Höchstbetragshypothek bestellt ist (§ 1190 Abs. 4) und für Inhabergrundschulden (§ 1195) gegeben. Über die Übertragung von Zinsen und Kosten vgl. § 1159.

§ 1154 betrifft nur die rechtsgeschäftliche Abtretung, nicht auch die Übertragung kraft Gesetzes.

Nach den Vorschriften des § 1154 vollzieht sich auch die Verpfändung einer Forderung, für welche Hypothek bestellt ist, sowie einer Grundschuld oder einer Rentenschuld; doch finden auf die Übergabe des Hypothekenbriefs nicht die Vorschriften des § 1117, sondern die der §§ 1205, 1206 Anwendung (§§ 1274, 1291).

I. 1. Eine Forderung mit Buchhypothek kann nur auf Grund einer Einigung des bisherigen und des neuen Gläubigers durch Eintragung abgetreten werden. Die Eintragung hat nicht die beschränkte Wirkung, daß sie die Vorteile gewährt, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbunden sind (§§ 891 ff.), sondern sie wirkt rechtsbegründend. Ohne ihre Eintragung ist die Abtretung rechtlich nicht vorhanden, mag sie auch vom bisherigen Gläubiger schriftlich oder in öffentlich beglaubigter Form erklärt sein. Die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung ersetzt bei der Buchhypothek nicht einmal die zur Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erforderliche Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers (GBO. §§ 26, 19).

2. Durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch wird bei der Buchhypothek der Gedanke, auf dem der Grundsatz des § 873 beruht, daß das Grundbuch die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke möglichst im Einklange mit der Wirklichkeit nachzuweisen hat, verwirklicht. In erster Linie gewährt die Übertragung innerhalb des Grundbuchs dem Zessionar Sicherheit dafür, daß die Hypothekenforderung dem Übertragenden zusteht. „Wenn die Hypothekenforderung nur durch Eintragung abgetreten werden kann, so ist jeder, der sie erwerben will, an den eingetragenen Gläubiger gewiesen und der Legitimationspunkt hat keine Schwierigkeiten. Denkbar ist freilich, daß der eingetragene Gläubiger die seinerseits zur Eintragung eines neuen Gläubigers erforderliche Erklärung zugunsten verschiedener Personen hintereinander abgibt. Allein diese Gefahr ist noch größer, wenn das Gesetz die Abtretung nicht unter das Eintragungsprinzip stellt. Wer seinem Zedenten eine betrügerische Handlung zutraut, dem bleibt nur übrig, die Gegenleistung für die Abtretung bis zur Eintragung der letzteren zu vertagen. — Der Eigentümer ist ebenfalls dabei wesentlich interessiert, daß die Abtretung an die Eintragung gebunden wird. Denn nur, wenn dies geschieht, ist er stets in der Lage, mit Sicherheit beurteilen zu können, wer sein Gläubiger ist; insbesondere wird er der Gefahr entzogen, von verschiedenen Personen unter der Behauptung jeder einzelnen, daß ihr die Forderung übertragen sei, in Anspruch genommen und den hierdurch entstehenden Weiterungen und prozessualen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Gegen die Gefahr, daß, wenn der Eigentümer an den eingetragenen Gläubiger Zahlung geleistet hat, der letztere, bevor das Grundbuch berichtigt wird, noch hinter dem

Rücken des ersteren die Forderung auf den Namen eines Dritten umschreiben lassen oder eine Beschlagnahme erfolgen kann, kommt dem Eigentümer, abgesehen von der Möglichkeit, die Zahlung an Grundbuchamtsstelle zu leisten und die Berichtigung des Buches sofort zu verlangen, die Zulässigkeit einer Vormerkung gemäß § 883 zustatten." (Mot. III S. 708.)

3. Der § 1087 Entw. I, der im Abs. 1 eine dem § 1154 Abs. 3 BGB. entsprechende Bestimmung enthielt, gab im Abs. 2 folgende Vorschrift: „Ist der eingetragene Gläubiger verstorben, so ist zu der Abtretung die vorgängige Eintragung seines Erben als Gläubigers nicht erforderlich." Hierdurch wurde der Satz, daß nur der eingetragene Berechtigte den zur Abtretung nach § 828 Entw. I erforderlichen Vertrag sollte schließen können, zugunsten der Erben des eingetragenen Gläubigers nach Vorgang einzelner Landesgesetze (vgl. PEigG. § 5 Abs. 2) aufgegeben. Im § 873 BGB. ist das Wort „eingetragenen" vor Berechtigten gestrichen und damit das Eingetragensein des bisherigen Gläubigers als materielle Voraussetzung für die Einigung über die Abtretung fallen gelassen. Es bedurfte daher der Aufnahme einer Bestimmung, wie § 1087 Abs. 2 Entw. I in das BGB. nicht mehr. Infolge dessen ist die Bestimmung: „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist" im § 40 Abs. 1 GBO. nur als Ordnungsvorschrift aufrecht erhalten, und im § 41 Abs. 1 GBO. als allgemein gültige Ausnahme hinzugefügt: „Ist derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so findet die Vorschrift des § 40 Abs. 1 keine Anwendung, wenn die Übertragung oder Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll usw." Unter dem Erben ist hier auch der Erbeserbe zu verstehen (RG. E. 53 S. 298).

Da der Erwerb der Buchhypothek durch Abtretung von der Eintragung abhängt, ist der nicht eingetragene Zessionar des eingetragenen Gläubigers kein Berechtigter im Sinne des § 873 BGB. und daher seine Abtretungserklärung wirkungslos. Sie kann aber nach § 185 dadurch, daß er die Eintragung erlangt, mit rückwirkender Kraft wirksam werden. Ist oder wird auch sein Zessionar eingetragen, so ist der Übergang der Hypothek vollendet. Um den Eintragungszwang zu mildern, hat das RG. noch eine andere Anwendung des § 185 für zulässig erklärt. Hat der eingetragene Gläubiger die Hypothek abgetreten und ihre Umschreibung bewilligt, dann der Zessionar, ohne sich als neuen Gläubiger eintragen zu lassen, die Hypothek weiter abgetreten, so ist die zweite Abtretung, wenn sie in das Grundbuch eingetragen wird, als die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam, falls der eingetragene Gläubiger, der noch der Berechtigte ist, darin eingewilligt hat (§ 185 Abs. 1). Um den Nachweis der Einwilligung zu erleichtern bezw. zu erübrigen, hat das RG. als Rechtssatz ausgesprochen: „Wird eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, in der erforderlichen Form vom eingetragenen Gläubiger einem anderen zum freien Eigentum abgetreten und ihre Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Gläubiger bewilligt, so ist, wenn nicht etwas anderes erhellt oder nachgewiesen wird, in diesen Erklärungen auch die Einwilligung zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die er vor der Umschreibung der Hypothek vornehmen wird." (RG. E. 54 S. 362.)

Auch die Abtretung einer vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts ohne Eintragung durch Abtretung erworbenen Hypothek kann nur nach § 1154 erfolgen; es muß sich also der Gläubiger eintragen lassen, bevor auf Grund seiner Abtretung der neue Gläubiger eingetragen werden kann.

4. In den Motiven (III S. 709) wird nicht verkannt, daß sich aus dem Prinzipe der Eintragung der Abtretung Schwierigkeiten für die Fälle ergeben, in welchen mehrere Grundstücke hypothekarisch haften, die in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter belegen sind. Es ist namentlich die Frage aufgeworfen, ob bei der Gesamthypothek die Forderung im Falle der Übertragung schon durch die Eintragung bei einem Grundstück oder erst durch die Eintragung bei allen Grundstücken auf den neuen Gläubiger übergeht. Von einer ausdrücklichen Entscheidung dieser Frage ist jedoch Abstand genommen. Bei der 2. Lesung nahm man an, daß nach dem BGB. die Übertragung und die Belastung einer Gesamtbuchhypothek,

um wirksam zu sein, auf dem Grundbuchblatte jedes verhafteten Grundstücks eingetragen werden müsse. Solange dies nicht geschehen sei, trete die Übertragung oder Belastung auch hinsichtlich derjenigen Grundstücke nicht in Kraft, bei denen die Eintragung bereits erfolgt sei. Ein Vorschlag, zu bestimmen, daß die Eintragung auf einem der Grundstücke genüge, wurde abgelehnt wegen folgender Bedenken: Wenn die Rechtsänderung durch die Eintragung auf dem einen Grundbuchblatte herbeigeführt sei, so ergebe sich für die anderen Grundstücke, solange die Eintragung nicht auch dort bemerkt sei, eine Differenz zwischen dem wirklichen und dem nach dem Grundbuche vorhandenen Rechtszustande. Und wenn auch der im guten Glauben Handelnde geschützt werde, wenn namentlich jeder der mitverhafteten Eigentümer, bis die Eintragung auch bei seinem Grundstück erfolgt sei, rechtsgültig an den bisherigen Gläubiger zahlen dürfe, so könnten doch leicht Verwickelungen entstehen, insbesondere bei mehrfacher gültiger Zahlung. (Prot. III S. 637.) Unter diesen Umständen wurde davon abgesehen, das Prinzip des Grundbuchrechts durch eine Spezialvorschrift zu durchbrechen. Aus den §§ 1153, 1154 Abs. 3 ergibt sich die Notwendigkeit, daß die Rechtsänderung bei der Abtretung einer Gesamthypothek sich erst mit der Eintragung auf allen Grundstücken vollenden kann (a. M. nur Boehm S. 219).

5. Die nach § 873 zur Abtretung erforderliche Einigung des alten und des neuen Gläubigers ist an keine Form gebunden. Auch die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers braucht nicht in schriftlicher Form erteilt zu werden, wie dies für die Abtretung einer Forderung mit Briefhypothek im § 1154 Abs. 1 vorgeschrieben ist. Zur Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch ist die Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers in beglaubigter Form erforderlich, dessen Abtretungserklärung genügt nicht (GBO. §§ 19, 26). Ist die Abtretung formlos erklärt, so kann auf Erteilung der formgültigen Eintragungsbewilligung aus einer obligatorischen, zur Abtretung verpflichtenden Vereinbarung geklagt werden (vgl. Anm. IV S. 889). Wird die keiner Form bedürfende obligatorische Verpflichtung glaubhaft gemacht, so kann die Abtretung durch Vormerkung gesichert werden. Allerdings ist der abtretende Gläubiger an die Abtretung erst gebunden, wenn einem der Erfordernisse des § 873 Abs. 2 genügt ist. Ist die Abtretung bindend geworden und der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamte gestellt, so ist eine alsdann eintretende Verfügungsbeschränkung des bisherigen Gläubigers auf die Wirksamkeit der Abtretung von keinem Einflusse (§ 878, § 1154 Abs. 3).

6. Will der Erwerber einer Hypothek sich für alle Fälle sichern, so muß er vorher das Grundbuch einsehen, um sich über die Rechtsverhältnisse des Pfandgrundstücks zu vergewissern. Im allgemeinen läßt sich zwar eine Verpflichtung dessen, der eine Hypothek durch Zession erwerben will, nicht anerkennen, das Grundbuch vorher einzusehen, so daß es ihm als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt angerechnet werden dürfte, wenn er die Einsichtnahme unterläßt. Unter besonderen Umständen kann jedoch ein Verschulden darin gefunden werden, das zur Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB. führt. Hat z. B. jemand eine Hypothek erworben an einem Grundstücke, dessen Zwangsversteigerung angeordnet und im Grundbuche vermerkt ist, und bleibt er in Unkenntnis vom Versteigerungstermine, weil der Zedent ihm keine Mitteilung davon gemacht und die Bekanntmachungen des Vollstreckungsgerichts hinter sich behalten, er selbst auch das Grundbuch einzusehen unterlassen hat; nimmt er infolgedessen seine Rechte im Bietungstermine nicht wahr und fällt mit der Hypothek aus, so ist ihm zweifellos zwar der Zedent wegen seines Verschuldens schadenersatzpflichtig, aber ihm selbst fällt ein gleich schweres Verschulden zur Last, wenn er bereits vor der Zession wußte, daß die Zinsen seiner Hypothek und der Hypotheken anderer Gläubiger rückständig waren, daß sich deshalb die Einleitung der Zwangsversteigerung jeden Tag erwarten lasse, und er sogar damit rechnete, daß das Grundstück zur Zwangsversteigerung kommen werde. Er kann sich deshalb nicht darüber beschweren, wenn der Zedent verurteilt wird, ihm nur die Hälfte des durch den Ausfall der Hypothek erlittenen Schadens zu ersetzen. (RG. E. 60 S. 33.)

II. Zur Abtretung einer Forderung mit Briefhypothek ist erforderlich, daß der bisherige Gläubiger dem Erwerber eine schriftliche Abtretungserklärung erteilt und den Hypothekenbrief übergibt. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Abtretung

ohne Wirkung. Doch wird die schriftliche Form der Abtretungserklärung durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt.

1. Zur Gültigkeit der Abtretungserklärung bedarf es der schriftlichen Form (§§ 126, 125). Von einer Beglaubigung dieser Erklärung als einem Erfordernisse der Wirksamkeit der Abtretung, die der § 1112 Entw. I verlangte, ist bei der 2. Lesung mit Rücksicht darauf Abstand genommen, daß bisher im Verkehre namentlich in den Fällen der Beleihung von Hypotheken zur Befriedigung eines eiligen und vorübergehenden Geldbedürfnisses die schriftliche Abtretung üblich gewesen sei. Da sei regelmäßig die Forderung nicht verpfändet, sondern fiduziarisch abgetreten, ohne daß der Gläubiger zunächst habe zur grundbuchmäßigen Verfügung über die Hypothek instand gesetzt werden sollen. Von den nach § 873 zur Einigung über die Abtretung erforderlichen Erklärungen bedarf nur die Erklärung des bisherigen Gläubigers, nicht auch die Annahme des Erwerbers, der Formalisierung. (Mot. III S. 749; Prot. III S. 650 f.)

Eine schriftliche Abtretungserklärung — aber nur diese, nicht auch die Übergabe des Briefes — ist dann entbehrlich, wenn die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird (§ 1154 Abs. 2). Hierzu bedarf es nur der beglaubigten Eintragungsbewilligung. Es wird dann nach § 42 GBO. auf dem zur Eintragung vorgelegten Hypothekenbriefe vom Grundbuchamte die Umschreibung vermerkt. Der neue Gläubiger erhält so auf und mit dem Briefe zugleich eine öffentliche Urkunde über die erfolgte Abtretung. (Prot. III S. 648 A.) Ob die Abtretungserklärung auf den Hypothekenbrief gesetzt oder auf einem besonderen Blatte beurkundet wird, ist auf die Gültigkeit des Geschäfts ohne Einfluß. Zu beachten ist aber, daß, wenn nach einer Reihe von Übertragungen der durch sie legitimierte Erwerber sich in das Grundbuch eintragen läßt, alle bisherigen Übertragungen für den Verkehr ihren Wert verlieren, den Brief mithin zwecklos beschweren, wenn sie mit ihm verbunden bleiben. (Mot. III S. 750.)

Ist die Abtretung in (wenn auch nur privat-) schriftlicher Form erklärt und der Hypothekenbrief übergeben, so hat sich die dingliche Rechtsänderung vollzogen und der Erwerber hat Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894). Daher steht ihm nach § 1154 Abs. 1 Satz 2 die dingliche Klage auf Beglaubigung der Abtretungserklärung zu. Anders bei der Buchhypothek (Anm. I 5).

2. Wie nach der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche die Einigung keiner Form bedarf, um bindend zu sein (§ 873 Abs. 2), so wird durch die Eintragung der Abtretung im Grundbuche die schriftliche Abtretungserklärung, welche die Stelle der Einigung vertritt, ersetzt (§ 1154 Abs. 2). Aber nur durch die wirklich vollzogene Eintragung wird die schriftliche Form der Abtretungserklärung ersetzt; die bloß mündlich getroffene Abrede, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, die Eintragung der Abtretung zu verlangen, genügt nicht, ist aber als pactum de cedendo von Bedeutung (vgl. Anm. V; RG. E. 54 S. 146).

3. Will der Gläubiger die Hypothek als dauernde Kapitalanlage erwerben, so liegt es in seinem eigenen Interesse, sich von vornherein eine beglaubigte Abtretungserklärung (§ 129) erteilen, d. h. aushändigen zu lassen und sich damit eine seine Legitimation unanfechtbar dartuende Urkunde zu verschaffen. Der bisherige Gläubiger ist deshalb auf Grund des dinglichen Abtretungsakts verpflichtet, auf Verlangen des neuen Gläubigers die diesem erteilte schriftliche Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen zu lassen, und muß (abweichend vom § 403) auch die Kosten der Beglaubigung tragen, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, weil zur vollen Geltendmachung der abgetretenen Forderung eine beglaubigte Urkunde unentbehrlich ist. (§ 1154 Abs. 1 Satz 2.) Die beglaubigte Abtretungserklärung ersetzt die sonst zu Eintragungen erforderliche Eintragungsbewilligung und legitimiert den neuen Gläubiger beim Grundbuchamte zum Antrag auf Eintragung der Abtretung und Belastung der Hypothek (GBO. §§ 26, 19). Durch rechtskräftiges Urteil wird die beglaubigte Abtretungserklärung ersetzt (ZPO. § 894; vgl. S. 124.). Der Besitz des

Hypothekenbriefs in Verbindung mit sämtlichen, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ersetzt insofern die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch, als die Bestimmungen der §§ 891—899 über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in gleicher Weise Anwendung finden, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre (§ 1155). Der Gläubiger, welcher nicht im Grundbuch eingetragen ist, hat bei Geltendmachung der Hypothek und ihrer Kündigung auf Verlangen des Eigentümers durch Vorlegung von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen sein Gläubigerrecht nachzuweisen (§ 1160).

Erst mit der Übergabe des Briefes vollendet sich der dingliche Erwerb. Verfügungsbeschränkungen, die in der Zeit zwischen der Abtretung und Übergabe erlassen werden, stehen dem Erwerber, der Kenntnis von ihnen hat, entgegen. Da die Abtretungsurkunde den Zeitpunkt des Erwerbes nicht ergibt, ist dem früheren Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung auch dann stattzugeben, wenn die Abtretungsurkunde ein früheres Datum trägt als der Erlaß der Verfügungsbeschränkung. (RG. JW. 25 S. A 163.)

4. Die Blankoabtretung, die Abtretung ohne Nennung des Erwerbers, die in Preußen für Grundschulden zugelassen war (EigG. § 55), ist in das BGB. nicht aufgenommen. Schon im Entw. I war sie abgewiesen (Mot. III S. 783; Prot. III S. 651 II, S. 713 VII.)

5. „Der Hypothekenbrief erfüllt seinen praktischen Zweck für den Verkehr vollkommen nur, wenn ihm die Aufgabe zufällt, die Übertragung der Hypothekenforderung zu vermitteln, gleichviel ob seine Übergabe an den neuen Gläubiger als Form des Übertragungsgeschäfts oder als dessen gesetzliche Bedingung aufgefaßt wird. Die Übergabe des Hypothekenbriefs als Erfordernis der Abtretung (§ 1154 Abs. 1 Satz 1) bietet erhebliche Vorteile. Klar ist ohne weiteres, daß der Besitz der Urkunde, der regelmäßig durch die Übergabe erworben wird, die Erkennbarkeit des Rechtsübergangs für alle, die von diesem berührt werden, wesentlich erleichtert. Die möglichen Zweifel, ob die Erklärung des bisherigen Gläubigers dinglich oder nur obligatorisch gemeint gewesen und ob sie von dem neuen Gläubiger angenommen worden ist, erledigen sich in einfacher Weise; der Zeitpunkt des Übergangs, der namentlich für den Konkursfall von Wichtigkeit ist, läßt sich mit voller Genauigkeit feststellen. Der neue Gläubiger ist gegen Verfügungen des bisherigen geschützt, sobald ihm der Hypothekenbrief ausgeliefert ist. Das Geschäft wickelt sich glatt ab, da kein Teil nötig hat, die ihm obliegende Leistung ohne die sofortige Gegenleistung des anderen Teiles zu vollziehen." In Preußen konnte, obschon die Hypothekenforderung durch die Abtretung erworben wurde, der Erwerber doch die wichtigsten Rechte des Gläubigers, namentlich den Anspruch aus der Hypothek, mit Erfolg nicht geltend machen, auch seine Eintragung nicht erlangen, wenn ihm nicht der Hypothekenbrief ausgehändigt war. Diese Unzuträglichkeit ist dadurch gehoben, daß die Erwerbung der Hypothek von der Übergabe der Hypothekenbriefs an den Erwerber abhängig gemacht wird. (Mot. III S. 748.) Es kommt hinzu, daß die Streitigkeiten über den Besitz des Hypothekenbriefs, von deren Entscheidung es abhing, wessen Recht bei mehrmaliger Zession das überwiegende war (RG. E. 10 S. 97, Gruch. 27 S. 917, Bd 30 S. 706, Bd 40 S. 941, JMBl. 1891 S. 51), unmöglich geworden sind, seitdem es neben dem Besitzer des Hypothekenbriefs keinen anderen Erwerber der Hypothek geben kann. Bei Teilabtretung der Briefhypothek ist zum Eintritte der Rechtsänderung die Übergabe des über die ganze Post vorhandenen Briefes oder eines Teilbriefs erforderlich.

Weil die Hypothek nicht schon mit der Eintragung, sondern erst mit der Übergabe des Briefes auf den Erwerber übergeht, ist der alte Gläubiger bis zu dieser Übergabe zu Verfügungen über die Hypothek (z. B. zur Änderung der Zins- und Zahlungsbedingungen) allein befugt. Auf Bewilligung des neuen, nicht im Besitze des Briefes befindlichen Gläubigers kann eine Eintragung bei der Hypothek nicht bewirkt werden (RG. JW. 29 S. A 176).

Digitized by Google

6. Auf die Übergabe und den Besitz des Hypothekenbriefs finden die Bestimmungen des § 1117 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Anwendung (vgl. Anm. 2, 3 S. 755 f.). Die Übergabe des Briefes wird auch hier nach § 1117 Abs. 2 nur durch eine Vereinbarung ersetzt, wonach der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Es wird vorausgesetzt, daß das Grundbuchamt in der Lage ist oder in die Lage kommt, den Hypothekenbrief oder bei einer Teilabtretung den Teilhypothekenbrief (BGB. § 1152; GBO. § 61) dem neuen Gläubiger auszuhändigen, sei es, daß das Grundbuchamt mit der Aufnahme der Abtretungserklärung (GBO. § 29) oder mit der Eintragung der Abtretung (BGB. § 1154 Abs. 2) oder mit der Herstellung des Teilhypothekenbriefs (GBO. § 61) befaßt wird. Da der Abs. 2 des § 1117 nicht entsprechend, sondern nach seinem Wortlaut anzuwenden ist, genügt eine Vereinbarung, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Gericht oder dem Notar, welche um die Herstellung des Teilhypothekenbriefs angegangen sind, aushändigen zu lassen, als Ersatz der Übergabe nicht. Auch hat die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 nur dann die ihr beigelegte Wirkung, wenn später der Hypothekenbrief oder der Teilhypothekenbrief dem neuen Gläubiger vom Grundbuchamte wirklich ausgehändigt wird. Unterbleibt bei einer Teilabtretung die Herstellung des Teilhypothekenbriefs und wird dem neuen Gläubiger auch — was genügt; Hamburg Rsp. 9 S. 314 — der über die ganze Post vorhandene Hypothekenbrief nicht ausgehändigt, so geht auf ihn trotz der Vereinbarung der abgetretene Hypothekenteil nicht über. Aus dem formlosen obligatorischen Vertrag über die Abtretung kann auf Übergabe des Briefes geklagt werden (vgl. Anm. V). Im Falle der Zwangsvollstreckung gilt die Übergabe des Briefes in dem Zeitpunkt als bewirkt, wo der Brief von dem Gerichtsvollzieher behufs Ablieferung an den neuen Gläubiger weggenommen ist (ZPO. § 897). Abweichend Planck 3 a Abs. 2 zu § 1154.

7. Zur Abtretung einer Forderung mit Briefhypothek bedarf es nicht der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch. Die Eintragung ist aber gestattet, um den Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu setzen und dem Gläubiger die Vorteile zu sichern, die mit der Eintragung verbunden sind. Der neue Gläubiger wird durch seine Eintragung der Notwendigkeit überhoben, den Übergang des Rechtes auf ihn zu beweisen (§ 1160). Solange er nicht eingetragen ist, ist er der Gefahr ausgesetzt, daß der bisherige Gläubiger die Zinsen forterhebt oder, wenn er auf irgend eine Weise den Hypothekenbrief in die Hände bekommt, zugunsten eines Dritten über die Hypothek verfügt (§§ 1158, 1159). Auch darf der eingetragene Gläubiger darauf rechnen, daß er von einem Wechsel in der Person des Eigentümers und von anderen sein Interesse berührenden Tatsachen, namentlich von der Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, amtlich benachrichtigt wird (GBO. § 55; ZVG. §§ 41, 9 Nr. 1). Zur Eintragung der Abtretung ist die Vorlegung der beglaubigten Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers sowie des Hypothekenbriefs erforderlich; der Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers bedarf es nicht (GBO. §§ 27, 42). Auch des Nachweises der Annahme der Abtretungserklärung, die formlos erfolgen kann, bedarf es nicht. Legt der neue Gläubiger dem Grundbuchamte den Hypothekenbrief vor, so wird vermutet, daß er ihm vom abtretenden Gläubiger übergeben ist (BGB. § 1117 Abs. 3); der Brief ist dann ihm als dessen neuem Eigentümer (§ 952) zurückzugeben. Ist der Brief dem Grundbuchamte von dem bisherigen Gläubiger eingereicht, so muß er diesem wieder ausgehändigt werden, wenn nicht Abweichendes bestimmt ist. Ist der Brief vernichtet oder abhanden gekommen, so wird die Abtretung der Hypothek erst dann wieder möglich, wenn der Brief für kraftlos erklärt und ein neuer Brief erteilt ist (BGB. § 1162; GBO. § 67). Haben mehrere Übertragungen stattgefunden, so muß der neue Gläubiger sein Recht gemäß § 1155 BGB. nachweisen (GBO. § 40 Abs. 2).

III. Über die Übertragung von Hypothekenforderungen im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. S. 689 ff. Lit. b.

IV. 1. Die Abtretung einer Hypothekenforderung kann auch zur Sicherung einer Forderung des Zessionars gegen den Zedenten erfolgen (BGB. § 223 Abs. 2). Die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB. ist ein solcher Zessionar verpflichtet, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, also z. B. die zedierte Forderung ordnungsmäßig beizutreiben oder möglichst gut zu verwerten und den Erlös, insoweit er die gesicherte Forderung überschreitet, an den Zedenten herauszugeben (§ 667). Kommt das für die zedierte Hypothekenforderung verhaftete Grundstück zur Zwangsversteigerung, so hat der Zessionar die Rechte des Zedenten bei der Zwangsversteigerung wahrzunehmen, zumal da der Zedent von dem Zwangsversteigerungsverfahren keine Nachricht erhält, wenn die Hypothek auf den Namen des Zessionars im Grundbuch umgeschrieben ist. Er muß dafür sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird und darf die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen und dadurch seinen Machtgeber zu schädigen. Tut er es dennoch, so handelt er wider Treu und Glauben; der von ihm herbeigeführte Ausfall der Hypothek ist nur ein scheinbarer, da er in dem höheren Werte des Grundstücks Deckung für die Hypothek erhält. Diese Deckung erlangt er aus der Geschäftsbesorgung und daher muß er den seine gesicherte Forderung übersteigenden Wertbetrag an den Zedenten herausgeben (BGB. § 667). (RG. E. 59 S. 190.)

2. Hat der Gläubiger seine Forderung nur zum Zwecke der Einziehung für seine Rechnung gegen Provision abgetreten, so kann dem klagenden Zessionar vom Schuldner zwar nicht die Einrede der Simulation und der mangelnden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden, wohl aber steht dem Schuldner die Einrede der Arglist zu, wenn der Gläubiger ihm gegenüber vor der Klagerhebung den Auftrag zur Einziehung der Forderung und die Zession widerrufen hat (RG. I 340. 02).

V. Die obligatorische Vereinbarung der Abtretung einer Hypothek (pactum de cedendo; das Kaufalgeschäft, vgl. S. 100 f.) ist, wenn nicht ihre Wirksamkeit von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig gemacht ist (BGB. § 125 Satz 2, § 154 Abs. 2), auch in mündlicher Form wirksam und erzeugt für den Abtretenden die Verpflichtung, bei der Briefhypothek die Abtretung schriftlich zu erklären und auf Verlangen beglaubigen zu lassen oder beim Grundbuchamte den Umschreibungsantrag zu stellen sowie den Hypothekenbrief dem Erwerber zu übergeben; bei der Buchhypothek die zur Umschreibung im Grundbuch erforderliche Eintragungsbewilligung zu erteilen. Die Aufnahme einer notariellen Urkunde über das zweiseitige obligatorische Abkommen kann nur dann verlangt werden, wenn die Wiederholung des Vertragsschlusses in notarieller Form ausdrücklich vereinbart ist. Auch die Aufhebung des pactum de cedendo ist formlos gültig. (RG. E. 54 S. 146; Planck 3 S. 533 Nr. 4; Fuchs 1 S. 484 Nr. I 1 a.)

VI. Die Bestimmungen des BGB. über die Übertragung eines Rechtes an einem Grundstücke finden nur auf die nach dem Inkrafttreten des BGB. bewirkten Übertragungen Anwendung (EG. z. BGB. Art. 189; RG. E. 47 S. 159).

VII. Die Übertragung eines vorgemerkten Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek ꝛc. erfolgt außerhalb des Grundbuchs nach dem Rechte der Schuldverhältnisse durch formlosen Vertrag (§ 398); § 1154 findet darauf keine Anwendung. Die Eintragung der Übertragung ist nicht erforderlich, aber, da sie für den Grundbuchverkehr erhebliche Wirkung hat und für den Zedenten, wie für den Zessionar und den debitor cessus von Nutzen ist, zulässig. Sie erfolgt auf die beglaubigte Abtretungserklärung oder Umschreibungsbewilligung des Zedenten, die nötigenfalls erzwungen werden kann (§§ 403, 242). Die Eintragung hat zwar nicht den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 891, 892) zur Folge, es kann aus ihr und aus der Benachrichtigung des Grundbuchamts davon

Digitized by Google

aber die Kenntnis des debitor cessus von der Abtretung (§ 407) hergeleitet werden. Vgl. Reichel Umschreibung S. 4—26.

VIII. Wird eine Hypothek mit der Erklärung abgetreten, daß vom Abtretenden für die Sicherheit der abgetretenen Hypothekenforderung dem Erwerber ausdrücklich Gewähr geleistet werde, und erfolgt die weitere Abtretung ohne Gewährleistung für die Sicherheit der Forderung, so kann der zweite Erwerber aus der vom ersten Abtretenden dem Ersterwerber gegenüber übernommenen Verpflichtung, für die Sicherheit der abgetretenen Hypothekenforderung zu haften, kraft gesetzlicher Vorschrift Rechte für sich nicht herleiten; denn von einem der abgetretenen Hypothekenforderung selbst anhaftenden und mit dieser nach § 401 BGB. übergehenden Nebenrechte kann hier nicht gesprochen werden. Die von dem Zedenten gegen den Zessionar übernommene Gewährleistungspflicht erzeugt obligatorische Rechte und Pflichten nur zwischen diesen beiden Kontrahenten; sie bildet lediglich einen Bestandteil des zwischen ihnen zustande gekommenen kausalen Rechtsgeschäfts. Nicht aber wird die Gewährleistungspflicht ein Zubehör der Forderung, das als ihr anhaftend zugleich mit der dinglichen Abtretung auf den neuen Erwerber übergeht. (RG. JW. 1905 S. 338 Nr. 7, E. 39 S. 250, Bd 59 S. 238.)

Gewährleistung wegen Mängel einer Sache findet im Fall der Abtretung einer Grundschuld nicht statt, da die §§ 90, 459 Abs. 2, 463 BGB. nur auf körperliche Gegenstände, nicht auf ein verkauftes Recht anwendbar sind (RG. JW. 1904 S. 403 Nr. 2).

§ 1155.[1]

Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung.

1. Wer gemäß § 1154 eine Briefhypothek unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erwirbt, ist durch die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in den §§ 891 ff. geschützt. Er darf darauf rechnen, daß dem eingetragenen Gläubiger die Hypothek zusteht und daß Einwendungen gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, die ihm nicht bekannt und auch im Grundbuche nicht eingetragen sind, nicht bestehen, wenigstens ihm gegenüber mit Erfolg nicht geltend gemacht werden können. Die Eintragung einer nach § 1154 erworbenen Hypothek darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Verfügungsrecht des Abtretenden nicht nachgewiesen sei (RG. JW. 28 S. A 92). Für den guten Glauben des Erwerbers ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem sich die Abtretung der Briefhypothek vollzieht, also in welchem dem Erwerber der Hypothekenbrief übergeben und die schriftliche Abtretungserklärung erteilt wird, und bei zeitlichem Auseinanderfallen beider Akte der Zeitpunkt, in welchem der letzte Akt vorgenommen wird. Erlangt der Erwerber später Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs oder einer sie begründenden Tatsache, so wird ihm dadurch die Berufung auf den guten Glauben nicht entzogen. Hier findet der § 1155 keine Anwendung.

2. Weniger einfach ist der Fall, wenn eine Briefhypothek vom eingetragenen Gläubiger in Gemäßheit des § 1154 abgetreten und demnächst auf dieselbe Weise sukzessiv an mehrere

[1] Schweitzer, Begründung u. Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. und § 40 Abs. 2 GBO. in Gruch. 45 S. 558. — Dronke, Die Anwendbarkeit des § 1155 BGB. und des § 40 Abs. 2 GBO. beim Übergange des bloßen dinglichen Hypothekenrechts in Lobes ZBl. 1901 S. 955.

andere Gläubiger abgetreten ist, ohne daß die Übertragungen in das Grundbuch eingetragen sind. Diesen Fall regelt der § 1155 unter Gleichstellung der Abtretung, der gerichtlichen Überweisung und des Anerkenntnisses der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung. Vorausgesetzt wird, daß die Abtretungserklärungen und die Überweisungsbeschlüsse oder, wenn ein gesetzlicher Übergang vorgekommen ist, die diesen anerkennenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen und das Recht des Briefbesitzers als Gläubigers ergeben. Selbstverständlich wird Eigenbesitz, wenn auch nur mittelbarer, vorausgesetzt (Fuchs S. 494 Nr. 2). Fehlt eine Urkunde gänzlich oder ist sie zwar vorhanden, aber nicht geeignet, das zu beweisen, was durch sie bewiesen werden soll, so kann durch den Besitz des Hypothekenbriefs der Übergang des Gläubigerrechts auf den Besitzer nicht dargetan werden. Es handelt sich hier nur um solche dem Rechte eines früheren Besitzers anhaftenden Mängel, die weder aus dem Briefe noch aus den Übergangsurkunden ersichtlich sind. Ein derartiger Mangel kann sowohl das Erfordernis der Übergabe des Hypothekenbriefs, als auch das Erfordernis der Übertragungsurkunden betreffen.

Die Rechtsfolge, welche der § 1155 an den Nachweis des Gläubigerrechts des Besitzers des Hypothekenbriefs knüpft, beruht auf der Notwendigkeit eines besonderen Schutzes des Briefbesitzers gegen die Geltendmachung nicht ersichtlicher Mängel. Wenn der Hauptzweck des Briefes, die Erleichterung der Übertragung der Hypothekenforderung, erreicht werden soll, so muß von der Übertragung durch Übergabe des Briefes mit derselben Sicherheit Gebrauch gemacht werden können, welche die Eintragung in das Grundbuch bietet. Der Besitzer des Briefes, auf den die Hypothekenforderung übertragen worden ist, muß daher, wenn die Übertragungsurkunden auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen, über die Hypothek mit derselben Wirkung verfügen können, wie wenn er selbst die Eintragung als Gläubiger erlangt hätte. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs gewährt Schutz nur insoweit, als zugunsten des Besitzers nach §§ 891, 892, 1138 der Inhalt des Buches als richtig gelten muß, also regelmäßig davon auszugehen ist, daß die Hypothekenforderung dem eingetragenen Gläubiger bis zu ihrer Übertragung auf seinen Nachmann zugestanden habe. Dies reicht jedoch nicht aus. Der Schutz, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem Erwerber gewährt, ist deshalb dahin erweitert, daß Mängel im Rechte eines nicht eingetragenen Vormanns, die weder aus dem Grundbuche noch aus dem Hypothekenbrief oder den Übertragungsurkunden hervorgehen, dem Erwerber gegenüber die Wirkung versagen, es sei denn, daß sie ihm beim Erwerb anderweit bekannt geworden sind. Noch weiter zu gehen, den Fall des § 1155 so aufzufassen, wie wenn der letzte legitimierte Gläubiger unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erworben hätte, und infolge dessen zugunsten des legitimierten Besitzers die Übertragung ohne Einschränkung auch dann für wirksam zu erachten, wenn die Übergabe des Briefes an einen Vormann überhaupt nicht stattgefunden hat, oder wenn dem Rechte eines Vormanns Mängel, die aus den Übertragungsurkunden nicht ersichtlich sind, anhaften: dazu nötigt die Rücksicht auf den reellen Verkehr nicht. Das praktische Bedürfnis verlangt nur, denjenigen, der beim Erwerbe der Hypothekenforderung den Mangel der Briefübergabe oder den Mangel in der Berechtigung des Vormanns nicht gekannt hat, gegen die Geltendmachung solchen Mangels zu schützen. Ein so beschränkter Schutz ist um so mehr genügend, als, wenn einmal der Mangel durch die Unkenntnis des Erwerbers geheilt ist, bei späteren Übertragungen die Kenntnis vom Mangel nicht mehr in Betracht kommt. Die Pflicht, die Berechtigung des Briefbesitzers zur Übertragung zu prüfen, beschränkt sich darauf, ob der Übergang der Hypothekenforderung auf ihn durch eine ununterbrochene Reihe die Übertragung ergebender Urkunden vermittelt wird. Zu einer weiteren Prüfung der beurkundeten Vorgänge ist, wer eine Hypothekenforderung erwerben will, der Regel nach gar nicht imstande. Wenn auch streng genommen zur Prüfung der Legitimation des abtretenden Gläubigers der Nachweis erfordert werden müßte, daß der Hypothekenbrief regelmäßig von einem Vormann auf den anderen über-

geben worden sei, so würde dieser Nachweis zu großen Schwierigkeiten führen und die Verkehrsfähigkeit der Hypothekenbriefe wesentlich beeinträchtigen. Die Billigkeit fordert, daß der, welcher von jemand, dessen Gläubigerrecht durch den Besitz des Hypothekenbriefs und einer zusammenhängenden, bis auf den eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von Übertragungsurkunden begründet wird, die Briefhypothek erwirbt, ebenso sichergestellt ist, als wenn sein Rechtsurheber in das Grundbuch eingetragen wäre. Hierdurch ist der Schutz des Erwerbers der Hypothek gegen die Folgen von Mängeln in dem Rechte eines Vormanns an einen Hauptgrundsatz des Hypothekenrechts, das Eintragungsprinzip, angelehnt. — Wenn die Rechtsfolge des § 1155 eintreten soll, müssen jedoch die Abtretungserklärungen, zu deren Gültigkeit nach § 1154 die schriftliche Form genügt, öffentlich beglaubigt sein. Dieses Erfordernis ist aufgestellt, um eine erhöhte Garantie dafür zu schaffen, daß regelmäßig bei der Abtretung seitens der Vormänner auch der Hypothekenbrief übergeben worden sei und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe. Der Hypothekengläubiger soll nicht der Gefahr ausgesetzt werden, sein Recht dadurch zu verlieren, daß ein redlicher Dritter durch Übertragung des dem Gläubiger gestohlenen Briefes und auf Grund einer vom Besitzer des Briefes gefälschten Abtretungserklärung die Hypothek erwerbe. (Nach den Mot. III S. 752, 696 und den Prot. III S. 654 V.) Demgemäß ist im Falle des § 1155 für den guten Glauben der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Übergabe des Briefes und die beglaubigte (nicht die privatschriftliche) Abtretungserklärung vorliegen. Ist die Abtretungserklärung nicht vom Gläubiger selbst, sondern von seinem Vertreter oder Erben ausgegangen, so muß auch die Befugnis des Vertreters oder des Erben durch formgerechte, dem § 29 GBO. entsprechende Urkunden nachgewiesen werden (vgl. Habicht in JW. 1901 S. 772 IV). Überhaupt bedarf es solchen Nachweises für alle Erfordernisse der Wirksamkeit der Abtretungserklärung, wie der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts (BGB. § 1812), der Einwilligung des Ehemanns (§ 1395), in Preußen der Genehmigung des Königs oder der delegierten Behörde in den Fällen des Art. 6 PAG. z. BGB. ꝛc. (Schweitzer in Gruch. 45 S. 569).

3. Wenn im Satz 2 des § 1155 der gerichtliche Überweisungsbeschluß der Abtretungserklärung gleichgestellt ist, so hat dies folgende Bedeutung. Die Vorschrift des § 1155 findet zwar auch dann Anwendung, wenn der, welcher dem gegenwärtig im Besitze des Hypothekenbriefs befindlichen Gläubiger die Forderung abgetreten hat, durch eine fortlaufende Reihe von gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen legitimiert war. Es wird aber nach § 1155 nur geschützt, wer im Wege der Abtretung, nicht auch, wer im Wege der Zwangsvollstreckung die Forderung vom letzten legitimierten Gläubiger erworben hat. Grundsätzlich ist auch bei der Zession von Hypotheken davon auszugehen, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen, daß mithin der Zessionar die Hypothek mit der Rechtslage des Vormanns erwirbt. Im Interesse des Realkredits ist allerdings, wer die Hypothek durch eine Abtretungserklärung erwirbt, nach § 1155 in seinem guten Glauben zu schützen. Die gleichen Gründe, insbesondere die Rücksicht auf den Schutz des guten Glaubens im Verkehre, treffen jedoch beim Erwerbe durch Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zu; es ist mithin keineswegs eine Anomalie, entspricht vielmehr dem Prinzip des § 892 (vgl. Anm 2 S. 246), in diesen Fällen den Schutz des § 1155 zu versagen. Erst wenn der Pfändungsgläubiger die ihm überwiesene Forderung weiterzediert, steht dem Zessionar der Schutz des § 1155 zur Seite. (Prot. III S. 657.)

Da die Überweisung die Abtretungserklärung ersetzen soll, genügt eine Überweisung zur Einziehung nicht; denn bei dieser verbleibt die Forderung und das Abtretungsrecht dem Schuldner, während die Überweisung an Zahlungs Statt die Abtretungserklärung des Schuldners ersetzt (vgl. Nr. 5 b S. 691 f.; so jetzt auch Biermann Nr. 1 b zu § 1155).

4. Die Abtretungserklärung sowohl wie die zum Nachweise der Übertragung der Forderung kraft Gesetzes erforderlichen Anerkenntnisse (vgl. Nr. 5 c S. 693) werden durch die rechtskräftige Verurteilung hierzu ersetzt (vgl. Nr. IV S. 124). Die Verurteilung

zur Abtretung ersetzt die Abtretungserklärung und ihre öffentliche Beglaubigung. Sie begründet in Verbindung mit der Übergabe des Briefes die Rechtsänderung. Die Verurteilung zur Anerkennung ersetzt dagegen nur den Nachweis der kraft Gesetzes eingetretenen Rechtsänderung. Quittung und Löschungsbewilligung genügen zum Nachweise des Übergangs der Hypothek auf den Eigentümer. Nach dem Wortlaute des § 1155 Satz 2, wonach es eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung bedarf, hat es allerdings den Anschein, als ob sie, wenn auch in öffentlich beglaubigter Form erteilt, nicht ausreichten, um den Tatbestand des § 1155 Satz 2 zu erfüllen. Dies ist aber offenbar nicht gemeint. Zweifellos kann der Eigentümer, wenn die Hypothek in einer Hand geblieben ist, außer der ihm in den Formen des § 29 GBO. erteilten Quittung oder Löschungsbewilligung vom Gläubiger nicht noch ein Anerkenntnis im Sinne des § 1155 Satz 2 BGB. fordern. Ein solches Anerkenntnis läuft im wesentlichen auf ein rechtliches Urteil des Gläubigers hinaus (RG. E. 48 S. 55) und kann daher für den Grundbuchrichter keine Bedeutung haben. Nicht anders liegt die Sache im Falle des § 1155 Satz 2. Es kann also nur gemeint sein, daß die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sich der Übergang kraft Gesetzes ergibt, in öffentlich beglaubigter Form anerkannt sein müssen. Die aus diesen Tatsachen sich ergebende Rechtsfolge kann nur der Richter ziehen. Quittung und Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form bilden das Anerkenntnis, das § 1155 Abs. 2 erfordert (Strecker GBO. S. 271 Nr. 5 a; a. M. Boehm, Fuchs, Planck, Biermann, Drouke, Kober). Ein bloßes Anerkenntnis kann schon deshalb für den Grundbuchrichter nicht ausreichen, weil die Grundsätze über die Eigentümerhypothek unabänderlich sind und daher deren Voraussetzungen nachgewiesen werden müssen. Befriedigt der persönliche Schuldner den Hypothekengläubiger (§§ 1164, 1173), so ist, damit dem § 1155 Satz 2 genügt werde, neben der Quittung des Gläubigers noch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis der Ersatzpflicht des Eigentümers oder seines Rechtsvorgängers erforderlich. Durch einen Erbfall wird die Reihe der Abtretungserklärungen nicht unterbrochen. Tritt der Erbe des Zessionars die ihm mit dem Nachlasse zugefallene Hypothek weiter ab, so tut er dies als Repräsentant des Erblassers aus dessen Rechte (Wolff im Recht 1903 S. 7., Schweitzer in Gruch. 45 S. 576, Kober Nr. V, Brachvogel in Gruch. 49 S. 305; a. M. Planck Nr. 2 b γ zu § 1155, und andere, sowie KG. RJA. 3 S. 146 ff., Bd 4 S. 58). Es genügt die Beibringung des Testaments oder Erbscheins, um dem Erben und seinen Zessionaren den Vorteil des § 1155 zu verschaffen. Der Vermächtnisnehmer, dem die Forderung vermacht ist, erwirbt sie nicht kraft Gesetzes, sondern nur durch Abtretungserklärung des Erben (BGB. § 2174); diese muß in beglaubigter Form neben dem Nachweise des Erbrechts des abtretenden Erben beigebracht werden.

5. Der § 1155 findet auch dann Anwendung, wenn die Hypothek ohne die Forderung kraft Gesetzes übergegangen ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1). Der § 1155 erweitert die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips nur auf den Erwerb, der sich nach BGB. außerhalb des Grundbuchs vollzieht. Wo der Erwerb an die Eintragung geknüpft ist, greift der allgemeine, beschränktere Öffentlichkeitsbegriff Platz. Daher genügt zur Anwendung des § 1155 Satz 2 nicht eine öffentlich beglaubigte Verzichterklärung des Gläubigers; denn nach § 1168 erwirbt der Eigentümer solchenfalls die Hypothek nur, wenn der Verzicht eingetragen wird (Biermann SR. S. 359 Anm. c, Böhm S. 226, Fuchs 1 S. 495 Anm. 3c). Nach Eintragung des Verzichts ist für den weiteren Verkehr des Briefes wieder § 1155 maßgebend. Ganz ebenso verhält es sich mit der Unterschiebung einer anderen Forderung (§ 1180). Vgl. Planck 3 S. 617 f. Lit. α.

6. Der objektive Bestand der Forderung und der Hypothek wird durch die §§ 892, 1138, 1157 BGB. auch dem nicht eingetragenen Erwerber der Hypothek gewährleistet. Auch ein Briefbesitzer, der nur durch privatschriftliche Abtretungserklärungen legitimiert ist, kann nach § 892 darauf vertrauen, daß die Forderung mit der Hypothek so, wie sie eingetragen ist, und zwar, wenn Einreden nicht eingetragen sind, auch einredenfrei besteht. Dieser

Schutz wird dem Briefbesitzer durch § 1155 nicht entzogen; vielmehr wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs ausgedehnt auf das subjektive Gläubigerrecht des nicht eingetragenen Briefbesitzers. Sind alle Erfordernisse des § 1155 erfüllt: ist der als Gläubiger Auftretende im Besitze des Hypothekenbriefs und ist ihm durch öffentlich beglaubigte Erklärung von seinem Vormanne die Forderung abgetreten, weist er ferner die Übertragung des Gläubigerrechts vom eingetragenen Gläubiger an bis auf seinen unmittelbaren Vormann durch eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen von kraft Gesetzes erfolgten Übertragungen nach, — so wird vermutet, daß ihm die Forderung mit der Hypothek zustehe, als wäre er als Gläubiger im Grundbuch eingetragen (§ 1155 Satz 1, § 891 BGB.; § 40 Abs. 2 GBO.). Das Gegenteil muß daher von seinem Gegner bewiesen werden. Wer von ihm in gutem Glauben ein Recht an der Forderung durch Rechtsgeschäft erwirbt, kann sich darauf verlassen, daß er vom wirklichen Gläubiger erwirbt, wenn nicht ein Widerspruch gegen dessen Berechtigung im Grundbuch eingetragen oder auf dem Hypothekenbriefe vermerkt ist (§ 892 Abs. 1 Satz 1, § 1140). Gutgläubig ist nicht, wer weiß, daß der Brief nicht durch Übergabe gemäß § 1117 an einen Vormann gelangt ist (§ 1154 Abs. 1 Satz 1) oder daß Mängel dem Rechte eines Vormanns anhaften, die aus den Übertragungsurkunden nicht ersichtlich sind (vgl. Anm. 2 Abs. 2). Der gutgläubige Erwerber darf ferner annehmen, daß der legitimierte Gläubiger in seiner Verfügung über die Forderung nicht beschränkt ist und daß Einreden gegen die Forderung nicht bestehen, wenn etwas anderes sich aus dem Grundbuch oder aus dem Briefe nicht ergibt (§ 892 Abs. 1 Satz 2, § 1140). Der Schutz der §§ 892, 893 steht auch dem zu, der eine Briefhypothek von einem Gemeinschuldner erwirbt, bevor die Konkurseröffnung im Grundbuch oder auf dem Briefe vermerkt ist, es sei denn, daß ihm die Kenntnis (fahrlässige Unkenntnis genügt nicht) vor der Konkurseröffnung nachgewiesen wird. Die öffentliche Bekanntmachung der Konkurseröffnung steht der Kenntnis nicht gleich.

Nach § 40 Abs. 2 GBO. steht es der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 BGB. nachweist. Unter diesen Voraussetzungen kann also der Gläubiger sich eintragen lassen, ohne daß es der Eintragung der Zwischengläubiger bedarf. Nur hinsichtlich der seitens des Eigentümers erfolgten Kündigung steht er einem eingetragenen Gläubiger nicht gleich; er muß die seinem Vormanne gegenüber erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen, wenn dem Eigentümer zur Zeit der Kündigung die Übertragung nicht bekannt ist (§ 1156 Satz 2).

7. Das Erfordernis einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von beglaubigten Abtretungserklärungen hat nicht — wie Strecker S. 93, Boehm S. 222 und Hachenburg Beitr. S. 106, Vortr. S. 308 annehmen — die Bedeutung, daß, auch wenn nur einer Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung fehle, gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden könnten, die gegen einen der früheren Gläubiger entstanden sind. Wie schon in Anm. 6 bemerkt, ist auch der gutgläubige Erwerber, der sich nur auf privatschriftliche Abtretungserklärungen stützen kann, gegen Einreden, die den objektiven Bestand der Forderung und Hypothek betreffen, durch § 892 Abs. 1 Satz 1 geschützt. Eingewendet kann ihm nur werden, daß er nicht vom wahren Gläubiger erworben habe, und hierher gehört auch der Einwand der Zahlung oder sonstigen Tilgung der Hypothek, da diese dann auf den Eigentümer übergeht. Solche gegen die Legitimation des Abtretenden gerichteten Einwendungen muß sich freilich, wenn die Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen durch eine nur privatschriftliche Erklärung unterbrochen wird, jeder einer solchen Erklärung folgende Erwerber gefallen lassen. Lediglich in dieser Beschränkung ist der von Strecker und Hachenburg aufgestellte Satz richtig. Liegen lauter Erklärungen in öffentlich beglaubigter Form vor, so greift der Einwand der Tilgung nicht durch, wenn der Briefbesitzer gutgläubig ist. Der Eigentümer verliert seine Eigentümerhypothek nach dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens. Das

Digitized by Google

ist der Sinn der nicht ganz durchsichtigen Ausführungen in Prot. VI S. 267 f., in welchen, wie Fuchs zutreffend hervorhebt (Anm. 6 S. 496; anders freilich in Anm. 7 S. 498), die Bedeutung des Einwandes der Zahlung nicht richtig gewürdigt ist. Der Unterschied, der durch § 1155 begründet ist, läßt sich dahin kurz zusammenfassen: Dem nicht durch eine auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimierten Briefbesitzer kann der Beweis der mangelnden Legitimation der Abtretenden oder eines von ihnen geführt werden, dem also legitimierten Briefbesitzer gegenüber ist dagegen die Führung des Gegenbeweises gemäß § 892 ausgeschlossen. Nach denselben Grundsätzen regelt sich die Legitimation des Briefbesitzers zur Empfangnahme von Hypothekenzinsen und sonstigen Nebenleistungen (§ 893). Vgl. Planck 3 S. 620 f. Lit. e und Biermann SR. S. 361 Nr. 3.

§ 1156.

Die für die Übertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung. Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist.

In den §§ 1156, 1158, 1159 wird das Verhältnis geregelt, in dem die Bestimmungen über die Abtretung von persönlichen Forderungen in den §§ 398—413 zu den die Übertragung der Hypothekenforderung betreffenden Vorschriften des Sachenrechts (§§ 892 ff., 1140, 1153—1155) stehen. Wird die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, d. h. der dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehende persönliche Anspruch geltend gemacht, so sind die §§ 398—413 maßgebend. Wird dagegen der Anspruch aus der Hypothek, der dingliche Anspruch gegen den Eigentümer erhoben, so kommen die sachenrechtlichen Bestimmungen vor denen des Rechtes der Schuldverhältnisse zur Anwendung. Die hieraus zu ziehenden Folgerungen für den hypothekarischen Anspruch sind hinsichtlich der §§ 406—408 in den §§ 1156, 1158, 1159 ausgesprochen. Die Einreden, die der Eigentümer aus seinem Verhältnisse zum bisherigen Gläubiger gegen den neuen Gläubiger geltend machen kann, werden im § 1156 bezüglich des Hypothekenkapitals, im § 1158 bezüglich der laufenden Zinsen, im § 1159 bezüglich der Rückstände von Zinsen und der Kosten behandelt. Diese Bestimmungen kommen auf Hypotheken mit oder ohne Brief, sowie auf Grundschulden und Rentenschulden zur Anwendung; dagegen ist der § 1156 von der Anwendung auf Sicherungshypotheken ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2; vgl. Anm. II 4 dazu), ebenso von der Anwendung auf Hypothekenvormerkungen (vgl. Anm. VII zu § 1154).

1. Die §§ 406—408 bestimmen:

§ 406. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte, oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

§ 407. Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

§ 408. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.

Hiernach wird der Schuldner durch die bezeichneten *nach* der Übertragung eingetretenen Vorgänge, obschon diese an sich nur sein Verhältnis zum bisherigen Gläubiger betreffen, von der Schuld befreit, wenn ihm die Übertragung dabei nicht bekannt gewesen ist. Die in solcher Weise erfolgende Aufhebung der Forderung, die dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann, wenn er sein persönliches Recht geltend macht, kann ihm nicht entgegengesetzt werden, wenn er sein dingliches Recht verfolgt. Die Anwendung der §§ 406—408 auf die Übertragung einer durch Hypothek gesicherten Forderung ist also nicht überhaupt versagt, sondern nur gegenüber dem *dinglichen* Anspruche des neuen Gläubigers ausgeschlossen. Es wäre ein durch die Rücksicht auf den Realkredit nicht gerechtfertigter Bruch in das Obligationenrecht, wenn die Beschränkungen, denen die Verteidigung des Schuldners gegen den dinglichen Anspruch durch § 1156 unterworfen wird, auf den Fall der Verfolgung des persönlichen Anspruchs erstreckt würden. Befriedigt der gutgläubige Schuldner nach der Abtretung den bisherigen Gläubiger, so erlischt zwar die persönliche Schuld, aber die Hypothek geht nicht nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 auf den Eigentümer über, sondern die Hypothek steht mit der Forderung dem neuen Gläubiger zu (Biermann SR. Nr. 2, Planck Nr 2 zu § 1156; a. M. Fuchs S. 501 Nr. 4, der die Hypothek als Grundschuld auf den neuen Gläubiger übergehen lassen will).

2. Der Gläubiger, der den dinglichen Anspruch geltend macht, ist gegen die rechtlichen Folgen von Tatsachen, die *vor* der Übertragung der Forderung sich ereignet haben, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891, 892, 1138 sichergestellt. Es würde mit dem Grundbuchsysteme des BGB. nicht vereinbar sein, sollten die gegen den bisherigen Gläubiger begründeten, sich aus den §§ 406, 407 ergebenden Einreden zugelassen sein, wenn sie erst *nach* der durch Rechtsgeschäft oder Gesetz vermittelten Übertragung § 412) zur Entstehung gelangt wären. Das Öffentlichkeitsprinzip betätigt sich nicht allein in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, indem es dem Erwerber eines Rechtes am Grundstücke die Rechtsgültigkeit des Erwerbes gewährleistet, sondern auch darin, daß es ihm das erworbene Recht erhält. Wer in Beziehung auf ein eingetragenes Recht ein Rechtsgeschäft vornimmt, muß das Buch (bezw. auch den Brief) vorher einsehen, und wenn er es unterläßt, sich so behandeln lassen, als habe er deren Inhalt gekannt. Das BGB. spricht zwar den Grundsatz des bisherigen Rechtes, daß niemand sich mit der Unkenntnis dessen, was im Buche steht, entschuldigen könne (PALR. I 4 § 19), in dieser Allgemeinheit nicht aus. Aber dies Schweigen hat nicht die Bedeutung, als solle der Grundsatz überhaupt nicht gelten, sondern nur die, daß es genügt, die Konsequenzen des Grundsatzes für die einzelnen Fälle zu ziehen, in denen er zutrifft. Ein solcher Fall ist aber hier gegeben. Die Rücksicht auf die dem Hypothekenverkehr unentbehrliche Rechtssicherheit nötigt dazu, von dem Satze, daß *nur* der eingetragene Gläubiger über die Hypothek zu verfügen berechtigt ist, zugunsten des Schuldners keine Ausnahme zu machen. Daher muß in Ansehung der Hypothek für die Fälle, in denen die Wirksamkeit der Übertragung gegen den Schuldner davon abhängt, daß dieser die Übertragung kennt, unterstellt werden, er habe das Grundbuch eingesehen. Hieraus ergibt sich dann, daß die §§ 406, 407 nicht anwendbar sind, wenn der Gläubiger *nur* sein dingliches Recht ausübt.

Digitized by Google

Der Fall des § 408 hat für das Hypothekenrecht keine Bedeutung. Hat sich die Übertragung bei der Buchhypothek durch Eintragung in das Grundbuch und bei der Briefhypothek durch die Übergabe des Briefes vollendet (§ 1154, § 873), so kann von einer zweiten Übertragung überhaupt nicht die Rede sein. Ist freilich die Forderung kraft Gesetzes auf einen anderen übergegangen und hiernächst, bevor der Übergang eingetragen oder auf dem Briefe vermerkt worden, einem Dritten abgetreten oder an Zahlungs Statt überwiesen, so muß der Schuldner, der sich mit dem zur Eintragung gelangten Dritten einläßt, auch gegen den wahren Gläubiger geschützt werden. Allein in diesem übrigens nur seltenen Falle gewährt das Sachenrecht durch die Vorschriften der §§ 892, 893, 1138, 1155 den gleichen Schutz, wie das Recht der Schuldverhältnisse durch die Vorschriften des § 408. Hatte der Eigentümer, als er sich mit dem eingetragenen Dritten einließ, von dem außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Übergange der Hypothekenforderung kraft Gesetzes, also von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, Kenntnis, so ist er dem dinglichen Anspruche dessen, auf den die Forderung kraft Gesetzes übergegangen, ausgesetzt. Eine Anwendung der Vorschriften des § 408 gegenüber dem Anspruch aus der Hypothek ist daher kein Bedürfnis. Im Falle mehrfacher Übertragung des Gläubigerrechts steht der Brief nur unter den Voraussetzungen des § 1155 der Grundbucheintragung gleich.

(Nach den Mot. III S. 711.)

Bei der 2. Lesung wurde die Beibehaltung des dem § 1156 BGB. entsprechenden § 1089 Entw. I, dessen Streichung beantragt war, beschlossen, indem man sich von folgenden Erwägungen leiten ließ. „Mit der Streichung des § 1089 entziehe man der Buchhypothek die Möglichkeit, als Verkehrshypothek zu dienen. Müsse der Zessionar mit der Möglichkeit rechnen, daß auch noch nach erfolgter Eintragung der Zession wirksame Rechtsgeschäfte über die Forderung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger geschlossen werden könnten, so werde er mit Sicherheit niemals zahlen können, bevor die Anzeige an den Schuldner erfolgt sei, und selbst dann könne er nicht wissen, ob derartige Geschäfte nicht doch in der Zwischenzeit geschlossen seien. Anderseits werde sich regelmäßig der abtretende Gläubiger nicht bereit finden lassen, die Eintragung zu bewilligen, wenn nicht gleichzeitig oder sofort darauf die Valuta ausgezahlt werde. Wenn man die Beteiligten darauf verweise, beim Abtretungsakte den Schuldner zuzuziehen und ihm auf diese Weise von der Übertragung Kenntnis zu geben, so sei das allerdings juristisch einfach, aber tatsächlich oft mit Schwierigkeiten verknüpft und jedenfalls im großen Verkehr undurchführbar. Der formalistische Grund, daß die Abtretung der persönlichen Forderung und der Hypothek gleich behandelt werden müßten, sei nicht durchschlagend. Die Abtretung von Buchhypotheken vollziehe sich eben in der besonderen Form eines Eintrags im Grundbuche, welche der Übergabe der Urkunde bei der Briefhypothek entspreche. Die Beteiligten erachteten mit Recht die Eintragung für das Wesentliche und müßten annehmen können, daß mit der Eintragung alles in Ordnung sei und die Auszahlung erfolgen könne. Die Unterscheidung, daß der Zessionar zwar eine Zahlung vor erfolgter Abtretung nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, wenn er im Augenblicke des Erwerbs nichts davon gewußt habe, daß er jedoch eine Zahlung, die nach der Eintragung, aber vor Eingang der Anzeige gemacht sei, anerkennen müsse, werde dem Leben völlig unverständlich sein. Allerdings liege eine gewisse Unbequemlichkeit für den Schuldner darin, daß er, um mit Sicherheit Zahlung leisten zu können, regelmäßig zur Zeit der Zahlung das Grundbuch einsehen müsse. Indessen sei dies ein Übelstand, der sich sowohl aus § 1089 (BGB. § 1156) als aus dem Charakter der Buchhypothek ergebe. Habe man sich einmal entschlossen, die Buchhypothek im BGB. beizubehalten, so werde diese auch so zu gestalten sein, daß sie nicht bloß als Sicherungshypothek diene, sondern auch für den Verkehr passe." (Prot. III S. 589 II.)

3. Der § 1156 enthält gegenüber dem bisherigen preuß. Rechte eine tief eingreifende Neuerung. Der § 38 Abs. 2 EigG. bestimmte nur, unter welchen Bedingungen Einreden, die gegen eine Hypothekenforderung bereits bestehen, durch Erwerb von Rechten auf die

Forderung seitens eines Dritten verloren gehen. Das RGer. hat allerdings einmal angenommen, der § 38 Abs. 2 müsse auch gelten, wenn in dem Zeitraume zwischen Zession und Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Zessionars die Forderung bezahlt sei (Gruch. 31 S. 1160). An einer gesetzlichen Vorschrift für diesen Fall fehlte es jedoch. Die Zulässigkeit der erst nach der Zession für den Eigentümer entstehenden Einreden war lediglich nach den allgemeinen, für nicht eingetragene Forderungen gegebenen Vorschriften (vgl. ALR. I 11 § 407, 413) zu beurteilen (Gerbaulet in Gruch. 30 S. 808; Dernburg HypR. S. 248). Bei mehrfachen Zessionen seitens desselben Gläubigers war, wenn nicht guter Glaube und Besitz des Hypothekenbriefs einem der Zessionare ein Übergewicht verlieh, der frühere Zeitpunkt der Zession maßgebend. (Turnau I S. 758 Anm. 12, S. 437.)

Nach § 1156 wird der dingliche Anspruch dessen, der eine Buchhypothek unter Eintragung der Übertragung durch Abtretung, Überweisung oder kraft Gesetzes, oder der eine Briefhypothek unter Übergabe des Hypothekenbriefs erworben hat, durch spätere Leistungen an den bisherigen Gläubiger oder durch den Abschluß von Rechtsgeschäften mit diesem nicht berührt (§ 407), auch wenn der Eigentümer bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts keine Kenntnis von der Übertragung hatte. Der Eigentümer ist ferner unter keinen Umständen berechtigt, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber aufzurechnen (§ 406). Endlich kann der Eigentümer, wenn die abgetretene Hypothek vom bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten wird, Leistungen an diesen Dritten oder ein mit diesem vorgenommenes Rechtsgeschäft gegen den früheren Erwerber der Hypothek nicht geltend machen, auch wenn er von der früheren Abtretung keine Kenntnis hatte (§ 408). Der Kürze halber ist hier der Rechtsstreit gegen den früheren Gläubiger (§ 407 Abs. 2, § 408) nicht besonders erwähnt. Der Erwerber der Hypothek wird durch § 1156 in den angegebenen Richtungen aber nur wegen des eingetragenen Kapitals gesichert. Mit den Zinsen und Kosten verhält es sich nach §§ 1158, 1159 anders.

Auch bei der Belastung der Hypothek mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte finden die §§ 406—408 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger keine Anwendung (§§ 1070, 1275; Biermann Nr. 1 u. Kober Nr. 1 c zu § 1156).

4. Der Satz 2 des § 1156 betrifft nur den Fall, in welchem der Eigentümer dem bisherigen Gläubiger die Forderung gekündigt hat, nachdem diese bereits auf einen neuen Gläubiger übergegangen war. Solche Kündigung braucht der neue Gläubiger nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Hier hat der Eigentümer nur die erfolgte Kündigung zu beweisen, während dem Gläubiger der Beweis obliegt, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Für die Buchhypothek hat der Satz 2 des § 1156, abgesehen von den Fällen des Übergangs kraft Gesetzes, keine Bedeutung, da ihre Übertragung stets der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Kündigt der bisherige Gläubiger nach der Abtretung dem Eigentümer, so hat dies gegenüber dem neuen Gläubiger keine Wirkung. Die an den derzeitigen Gläubiger stattgehabte Kündigung wirkt auch gegen seinen Rechtsnachfolger in der Hypothek fort, ohne daß die Kündigung im Grundbuch eingetragen zu sein braucht (§ 1141; vgl. S. 854 Nr. 5). Die Kündigung an den Eigentümer muß ebenfalls vom derzeitigen Gläubiger ausgehen. Der neue Gläubiger muß aber die von seinem Vormanne nach der Abtretung erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen, wenn der Eigentümer beim Empfange der Kündigung in gutem Glauben war (§ 893; Fuchs S. 502 Nr. 6).

§ 1157.

Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht,

kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede.

1. Nach den Grundsätzen des Liegenschaftsrechts ist bei der Kollision zwischen einem persönlichen und dinglichen Rechte das letzte stets das stärkere, und zwar derart, daß der Erwerber eines Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte auch dann als Sieger hervorgeht, wenn er bei seinem Erwerbe das entgegenstehende obligatorische Recht gekannt hat. Der obligatorische Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechtes kann gegen die Vereitelung durch Bestellung eines entgegenstehenden dinglichen Rechtes nur durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Danach ist die Kenntnis des Erwerbers eines dinglichen Rechtes von nicht durch Vormerkung gesicherten Einwendungen, die diesem Rechte auf Grund persönlicher Beziehungen des bisherigen Berechtigten zum Eigentümer des Grundstücks entgegenstanden, grundsätzlich unerheblich, d. h. weder der Erwerbung hinderlich, noch an sich geeignet, sie zu einer unredlichen zu machen. „Eine andere Beurteilung des Verhältnisses tritt nur dann ein, wenn die Verfügung über das dingliche Recht den Zweck gehabt hat, den einwendungsberechtigten Eigentümer um die Ansprüche gegen den bisher Berechtigten zu bringen, und die Handlungsweise des Erwerbers wegen wissentlicher Beteiligung an einer betrügerischen Handlung des Rechtsvorgängers oder doch wegen des in ihr enthaltenen Verstoßes gegen die guten Sitten als Delikt gegenüber dem Eigentümer erscheint" (Mot. III S. 704). Auf diesem theoretisch allein haltbaren Standpunkte stand der Entw. I (§ 1084), während das PEigG. (§ 38) den Grundsatz bei der Hypothek und Grundschuld durchbrach, indem es die dem Eigentümer aus eigenem Rechte zustehenden Einreden auch dem damit bekannten dritten Erwerber der Hypothek gegenüber wirken ließ. Bei der 2. Lesung wurde durch Stichentscheid des Vorsitzenden ein dem preuß. Rechte entsprechender Antrag angenommen, der im § 1157 BGB. zum Gesetz erhoben ist. Man nahm dabei an, die Hypothekenforderung sei nicht rein dinglichen Charakters, da auf sie die Grundsätze über die Pfändung von Forderungen (ZPO. § 830), über das Mahnverfahren (ZPO. § 688 Abs. 1 Satz 2) und über den Urkundenprozeß (ZPO. § 592 Satz 2) Anwendung fänden. Entscheidend waren aber praktische Gesichtspunkte. (Prot. III S. 583.) Mit der Unterscheidung zwischen rein dinglichen und nicht rein dinglichen Rechten (Reatobligation) ist, wenigstens wenn es sich um die bloß dingliche Klage handelt, nicht viel anzufangen und so muß angenommen werden, daß es sich im § 1157 um eine positive Durchbrechung des an die Spitze dieser Anm. gestellten Prinzips handelt.

2. Der § 1157 verhält sich (abweichend vom PEigG. § 38) nur über Einreden gegen die Hypothek, nicht über Einreden gegen die Forderung; er handelt aber auch nicht von dinglichen Rechtsänderungen, da diese direkt von den §§ 892, 894—899, 1140 BGB. getroffen werden, wie z. B. die Bezahlung der Hypothek an den Vormann des klagenden Gläubigers, die kraft Gesetzes den (dingtichen) Übergang der Hypothek auf den Eigentümer zur Folge hat und daher nach § 892 Abs. I Satz 1 dem bösgläubigen Nachfolger mit Erfolg entgegengehalten werden kann. Der § 1157 bezieht sich ferner nicht auf die Gesamtnachfolge, bei welcher der Nachfolger ohnehin allen Einreden aus der Person seines Vorfahren ausgesetzt ist. Er bezieht sich endlich nicht auf Einreden, die in der Person des persönlichen Schuldners oder eines Eigentumsvorgängers begründet sind. Er handelt vielmehr nur von eigenen Einreden, die dem mit der dinglichen Klage belangten Eigentümer auf Grund eines mit dem bisherigen Gläubiger geschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäfts erwachsen sind. Mit diesen Einreden wird dem Sondernachfolger gegenüber geltend gemacht, daß der bisherige Gläubiger sich dem Eigentümer zu einer dinglichen Rechtsänderung obligatorisch verpflichtet habe. Beispiele solcher Einreden sind S. 838 Lit c aufgeführt. Alle wurzeln in einem Rechtsverhältnisse, das im PALR. als Recht zur Sache bezeichnet und dem dinglichen Rechte angenähert war. Dem BGB. ist der Begriff des Rechtes zur Sache fremd; Verpflichtungen auf Bewirkung einer dinglichen Rechtsänderung sind rein obligatorischen Charakters.

Dennoch begründen sie nach der positiven Bestimmung des § 1157 eine dinglich wirkende Einrede gegen den damit bekannten Erwerber der Hypothek, auch wenn sie nicht im Grundbuche vorgemerkt sind. Es wird eine dingliche Rechtsänderung vom Gesetze fingiert und in notwendiger Folge davon werden nicht die Bestimmungen über die Vormerkung, sondern die über den Widerspruch für anwendbar erklärt. Es erscheint unzulässig, (mit Fuchs S. 503 Anm. 1 bb) im Wege der Auslegung im § 1157 an die Stelle des Wortes „Widerspruch" (§ 899) das Wort „Vormerkung" (§ 883) zu setzen. Nur durch Eintragung des Widerspruchs kann verhindert werden, daß die Einrede durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten ausgeschlossen wird. Es kann auch nicht davon die Rede sein, daß dem Eigentümer die Wahl zwischen der Eintragung einer Vormerkung auf Grund des obligatorischen Vertrags und eines Widerspruchs auf Grund der Einrede zustehe (Biermann WB. S. 88, SR. Nr. 1 zu § 1157). Es handelt sich im Falle des § 1157 um fingierte Unrichtigkeit des Grundbuchs und ist daher nur Eintragung eines Widerspruchs zulässig. Es ist endlich auch nicht richtig, zu unterscheiden, ob zur Zeit des Eintragungsantrags die Hypothek noch dem ursprünglichen Gläubiger oder einem bösgläubigen Sondernachfolger zusteht, und im ersten Falle eine Vormerkung, im letzten einen Widerspruch einzutragen (Fuchs S. 505 Anm. 4 b), vielmehr ist die dinglich wirkende Einrede bereits dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber entstanden und hat die fingierte Unrichtigkeit des Grundbuchs erzeugt. Es ist also in beiden Fällen nur Eintragung eines Widerspruchs zulässig; daneben selbstverständlich die Eintragung auf Grund des § 894, der auch gegenüber dem bösgläubigen Erwerber Anwendung findet. (Wie hier Planck Nr. 3 zu § 1157.)

3. Das RG. hat den § 1157 in Verbindung mit § 892 auch auf das Verhältnis der aufeinander folgenden Hypothekengläubiger angewendet in einem Falle, wo vom ursprünglichen Gläubiger die Hypothek zur Sicherung einer Forderung des Zessionars diesem abgetreten, die gesicherte Forderung demnächst vom ursprünglichen Gläubiger dem Zessionar bezahlt und dann von letzterem die Hypothek einem Dritten abgetreten war, der vom Sachverhalte Kenntnis hatte. Diese Kenntnis wurde für erheblich erachtet, weil der Zessionar nach seiner Befriedigung ohne Zustimmung des Zedenten über die abgetretene Hypothek nicht mehr verfügen durfte, sie vielmehr dem Zedenten zurückübertragen mußte (JW. 1901 S. 181).

4. Von der Bestimmung des § 1157 werden nur solche Beschränkungen betroffen, denen der Gläubiger sich dem Eigentümer gegenüber, nicht auch solche, denen er sich gegenüber andern Personen (z. B. einem Nachhypothekar) unterworfen hat. Letztere fallen unter die allgemeine Vorschrift des § 892 Abs. 1 Satz 2.

5. Selbstverständlich kommt auch im Falle des § 1157 die Bestimmung des § 1156 Abs. 1, wodurch die Einreden des Eigentümers beschränkt werden, zur Anwendung (Fuchs S. 504 Nr. 3); dagegen ist es gleichgültig, ob der neue Erwerber der Briefhypothek gemäß § 1155 oder bloß durch privatschriftliche Zession legitimiert ist.

6. Zur Kundmachung der Einrede an neue Gläubiger genügt ein vom Eigentümer auf den Hypothekenbrief gesetzter privatschriftlicher Vermerk (Anm. 5 S. 850).

7. Der § 1157 gilt auch für die Sicherungshypothek. Für die Grundschuld (§ 1192) ist er von besonderer Bedeutung, da diese von einer Forderung überhaupt nicht abhängig ist (Denkschr. S. 221). In den Fällen der §§ 1158, 1159 gilt § 892 nicht für die Einreden aus § 1157.

§ 1158.

Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger

die Vorschriften der §§ 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen.

1. Solange der Eigentümer von der Übertragung, sei es der Hypothekenforderung mit Zinsen oder der hypothekarischen Zinsforderung allein, keine Kenntnis erhalten hat, kann er dem bisherigen Gläubiger auch nach der Übertragung die fälligen Zinsen mit derselben Wirkung zahlen, wie wenn die Übertragung nicht erfolgt wäre. Auch Vorauszahlungen kann er wirksam vornehmen, weil er darauf vertraut, daß der bisherige Gläubiger noch empfangsberechtigt sein werde. In der Vorauszahlung ist ihm aber eine Schranke gesetzt; denn sobald er (gleichgültig wie) Kenntnis von der Übertragung erhält, genießt er nur bezüglich der für das laufende und der für das folgende Kalendervierteljahr geschuldeten Zinsen (Biermann zu § 1158, Braunschw. Rsp. 4 S. 73; a. M. Fuchs Nr. 5, Neumann Nr. I zu § 1158) den Vorzug, daß sein Rechtsverhältnis gegenüber dem neuen Gläubiger sich nach den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse in den §§ 406 bis 408 bestimmt und daß der neue Gläubiger sich gegenüber den Einwendungen, die dem Eigentümer nach dem § 404 (die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen), dem § 406 (Aufrechnung mit einer dem Eigentümer gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung), dem § 407 (nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistungen und mit ihm vorgenommene Rechtsgeschäfte und Geltung des in einem nach der Abtretung zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ergangenen Urteils gegen den neuen Gläubiger), dem § 408 (Leistungen an einen Dritten oder Rechtsgeschäfte des Eigentümers mit einem Dritten, dem die bereits abgetretene Forderung nochmals unwirksam abgetreten oder überwiesen oder kraft Gesetzes erworben ist), dem § 1157 (Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek, nicht gegen das Schuldverhältnis, gegenüber dem bisherigen Gläubiger) — zustehen, nicht darauf berufen kann, daß ihm beim Erwerbe der Forderung diese Einwendungen nicht bekannt gewesen sind und auch aus dem Grundbuche nicht ersichtlich waren (§ 892). Vorauszahlungen von Zinsen, die der Eigentümer in Unkenntnis von der erfolgten Übertragung der Forderung leistet, sind auch dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam. Sobald der Eigentümer aber von der Übertragung der Forderung in irgend einer Weise Kenntnis erlangt hat (vgl. § 409), darf er an den bisherigen Gläubiger weitere Zahlungen von Zinsen nicht leisten und sich mit ihm in Verhandlungen über fällig werdende Zinsen (Erlaß, Vergleich ꝛc.) nicht mehr einlassen, wenn es sich auch um Zinsen handelt, die in dem auf die Kenntnis folgenden Kalendervierteljahre fällig werden. Die schuldhafte Nichtkenntnis steht der Kenntnis nicht gleich. Aus solchen Zahlungen und Verhandlungen entstehende Einreden stehen dem neuen Gläubiger nicht entgegen (§ 407). Ebensowenig kann der Eigentümer dem neuen Gläubiger gegenüber Vorauszahlungen und Vereinbarungen, welche später als für die beiden betreffenden Kalendervierteljahre geschuldete Zinsen betreffen, geltend machen. Mit Sicherheit kann der Eigentümer hiernach mit seinem Gläubiger Vereinbarungen über Zinsen nur für das nächste halbe Jahr treffen; denn überträgt der Gläubiger seine Forderung im laufenden Vierteljahr und erhält der Eigentümer davon sofort Kenntnis, so ist er durch § 1158 nur für dieses und das folgende Vierteljahr geschützt. (Vgl. auch Prot. VI S. 253 V.) Will der Eigentümer Vorauszahlung von Zinsen für einen größeren Zeitraum leisten oder Verabredungen mit dem Gläubiger treffen, die ihre Wirkungen über zwei Vierteljahre hinaus erstrecken, so kann er sich für den Fall der Abtretung gegenüber dem neuen Gläubiger nur dadurch sichern, daß er die sich für ihn daraus ergebenden Einwendungen als solche oder als Verfügungsbeschränkungen des Gläubigers in das Grundbuch eintragen läßt (§§ 1138, 1157, 892) oder auf dem Hypothekenbriefe vermerkt. Der § 1158 bezieht sich sowohl auf die dingliche wie auf die persönliche Zinsklage.

2. Die Beweislast stellt sich so: der die Zinsen für die Zeit vom 1. Januar bis

1. Juli einklagende neue Gläubiger hat nachzuweisen, daß ihm die Zinsen für diese Zeit übertragen sind; rechnet der beklagte Eigentümer eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger entstandene Forderung auf, so braucht er nur das Entstehen der Forderung zu beweisen; dagegen kann der klagende Gläubiger mit der von ihm zu beweisenden Replik geltend machen, daß der Eigentümer schon beim Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis gehabt habe oder daß die aufgerechnete Forderung später als die abgetretenen Zinsen fällig geworden sei (§ 406; Planck Nr. 3 c, Biermann, Kober Nr. 1 a, Fuchs Nr. 6 d zu § 1158).

3. Der § 1158 enthält hinsichtlich der darin bezeichneten Zinsen für Preußen neues Recht. Das RG. (E. 4 S. 334, JMBl. 1882 S. 37) hatte nämlich das Verlangen des Eigentümers, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegen den Anspruch auf erst nach der Übertragung fällig gewordene Hypothekenzinsen zur Aufrechnung zu bringen, für unberechtigt erklärt, indem es dem klagenden Zessionar hiergegen den Schutz zugestand, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem Erwerber eines eingetragenen Rechtes zuteil werden läßt. Die Ansicht des RG. blieb jedoch nicht unwidersprochen (Oppenheim und Gerbaulet in Gruch. 26 S. 636, Bd 30 S. 795). Dagegen wurde angeführt, daß, wenn der Gläubiger in der angedeuteten Weise begünstigt werde, der Schuldner bezw. der Eigentümer, um sicher zu gehen, vor jeder Zinszahlung erst das Grundbuch einsehen, hieraus aber eine für den Verkehr unerträgliche Belästigung der Beteiligten sich ergeben müsse. Das BGB. hat sich der Gegenmeinung angeschlossen, weil der neue Gläubiger gegen die mögliche Gefährdung sich durch rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners zu schützen vermöge, die Gefahr auch nicht so nahe liege, daß es sich rechtfertige, um ihr vorzubeugen, dem Hypothekenverkehre die Fessel anzulegen, von der die Vorschrift des § 1158 ihn freihalten will (Mot. III S. 714).

4. Im § 1158 wird nicht unterschieden, ob Zinsen oder andere Nebenleistungen ohne die Hauptforderung oder mit dieser abgetreten sind. Der Antrag, die bloße Zinszession unter besondere Vorschrift zu stellen und dafür eine erleichterte Form zu schaffen, ist abgelehnt (Prot. IV S. 604 XXVI). Die Zession von Zinsen für bestimmte Zeiträume nach der Zession bedarf daher nach § 1154 bei Briefhypotheken neben der schriftlichen Abtretungserklärung der Bildung und Übergabe eines Teilhypothekenbriefs an den Zessionar, bei Buchhypotheken der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch.

5. Über die Zulässigkeit der Bildung eines Teilhypothekenbriefs über abgetretene oder bei der Abtretung des Kapitals vorbehaltene künftige Zinsen vgl. Bd II Anm. 3 zu § 61 GBO.

§ 1159.

Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Das gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet.

Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung.

1. Der § 1159 hat im § 39 PEigG. ein Vorbild nur in einer Richtung: in der unbedingten Zulässigkeit der Einrede der Tilgung gegen die dingliche Klage auf Rückstände von Zinsen und anderen Jahresleistungen.

2. Bei verzinslichen Forderungen muß zwischen dem Rechte auf Verzinsung des Kapitals im allgemeinen und dem Rechte auf rückständige Zinsen unterschieden werden. Das erstere steht zur Hauptforderung im Verhältnis eines Nebenrechts, das ganz ihr rechtliches Schicksal teilt und folglich, wenn die Forderung übertragen wird, auf den neuen

Gläubiger ohne weiteres übergeht. Anders verhält es sich mit den zur Zeit der Übertragung rückständigen, also vor der Übertragung fällig gewordenen, Zinsen. Das Recht auf die einzelne Zinsrate löst sich mit ihrer Fälligkeit vom Rechte auf das Kapital, so daß es für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bildet und besonders übertragen werden muß, wenn es mit der Hauptforderung auf den neuen Gläubiger übergehen soll. (Vgl. Mot. III S. 713 Nr. 1.)

Aus diesem Gesichtspunkt ist die Frage, wie die Übertragung zu bewirken sei, verschieden geregelt, je nachdem das Zinsrecht, dem im Gegensatze zu den Zinsrückständen auch die bei der Übertragung laufenden und die künftigen Zinsen unterfallen, oder die Rückstände von Zinsen Gegenstand der Übertragung sind. Während für die Übertragung der laufenden und künftigen Zinsen im § 1158 keine von den für die Übertragung der Hauptforderung maßgebenden Bestimmungen des § 1154 abweichende Vorschrift gegeben ist (vgl. Anm. 4 zu § 1158), bestimmt sich die Übertragung der Zinsrückstände, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt, nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse (§ 1159). Demnach genügt für die Abtretung von Zinsrückständen ein formloser Vertrag (§ 398); zur Wirksamkeit der Abtretung ist, wenn Zinsen einer Buchhypothek in Frage stehen, nicht die Eintragung in das Grundbuch und, wenn es sich um Zinsen einer Briefhypothek handelt, nicht eine schriftliche Abtretungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich (vgl. Prot. IV S. 604 XXVI). Hiermit in Übereinstimmung entbindet der § 1160 Abs. 3 den Gläubiger auch von der Vorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden des § 1155, wenn er die Klage auf Rückstände von Zinsen einer Briefhypothek erhebt oder den Eigentümer mahnt. Ebenso erfolgt die Pfändung und Überweisung der Ansprüche auf Zinsrückstände im Wege der Zwangsvollstreckung nach den allgemeinen, nicht nach den für die Pfändung und Überweisung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, gegebenen besonderen Vorschriften (ZPO. § 830 Abs. 3, § 837 Abs. 2). Es ist im Auge zu behalten, daß nur wirkliche Zinsrückstände unter den erleichternden Vorschriften stehen, also nicht Zinsen, die bei der Übertragung noch liefen und erst nach der Abtretung fällig geworden sind (anscheinend a. M. Boehm S. 232 Nr. III). Der bloße Eintritt der Fälligkeit heilt nicht die Mängel der Form.

3. Der vom Bundesrate dem Reichstage vorgelegte Entwurf enthielt im § 1142 (jetzt 1159) die ausdrückliche Bestimmung, daß das gleiche (§ 1159 Abs. 1 Satz 1) auch gelte für die nach § 1129 (jetzt 1146) zu entrichtenden *Verzugszinsen*. Sie ist von der Kommission ohne Angabe eines Grundes gestrichen. Vermutlich, weil die Fassung zu dem Irrtume verleiten könnte, daß die Bestimmung sich auch auf nicht rückständige Verzugszinsen beziehe. Die Anwendung des § 1159 auf *rückständige* Verzugszinsen ist durch die Streichung nicht in Frage gestellt. (Biermann zu § 1159 und Kober Nr. 1 e, Fuchs Nr. 4, Planck Nr. 2 a zu § 1159; dagegen Berg in Gruch. 48 S. 781.)

4. Über die *Kosten*, auf welche die Hypothek sich nach § 1118 erstreckt, wird das Grundbuch so wenig geführt, wie über die Zinsen. Es finden deshalb in Ansehung der Übertragung die für Zinsrückstände getroffenen Bestimmungen auch auf die Kosten Anwendung. Ist für die Kostenforderung in einem bestimmten Betrag eine besondere Hypothek bestellt, so ist der Fall des § 1159 überhaupt nicht gegeben.

5. Der Erwerber einer Hypothekenforderung muß seinem dinglichen Anspruche, soweit er rückständige Zinsen oder andere Nebenleistungen und Kosten der Kündigung und Beitreibung betrifft, alle Einwendungen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404), ferner die sich aus späteren Vorgängen nach § 406—408 ergebenden Einwendungen (vgl. Anm. 1 S. 895 f.) sowie die Einrede der Verjährung (§ 197) gegen sich gelten lassen, ohne sich auf den Schutz des § 892 berufen zu dürfen (vgl. Anm. 1 S. 901).

6. Die Hypothek für Rückstände von Zinsen ꝛc. sowie für die Kosten des § 1118

eignet sich nicht zur Eigentümerhypothek (§ 1178). Ein Teilbrief kann über solche Rückstände und über Kosten nicht erteilt werden. Vgl. auch Anm. 4, 5 S. 902.

7. § 1159 gilt auch für Grund- und Rentenschulden und für die einzelnen Leistungen der Reallast (§ 1107).

§ 1160.

Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen.

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften gelten nicht für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche.

1. Über die Geltendmachung der Hypothek vgl. Nr. 7 S. 689.

2. Im Anschluß an die Anm. 1 S. 755 sei folgendes aus den Prot. der 2. Lesung (III S. 633 IV) mitgeteilt. Nach § 1117 Entw. I sollte der Gläubiger mit Rücksicht auf die Regelung der Übertragung der Briefhypothek seinem Gegner nicht bloß beweisen, daß er, der Kläger, die Hypothek erworben habe, sondern durch Vorlegung des Hypothekenbriefs, eventuell auch der Übertragungsurkunde, den Nachweis führen, daß ihm noch jetzt das Gläubigerrecht zustehe. Die Vorlegung des Briefes sollte demnach eine zur Begründung des Anspruchs des Klägers erforderliche Tatsache, nicht etwa bloß eine in das Urteil aufzunehmende Voraussetzung für die Leistungspflicht des Schuldners sein. Dies wurde als eine große Belästigung und Gefahr für den Gläubiger angesehen. „Er würde jedenfalls im Urkundenprozesse mit seiner Klage abgewiesen werden, wenn er die Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht nachzuweisen vermöge, und es sei selbst zweifelhaft, ob er nach Umleitung des Urkundenprozesses in das ordentliche Verfahren die Vorlegung nachholen könnte. Zum Schutze des Schuldners sei nur erforderlich, die Leistungspflicht von der Vorlegung des Hypothekenbriefs abhängig zu machen und dementsprechend den Urteilstenor zu fassen."

3. Zur Begründung der Klage aus der Buchhypothek und Buchgrundschuld genügt die Behauptung und, wenn diese bestritten wird, der Beweis, daß der Kläger als Gläubiger im Grundbuch eingetragen (§§ 891, 1138) oder daß die Hypothek auf ihn außerhalb des Grundbuchs übertragen ist (vgl. S. 698 ff.).

Die Klage aus der Briefhypothek oder Briefgrundschuld ist durch die Behauptungen zu begründen, daß der Kläger als Gläubiger eingetragen oder Rechtsnachfolger des eingetragenen Gläubigers geworden sei und daß er sich im Besitze des Hypothekenbriefs befinde (§ 1117 Abs. 3). Wird nicht im Urkundenprozesse, sondern im gewöhnlichen Verfahren geklagt, so bedarf es zur Begründung der Klage der Vorlegung weder des Hypothekenbriefs noch der die Rechtsnachfolge beweisenden Urkunden. Der beklagte Eigentümer wird verurteilt, wenn er die Klagebehauptungen nicht bestreitet. Der Beklagte kann jedoch der Geltendmachung der Hypothek widersprechen, wenn der Kläger den Brief und die im § 1155 bezeichneten Urkunden nicht vorlegt. Es genügt, daß der Beklagte die Vorlegung des Briefes verlangt, Gründe für dies Verlangen braucht er nicht anzugeben. Er kann das Verlangen auch dann stellen, wenn er die Aktivlegitimation des Klägers nicht bestreitet. Die Annahme der 2. Kommission, daß der Widerspruch nur dazu führe, die Leistungspflicht des beklagten Schuldners von der Vorlegung des Briefes abhängig zu machen und dementsprechend dem Urteilstenor zu fassen (vgl. Anm. 2), ist mit dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar. Der Schuldner kann jeder Art der Geltendmachung der Hypothek widersprechen, z. B. auch der Kündigung und Mahnung (§ 1160 Abs. 2),

also auch der Klage, nicht bloß dann, wenn er freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung gezwungen zahlt; denn bei der Befriedigung kann der Schuldner als Gegenleistung des Gläubigers nach § 1144 die Aushändigung des Briefes verlangen. Da der Gläubiger auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs gegen sich gelten lassen muß, wenn sie aus einem Vermerk auf dem Hypothekenbriefe hervorgeht, so hat der Schuldner ein Interesse daran, vor seiner Verurteilung den Brief einzusehen, um zu prüfen, ob sich aus dem Briefe nicht Einwendungen und Einreden gegen die erhobene Klage ergeben, und um sich vor der Führung oder Weiterführung eines nutzlosen Prozesses zu bewahren. Diesem Interesse dienen die §§ 1160, 1161, da sie ihren Zweck nur dann erreichen, wenn sie ihrem Wortlaute gemäß dahin aufgefaßt werden, daß die Vorlegung des Briefes *vor der Verurteilung* verlangt werden kann. Legt der Gläubiger ungeachtet des Verlangens des Schuldners im Laufe des Rechtsstreits den Brief nicht vor, so kann der Schuldner der Geltendmachung widersprechen, d. h. es steht ihm eine dilatorische Einrede zu, die zur Abweisung der Klage führt. Die Vorlegung des Briefes ist aber nicht Voraussetzung der Klage, sie hat nur zu erfolgen, wenn der Beklagte sie verlangt. Der Gläubiger braucht daher den Brief nicht während des ganzen Laufes des Prozesses in der Tasche zu tragen, um ihn auf Verlangen des Schuldners sofort vorlegen zu können; es genügt, wenn die Vorlegung zu einer Zeit erfolgt, wo der Beklagte die sich aus dem Briefe etwa ergebenden Einreden im Rechtsstreite noch geltend machen kann. Erklärt der Gläubiger in einer mündlichen Verhandlung, daß er bereit sei, den Brief vorzulegen, daß er ihn aber nicht bei sich habe, so gibt § 1160 dem Richter nicht die Befugnis, sofort auf Abweisung der Klage zu erkennen; vielmehr hat der Richter der Bitte des Klägers, ihm eine Frist zur Vorlegung zu bestimmen, stattzugeben, und erst dann darf er auf Abweisung erkennen, wenn die Annahme begründet ist, daß der Kläger den Brief nicht vorlegen könne oder wolle. Hat z. B. der Prozeßbevollmächtigte des Klägers erklärt, daß er *vorläufig* zur Vorlegung des Briefes außerstande sei, daß er aber an den Kläger geschrieben und von diesem die Mitteilung der bevorstehenden Absendung des Briefes erhalten habe, so liegt darin deutlich die Bitte um Bestimmung einer Frist, und dieser Bitte hat das Gericht unter Anberaumung eines neuen *Verhandlungstermins* stattzugeben. (RG. E. 55 S. 224.) Hat der Kläger den Brief auf Verlangen des Beklagten vorgelegt, dann kann der Beklagte nicht mit der Behauptung gehört werden, daß der Kläger vor Anstellung der Klage die Hypothek unter Aushändigung des Briefes abgetreten habe und zur Zeit der Klagerhebung nicht im Besitze des Briefes gewesen sei (RG. E. 56 S. 414).

Die Mot. III S. 757 heben den selbstverständlichen Satz hervor, daß der beklagte Eigentümer sich dann nicht auf § 1160 Abs. 1 berufen könne, wenn er selbst den Brief ausgehändigt erhalten hat und zur Herausgabe an den Gläubiger verpflichtet ist.

Die im § 1155 bezeichneten Urkunden müssen dem Kläger in beglaubigter Form vorgelegt werden (Planck, Biermann, Kober; a. M. Fuchs S. 513 Nr. 7).

Wo die Vorlegung zu erfolgen hat, ist im § 1160 nicht bestimmt. Am natürlichsten erscheint, da § 811 Abs. 1 BGB. offenbar nicht paßt, die Annahme, daß im Falle des § 1160 Abs. 1 die Vorlegung bei der mündlichen Verhandlung, im Falle des Abs. 2 bei der Kündigung (also an deren Orte) zu geschehen hat (so Hachenburg Vortr. S. 585, Oberneck 1 S. 928, Planck 3 S. 631 e; a. M. Fuchs S. 514 Nr. 8).

Wird der Brief vom Kläger vorgelegt, so kann der Beklagte duplizieren, der Kläger sei, obwohl im Besitze des Briefes, nicht Gläubiger der Hypothek, weil ihm der Brief nicht vom Eigentümer oder mit dessen Zustimmung vom Grundbuchamt übergeben, sondern von letzterem aus Versehen zugestellt, oder weil ihm der Brief vom Eigentümer nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung, sondern nur zur Durchsicht zwecks Information ausgehändigt sei, oder weil er den vom Eigentümer verlorenen Brief gefunden oder sich ihn in anderer Weise eigenmächtig angeeignet habe. Es kann mit solcher Behauptung auch Widerklage auf Herausgabe des Briefes verbunden verbunden werden.

Digitized by Google

4. Über die Fälligkeit und Kündigung der Hypothek ꝛc. vgl. Nr. 7 Abs. 2 S. 698.

5. Die Kündigung und die Mahnung (BGB. § 284) sind einseitige Willenserklärungen, die an keine Form gebunden sind. Sie können also in Anwesenheit des Eigentümers, dem gegenüber sie zu erfolgen haben, mündlich oder durch schlüssige Handlungen erklärt werden. Werden sie in Abwesenheit des Eigentümers vorgenommen, so sind sie erst in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem Eigentümer zugegangen sind oder als ihm zugegangen gelten (BGB. §§ 130—132). Über den Zeitpunkt des Zugehens vgl. RG. E. 50 S. 191, Bd 53 S. 59, Bd 56 S. 262, Bd 60 S. 334. Eine Besonderheit tritt bei der Briefhypothek nach § 1160 Abs. 2 ein: Mahnung und Kündigung sind zwar nicht unwirksam, wenn sie vom Gläubiger ohne Vorlegung des Briefes bezw. der Übertragungsurkunden vorgenommen werden, und der Eigentümer, der an der Rechtsgültigkeit der Erklärung des Gläubigers zu zweifeln keine Veranlassung hatte und deshalb die Mahnung oder Kündigung ohne Widerspruch über sich hat ergehen lassen, kann sie nicht hinterher als rechtsunwirksam rügen und hierdurch dem Gläubiger die Rechtsverfolgung erschweren. Aber der Eigentümer, mag er ein berechtigtes Interesse daran haben oder nicht, kann die ohne Vorlegung der Urkunden erklärte Mahnung oder Kündigung zurückweisen und sie dadurch unwirksam machen. Die Zurückweisung muß jedoch unverzüglich, also sofort oder doch ohne schuldhaftes Zögern (§§ 111, 121), und aus dem erkennbaren Grunde der mangelnden Urkundenvorlegung erfolgen. Diese Voraussetzungen hat der Eigentümer zu beweisen. Ist der Gläubiger im Grundbuch eingetragen, so genügt die Vorlegung des Hypothekenbriefs; ist er nicht eingetragen, so muß er neben dem Briefe auch die Übertragungsurkunden in der durch § 1155 bezeichneten Form vorlegen. Privatschriftliche Abtretungserklärungen (§ 1154) braucht der Eigentümer nicht gelten zu lassen. Die Vorlegung der Urkunden kann durch nichts ersetzt werden. Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen, so kann der Gläubiger nicht früher kündigen, als bis der Brief im Aufgebotsverfahren durch Ausschlußurteil für kraftlos erklärt ist (§ 1162); an der Vorlegung des rechtskräftigen Urteils muß sich der Eigentümer genügen lassen, die Vorlegung eines neuen Briefes (GBO. § 67) kann er nicht verlangen (ZPO. § 1018 Abs. 1). Der Anspruch auf Aushändigung eines neuen Briefes ist erst dann begründet, wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt hat (BGB. § 1144). Insbesondere wird der Gläubiger auch nicht dadurch zur Mahnung und Kündigung legitimiert, daß der bisherige Gläubiger dem Eigentümer die Abtretung schriftlich anzeigt (vgl. BGB. § 410). (Vgl. Mot. III S. 758.)

Die Vorlegung der Legitimationsurkunden (§ 1155) kann kaum Schwierigkeiten machen, da beglaubigte Abschriften genügen, auch die Bezugnahme auf eine früher bereits erfolgte Vorlegung ausreichen wird. Zweifel werden jedoch entstehen bezüglich der Vorlegung des Hypothekenbriefs, da der Gläubiger diesen im Original vorlegen muß, um nachzuweisen, daß ihm die Hypothek gegenwärtig zusteht und da der Gläubiger den Originalbrief nicht aus der Hand geben wird. Diese Frage hat Habicht (JW. 1901 S. 770) ausführlich erortert. Die Ergebnisse, zu denen er gelangt, mögen kurz mitgeteilt werden. Die Verweisung auf eine frühere Vorlegung genügt nicht. Der Brief selbst muß bei der Kündigung oder Mahnung vorgelegt werden. Auf das Versprechen, den Brief später oder in einer bestimmten Frist vorzulegen, braucht der Eigentümer nicht einzugehen, obwohl ihm dies nicht zu versagen ist. Die Vorlegung kann nicht nur in der Wohnung oder dem Geschäftslokale des Eigentümers, sondern auch an einem anderen geeigneten Orte erfolgen. Sie kann sowohl vom Gläubiger persönlich als von seinem durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde legitimierten Bevollmächtigten vorgenommen oder mit einer schriftlichen Kündigung ꝛc. verbunden werden. In einer Verweisung auf den Ort, wo sich der Brief befindet, ist eine Vorlegung nicht enthalten. Die Vorlegung muß an den Eigentümer selbst, seinen gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten bewirkt werden. Sie muß so geschehen, daß der Eigentümer den Brief einsehen und sich dadurch von der Gläubigereigenschaft des Kündigenden überzeugen kann. Lehnt der Eigentümer die Einsichtnahme ab, so hat der Gläubiger dem Gesetze genügt, falls er wirklich zur Vorlegung bereit und imstande war. Durch die Zusendung des Originalbriefs kann sich der Gläubiger seiner Pflicht entledigen, nicht aber durch die Zusendung einer beglaubigten Abschrift des Briefes, da hierdurch der Besitz des Originalbriefs nicht nachgewiesen wird. Hat der Gläubiger den Eigentümer

nicht angetroffen und also die Vorlegung nicht ausführen können, so muß es genügen, daß er dem Eigentümer davon Mitteilung macht und zugleich anzeigt, wo der Brief zu seiner Einsicht bereit liegt. Mit dem Versuche der Vorlegung hat der Gläubiger seine Pflicht erfüllt, er braucht dem Eigentümer nicht mit dem Briefe nachzulaufen, sondern darf ihm nun überlassen, die zur Einsichtnahme nötigen Schritte zu tun. Wohnt der Eigentümer an einem anderen Orte als der Gläubiger, so bleibt diesem, da die Post Vorlegung von Urkunden nicht vornimmt, in Preußen nur übrig, einen Gerichtsvollzieher am Wohnorte des Eigentümers in analoger Anwendung des Art. 130 Nr. IX 4 PGFG. oder, was allerdings kostspieliger ist, das Amtsgericht oder einen Notar am Wohnorte des Eigentümers unter Anwendung des Art. 31 a. a. O. mit der Beurkundung der Vorlegung zu beauftragen. Sollten diese Wege nicht gangbar erscheinen, dann steht man zurzeit vor einem unlöslichen Rätsel, da andere Bestimmungen, die sich auf die Vorlegung von Urkunden beziehen ließen, nicht vorhanden sind.

In Preußen hat der JustMin. durch Ergänzung der GeschAnw. für die Gerichtsvollz. v. 1. Dezember 1899 (JMBl. S. 629) das Verfahren für die Zustellung von Willenserklärungen, bei denen eine Urkunde vorzulegen ist, geregelt, indem er im § 18 Abs. 4 unter Lit. f den Zusatz gemacht: „f Zustellungen von Willenserklärungen, bei denen eine Urkunde vorzulegen ist (§ 40 Abs. 2)" und im § 40 als Abs. 2 hinzugefügt hat: „In den Fällen, in denen bei der Zustellung einer schriftlichen Willenserklärung (Abs. 1) dem Empfänger eine Urkunde vorzulegen ist (z. B. in den Fällen der §§ 111, 174, 410, 1160, 1831 BGB.) hat der Gerichtsvollzieher auf Verlangen des Auftraggebers auch die Vorlegung zu bewirken. Die Zustellung durch die Post ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Die Vorlegung hat, wenn der Empfänger nicht angetroffen wird, an diejenige Person zu erfolgen, an welche gemäß §§ 27 und 31 d. Anw. die Zustellung bewirkt wird. In der Zustellungsurkunde ist zu bezeugen, an welche Person die Vorlegung bewirkt ist oder aus welchen Gründen sie unterblieben ist; im letzteren Falle ist ausdrücklich zu beurkunden, ob der Gerichtsvollzieher zur Vorlegung imstande und bereit gewesen ist. Eine Zustellung der vorzulegenden Urkunde erfolgt nur, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich verlangt." (AVf. v. 27. August 1902, JMBl. S. 226.)

6. Ist eine Kündigung des Gläubigers wegen Nichtvorlegung des Hypothekenbriefs durch unverzügliche Zurückweisung unwirksam geworden, dann aber desungeachtet ohne Vorlegung des Briefes die Hypothek durch Erhebung der Klage geltend gemacht, so ist in der Klage eine neue Kündigung zu erblicken, die spätestens im ersten Verhandlungstermine zurückgewiesen werden muß, damit die neue Kündigung unwirksam wird. (RG. Gruch. 48 S. 1150; KG. im Recht 1901 S. 539.)

Daß der Gläubiger die Urkunden nicht vorgelegt und daß der Eigentümer infolgedessen die Mahnung oder Kündigung unverzüglich zurückgewiesen hat, muß der Eigentümer beweisen (Biermann, Fuchs, Planck).

7. Für die Übertragung der Forderung auf Rückstände von Zinsen oder andern Nebenleistungen oder des Anspruchs auf Erstattung der im § 1118 bezeichneten Kosten bleiben die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse maßgebend, auch wenn der Gläubiger das Recht aus der Hypothek ꝛc. geltend macht (§ 1159). Daraus folgt, daß auch für den Fall der Briefhypothek die Vorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden zur Kündigung, Mahnung und Geltendmachung der Hypothek nicht gefordert werden kann, wenn der Gläubiger nur seine Ansprüche wegen der gedachten Zinsen und Kosten verfolgt (§ 1160 Abs. 3). (Vgl. Mot. III S. 760 und Anm. 2 S. 903.)

8. Im Urkundenprozesse bedarf es der Vorlegung der Urkunden nach § 593 Abs. 2 ZPO. zur Begründung der Klage. Hier bleibt also der § 1160 BGB. außer Anwendung.

9. Die Abs. 1 und 2 des § 1160 enthalten keine zwingenden Rechtsnormen; es ist vielmehr eine abweichende rechtsgeschäftliche Regelung zulässig. Der Eigentümer kann mit Wirkung gegen und für Dritte auf das Recht verzichten, der Klage wegen Nichtvorlegung des Briefes zu widersprechen oder eine Kündigung oder Mahnung des Hypothekengläubigers zurückzuweisen, weil der Hypothekenbrief und die sonst etwa zur Legitimation des Gläubigers erforderlichen Urkunden nicht vorgelegt seien. Solcher Verzicht muß auf Antrag des

Gläubigers oder des Eigentümers in das Grundbuch eingetragen werden, damit er Wirksamkeit auch für und gegen Dritte erlange.

Das RG. (E. 57 S. 342) hat bisher nur Gelegenheit gehabt, sich für die Wirksamkeit und Eintragungsfähigkeit des Verzichts auf die dem Eigentümer durch Abs. 2 des § 1160 beigelegte Befugnis auszusprechen. Die Eintragungsfähigkeit hat es daraus hergeleitet, daß sich der Verzicht auf Vorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden bei der Kündigung und Mahnung als eine nach § 1115 Abs. 1 eintragungsfähige, zur Bezeichnung der Forderung dienende Modifikation der Zahlungsbedingungen darstelle. Voraussichtlich wird es die Frage bezüglich der Geltendmachung der Hypothek (§ 1160 Abs. 1) ebenso beantworten. Das KG. (RJA. 1 S. 34) hat für die Fälle des Abs. 2 im Ergebnis wie das RG. entschieden, für die Fälle des Abs. 1 dagegen Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit des Verzichts verneint. Die Bearbeiter des Sachenrechts haben sich in der Mehrzahl für die Zulässigkeit des Verzichts und seine Eintragungsfähigkeit in beiden Fällen des § 1160 (Planck 3 S. 632 Nr. 6; Biermann SR. S. 368 f.; Kober SR. S. 463 Nr. 2; Fuchs 1 S. 519 Nr. 10; Dernburg SR. § 214 Nr. 5 S. 629 f.; Oberneck 1 S. 925, Zeitschr. d. NotVer. 1 S. 151), dagegen nur Neumann (Anm. A 5 zu § 1160), Rospatt (JW. 1900 S. 598 f.), Kretzschmar (1 S. 277 ff.) ausgesprochen. Jaeckel (Gruch. 49 S. 548) vertritt die Ansicht, daß der Eigentümer auf die Befugnis, die Vorlegung im Prozesse zu verlangen, nicht wirksam verzichten könne; denn „die Tatsache, daß Kläger im Besitze des Hypothekenbriefs sei, gehört zur Begründung der Klage, und der Grundsatz, daß Kläger die zur Begründung der Klage erforderlichen Tatsachen beweisen muß, wenn sie vom Beklagten bestritten werden, ist so fundamental, daß er durch keinen Verzicht aus der Welt geschafft werden kann". Mit der Wirksamkeit des Verzichts unter den ursprünglichen Parteien verneint er zugleich seine Eintragungsfähigkeit.

Ein Verzicht auf die Vorlegung, den der Schuldner ausdrücklich nur für seine Person erklärt hat, ist nicht eintragungsfähig (KG. Asp. 10 S. 421).

§ 1161.

Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung.

1. Macht der Gläubiger einer Briefhypothek nur den persönlichen Anspruch geltend, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner zugleich der Eigentümer ist oder nicht. Ist der Schuldner zugleich der Eigentümer, so ist es unerheblich, ob der Gläubiger den dinglichen oder den persönlichen Anspruch erhebt. Der Gläubiger muß die im § 1160 bezeichneten Urkunden vorlegen, wenn er auch nur die persönliche Forderung geltend macht, sei es, daß er kündigt, mahnt oder die Forderung einklagt. Ist der Schuldner nicht der Eigentümer, so kann er weder der Schuldklage widersprechen noch die Mahnung oder Kündigung zurückweisen, wenn der Brief und die Übertragungsurkunden vom Gläubiger nicht vorgelegt werden. Es findet nicht der § 1160 Anwendung, sondern es sind die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse, insbesondere der § 410 BGB. maßgebend. Verlangt der Gläubiger Zahlung der Schuldsumme, so muß er in erster Linie beweisen, daß ihm die Forderung zustehe. Ist er im Grundbuch als erster Gläubiger oder als dessen Rechtsnachfolger eingetragen, so bedarf es weiteren Nachweises nicht. Ist dies nicht der Fall, so muß er den Erwerb der Forderung nachweisen. Beruht der Erwerb auf Abtretung, so genügt, obwohl auch die persönliche Forderung auf den neuen Gläubiger nur nach § 1154 übergeht, zu dessen Nachweis eine vom bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellte Urkunde oder die schriftliche vom bisherigen Gläubiger an den Schuldner gerichtete Anzeige der Abtretung (§ 410). Erwerb durch Überweisung, Erbfolge, Gütergemeinschaft kraft Gesetzes kann durch die zulässigen Beweismittel nachgewiesen werden. Gegen die Mahnung und Kündigung eines Nichtberechtigten ist der Schuldner durch die Bestimmungen des § 410 BGB. geschützt. Erwirbt der persönliche Schuldner durch die Befriedigung des Gläubigers die Hypothek (§ 1164), so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte auf Aushändigung des Hypothekenbriefs und der Übertragungsurkunden bezw. auf Vorlegung des Hypothekenbriefs bei dem Grundbuchamte zu (§ 1167). (Mot. III S. 760.)

Digitized by Google

2. Die Vorschriften der §§ 1160, 1161 sind bei der Buchhypothek und bei der Buchgrundschuld, § 1161 auch bei der Briefgrundschuld nicht anwendbar.

§ 1162.

Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

1. Über das bisherige preuß. Recht vgl. die §§ 110—112 PGBO.

2. Da die Abtretung, Verpfändung und Pfändung einer Hypothekenforderung, einer Grund- oder Rentenschuld von der Übergabe des Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldbriefs (BGB. §§ 1154, 1192, 1199, 1274, 1291, ZPO. §§ 830, 857 Abs. 6) und die Eintragung einer Veränderung bei der Hypothek ꝛc. von der Vorlegung des Briefes abhängig sind (GBO. §§ 42, 43), muß der Gläubiger, wenn ihm der Brief verloren gegangen ist, in der Lage sein, einen neuen Brief zu erhalten. Da aber der Brief bei der Bedeutung, die er für das Gläubigerrecht hat, in mehreren gültigen Exemplaren nicht im Verkehre sein darf, ist im Falle seines Verlustes zunächst seine Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens zu erwirken. (Mot. III S. 762.)

Das BGB. beschränkt sich darauf, im § 1162 die Zulässigkeit des Aufgebots auszusprechen. Daneben bestimmt § 136 EGG., daß der Brief auch nach Löschung des Rechtes im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden kann, wenn der Nachweis des Berechtigten von der Beibringung des Briefes abhängig ist (§ 126 das.).

Das Aufgebotsverfahren ist durch die §§ 1003—1024 ZPO. geregelt. Wegen der Aufgebotsfristen und der Art der Veröffentlichung des Aufgebots ist den Landesgesetzen die Befugnis zu einer von den Vorschriften der ZPO. abweichenden Regelung vorbehalten (ZPO. § 1024). Diese ist für Preußen durch Art. 1 Nr. IV § 22 AG. z. RG., betr. Änder. d. ZPO., v. 22. September 1899 (GS. S. 284) und § 9 PAG. z. ZPO. in der Fassung der Bekanntm. v. 6. Oktober 1899 (GS. S. 325) getroffen. Das Aufgebotsverfahren wird durch das Ausschlußurteil abgeschlossen, in welchem der Brief für kraftlos zu erklären ist (ZPO. § 1017). Die mit dem Briefe etwa verbundene Schuldurkunde (GBO. § 58) wird von dem Aufgebotsverfahren nicht betroffen.

Daß nach Erlassung des Ausschlußurteils dem Berechtigten auf seinen Antrag ein neuer Brief zu erteilen ist, bestimmt § 67, wie er zu erteilen ist, § 68 GBO.

Über den Begriff der Vernichtung vgl. Bd II Anm. 3 a zu § 67 GBO.

Bei der 2. Lesung war man darüber einverstanden, daß im Falle der Übertragung oder Belastung der Hypothek ein neuer Brief vorgelegt werden müsse, daß dagegen im übrigen, insbesondere zur Löschung der Hypothek, die Vorlegung des Ausschlußurteils als genügend anzusehen sei. In letzterer Hinsicht erachtete man den § 1018 Abs. 1 ZPO. für genügend. (Prot. III S. 666.)

3. Nach § 1018 Abs. 1 ZPO. ist „derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen." Das Ausschlußurteil ersetzt für diesen den Besitz der Urkunde. Der Eigentümer ist daher nicht berechtigt, die Kündigung oder Mahnung zurückzuweisen und der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen (BGB. § 1160), wenn der Gläubiger an Stelle des verlornen Briefes das Ausschlußurteil vorlegt. Zur Löschung der Hypothek genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils (GBO. § 42 Abs. 2). Der Eigentümer oder der ersatzberechtigte Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, kann aber nach §§ 1144, 1145, 1167 BGB. die Aushändigung bezw. Vorlegung eines neuen Briefes verlangen und braucht sich nicht mit dem Ausschlußurteile zu begnügen, da er ohne Brief die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen im Grundbuche nicht erlangen kann; doch steht es der Vorlegung des neuen Briefes gleich, wenn der Gläubiger auf Grund

des Ausschlußurteils die Erteilung eines solchen beim Grundbuchamte beantragt (GBO. § 42 Abs. 2).

4. Der neue Hypothekenbrief, dessen Erteilung im Grundbuche zu vermerken ist (GBO. § 68 Abs. 3), tritt in jeder Hinsicht an die Stelle des alten. Kommt der alte wieder zum Vorscheine, so kann er die Erwerbung der Hypothek fortan unter keinen Umständen mehr vermitteln. Wollte man der behufs Übertragung der Hypothek erfolgten Übergabe eines für kraftlos erklärten Briefes an einen mit der Kraftloserklärung unbekannten Dritten um des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs willen rechtliche Wirkung beimessen, so würde man die Kraft des Ausschlußurteils ganz gegen seinen Zweck und Inhalt abschwächen und die Erteilung eines neuen Hypothekenbriefs zu einer sehr gefährlichen Einrichtung machen. Anders liegt freilich die Sache, wenn das Ausschlußurteil angefochten und infolge der Anfechtung aufgehoben wird (ZPO. §§ 957, 958). Dann erhält der alte Brief seine frühere Bedeutung wieder und hat der Inhaber des neuen Briefes nach Maßgabe der §§ 894, 896 BGB. die Urkunde zurückzugeben und die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderliche Erklärung abzugeben. (Mot. III S. 763.) Das Recht des wahren Gläubigers wird durch die Kraftloserklärung des Briefes nicht berührt. Hat der Verpflichtete auf Grund des neuen Briefes im Vertrauen auf das Ausschlußurteil Leistungen bewirkt, so ist er gegen die Gefahr, noch einmal leisten zu müssen, falls demnächst das Urteil infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird, durch die Vorschrift des § 1018 Abs. 2 ZPO. gesichert, wonach die von ihm auf Grund des Urteils bewirkten Leistungen auch Dritten, insbesondere dem Anfechtungskläger, gegenüber wirksam bleiben, wenn sie zur Zeit der Leistung die Aufhebung des Ausschlußurteils nicht gekannt haben.

5. Mit der Ausschließung des unbekannten Gläubigers wird der Hypothekenbrief kraftlos, ohne daß es seines besonderen Aufgebots bedarf (§ 1170 Abs. 2 Satz 2, § 1171 Abs. 2 Satz 2).

6. Der § 1162 findet auch auf den Grundschuldbrief Anwendung. Ist dieser jedoch auf den Inhaber ausgestellt, so kommen die §§ 1195, 799, 800 BGB. und § 1004 ZPO. zur Anwendung.

§ 1163.

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu.

I. 1. Im Laufe der Entwickelung des neueren Hypothekenrechts hat die römisch-rechtliche Auffassung der Hypothek als eines unbedingt von der zu sichernden Forderung abhängigen Rechtes nach verschiedenen Richtungen eine Abschwächung erfahren.

In dieser Hinsicht kommt, abgesehen von der Wirkung, die der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch hinsichtlich der Forderung äußert (§ 1138), vor allem die sog. Eigentümerhypothek des geltenden Rechtes in Betracht (vgl. namentlich §§ 63—66 PEigG.). Danach wird für gewisse Fälle, in denen nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse die durch die Hypothek gesicherte Forderung erlischt, gleichwohl die Hypothek zugunsten des Eigentümers aufrecht erhalten. Insbesondere bleibt nach den bisherigen Gesetzen die Hypothek bestehen, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks, der zugleich der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt oder wenn sich die Forderung und die Schuld in der Person des Eigentümers des belasteten Grundstücks vereinigen. Diese dem Wesen der Hypothek an sich nicht entsprechende Vorschrift erleichtert es dem Eigentümer, den Realkredit in einer seinen Bedürfnissen angemessenen Weise auszunutzen. (Vgl. Nr. IV 1 S. 706 f.)

Die Rücksicht auf den Realkredit des Eigentümers, auf der die Zulassung der Eigentümerhypothek als Ausnahme im bisherigen Rechte und ihre Beibehaltung im Entw. I des BGB. (vgl. Nr. 2 S. 706 f.) beruht, hat bei der 2. Lesung dahin geführt, daß zugunsten des Eigentümers die Hypothek nicht nur in den bezeichneten Fällen, sondern in allen Fällen aufrecht erhalten bleibt, in denen die dadurch gesicherte Forderung erlischt, und daß auch die Entstehung der Hypothek von der Entstehung der Forderung unabhängig gemacht wird. (Denkschr. S. 214; Prot. III S. 599.)

2. In diesem Sinne ist die Frage im § 1163 Abs. 1 geregelt. Im Abs. 2 ist ein besonderer Fall der Eigentümerhypothek bei der Briefhypothek hinzugefügt. Andere Fälle, in denen der Eigentümer die Hypothek erwirbt, sind der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§§ 1168, 418 Abs. 1 Satz 2), die Ausschließung des unbekannten Gläubigers durch Urteil in dem Aufgebotsverfahren des § 1170 und in dem Aufgebotsverfahren des § 1171 dann, wenn der hinterlegende Eigentümer der persönliche Schuldner ist (vgl. Anm. 3 zu § 1171).

Die Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, bewirkt den Übergang der Hypothek auf den Schuldner nur insoweit, als dieser vom Eigentümer Ersatz verlangen kann. Der Befriedigung des Gläubigers steht die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person gleich (§ 1164).

Besondere Vorschriften gelten, wenn der Übergang einer Gesamthypothek in Frage kommt, und zwar für die Fälle des § 1163 die Vorschriften der §§ 1172, 1173, für die Fälle des Verzichts auf die Hypothek (§ 1168) und der Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 die Vorschriften des § 1175, für die Fälle des Übergangs der Hypothek auf den Schuldner (§ 1164) die Vorschriften des § 1174. Im Falle einer Gesamthypothek findet der Übergang der Hypothek des aus dem Grundstücke befriedigten Gläubigers auf den Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt ist, unter den im § 1182 angegebenen Voraussetzungen und Einschränkungen statt.

Über den Erwerb der im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung des Arrestes eingetragenen Sicherungshypothek durch den Eigentümer des Grundstücks unter besonderen prozeßrechtlichen Voraussetzungen vgl. §§ 868 und 932 Abs. 2 ZPO.

In allen erwähnten Fällen verwandelt sich die Hypothek, weil sie ohne die Forderung auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner übergeht, in eine Grundschuld (§ 1177 Abs. 1).

3. Vgl. Anm. I 1 S. 856 f.

4. Über das Wesen der Eigentümerhypothek vgl. Gierke SR. S. 921 ff.

II. 1. Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek kraft Gesetzes dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Die Forderung gelangt nicht zur Entstehung, wenn die versprochene Darlehnsvaluta nicht gezahlt ist (§ 607), wenn die Forderung nichtig, z. B. wegen Wuchers (§ 138), wegen Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers oder Schuldners (§ 105), oder angefochten ist, z. B. wegen Irrtums oder Betrugs (§§ 119 ff.), oder wenn die Bedingung, von der die Entstehung der Forderung abhängig gemacht ist (§ 1113 Abs. 2, nicht eintritt (§ 158). Der Antrag, die Hypothek nicht entstehen zu lassen, wenn sich die Nichtigkeit der Forderung aus ihrer im Grundbuch eingetragenen Bezeichnung ergibt, und die Hypothek erlöschen zu lassen, wenn die Forderung wegen Nichteintritts der Bedingung, von der ihre Entstehung abhing, nicht zur Entstehung gelangt oder wenn sie infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins oder infolge der Anfechtung aus einem sich aus der Eintragung ergebenden Anfechtungsgrund erloschen ist, — ist abgelehnt wegen mangelnden Bedürfnisses für derartige Spezialbestimmungen (Prot. III S. 604 VI). Nicht unter § 1163 Abs. 1 Satz 1 fällt die Vereinbarung, daß ein höherer Betrag zurückgezahlt werden soll, als die hingegebene Darlehnssumme (damno); die

Forderung entsteht dann in voller Höhe (Nußbaum ABürgR. 25 S. 62). Im Falle der auflösenden Bedingung liegt ein Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor.

Nicht zu verwechseln mit der Nichtentstehung der Forderung ist die Nichtentstehung der Hypothek. Ist der Eintragung der Hypothek eine Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger weder vorausgegangen noch nachgefolgt oder ist die Einigung von vornherein oder infolge von Anfechtung nichtig, so ist die Hypothek nicht entstanden und kann deshalb auch dem Eigentümer nicht zustehen (§ 873; so für das bisher. Recht RG. E. 23 S. 271, Bd 52 S. 111, Bd 54 S. 84). Sie kann erst dadurch zur Eigentümerhypothek geeignet werden, daß sie durch die Hand eines dritten redlichen Erwerbers infolge Rechtsgeschäfts gegangen ist (§ 892). Bei der 2. Lesung wurde der Antrag, die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auch dann eintreten zu lassen, wenn eine eingetragene Hypothek unwirksam ist und sich die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ergibt, abgelehnt, weil er auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe und kein praktisches Bedürfnis verliege, die Rechte des Eigentümers dadurch zu erweitern, daß ihm der Rang und Betrag der unwirksamen Hypothek den später eingetragenen Hypotheken gegenüber erhalten werde (Prot. III S. 603 III). Der Wunsch Dernburgs (SR. § 221 Nr. II 2), die Praxis möge sich entschließen, auch im Falle der Unwirksamkeit der Hypothek ein Einrücken des Eigentümers nach Analogie anzunehmen, ist bis jetzt nicht erfüllt. (Königsberg Rsp. 5 S. 9 f.; KG. RJA. 4 S. 118.) Auch die Grundschuld kann nicht auf den Eigentümer übergehen, wenn sie ungültig bestellt ist. Ob dies Ergebnis nicht annehmbar ist, kann nicht ins Gewicht fallen, wenn es durch das Gesetz und die Absicht des Gesetzgebers geboten erscheint. Will man auch von der Entstehungsgeschichte (dem Inhalte der Motive und der Protokolle) ganz absehen, so muß doch den Worten des Gesetzes Bedeutung beigelegt werden. Der § 1163 setzt eine wirksame, also eine auf Grund einer gültigen Einigung eingetragene Hypothek voraus. Ist wegen mangelnder oder fehlerhafter Einigung eine Hypothek nicht entstanden, so kann sie auch nicht vom Eigentümer erworben werden ohne Unterschied, ob die Forderung zur Entstehung gelangt ist oder nicht. Hat der Eigentümer z. B. ein Darlehn erhalten, ohne mit dem Gläubiger die Eintragung zu vereinbaren, sich aber später, nachdem er geisteskrank geworden, mit dem Gläubiger über die Eintragung des Darlehns geeinigt und ist auf seine Eintragungsbewilligung die Eintragung bewirkt, so ist die Hypothek nichtig, obwohl die Darlehnsforderung zur Entstehung gelangt ist. Nur in einem Falle läßt das Gesetz die Hypothek vom Eigentümer erwerben, wenn die Unterlage der Eintragung aufgehoben oder die Eintragung als unzulässig erklärt wird: nämlich bei einer im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Sicherungshypothek (ZPO. § 868). Boehm (S. 238 Nr. IV), Biermann (SR. S. 372 f. Nr. 6), Mittelstein (S. 102), Strecker (S. 52), Hachenburg (S. 251), Bendix (S. 620), Planck (3 S. 535 f.), Cosack (2 S. 218), Kober (S. 467 Lit. β), Hirsch (ABürgR. 25 S. 239 A. 12), Predari (S. 119) sind der hier vertretenen Ansicht. Schilde (Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 31), Bruck (EigHyp. S. 165) und Fuchs (Nr. 5 c zu § 1163) begründen die entgegengesetzte Ansicht im wesentlichen so, daß sie die für Grundschulden im § 1196 gegebene Sondervorschrift auch auf Hypotheken erstrecken. Es mag zugegeben werden, daß das Gesetz in der abweichenden Behandlung der Hypothek inkonsequent ist; diese Inkonsequenz ist aber gewollt und durch das Gesetz bestätigt. Es geht nicht an, die Ausnahmevorschrift des § 1196, wodurch die Eintragung der Grundschuld für den Eigentümer ohne Einigung, weil diese unmöglich, zugelassen ist, anzuwenden bei einer Hypothek, die ohne Einigung eingetragen ist, obwohl die Einigung durch die Regel des § 873 geboten war. Übrigens ist auch die Frage nicht außer acht zu lassen, ob denn der nachstehende Gläubiger sich gefallen muß, daß die vorstehende unwirksame Hypothek zu einer wirksamen Grundschuld wird. So wenig ein Gläubiger zu dulden hat, daß eine wegen Nichteintragung des Höchstbetrags nichtige Höchstbetragshypothek oder eine wegen Nichteintragung der Ablösungssumme nichtige Rentenschuld (§ 1190 Abs. 1 Satz 2, § 1199 Abs. 2 Satz 2), die ihm vorgeht, durch eine wirksame Eintragung ersetzt wird, wird

ihm zuzumuten sein, eine ihm vorgehende wegen mangelnder oder mangelhafter Einigung nichtige Hypothek als gültige Grundschuld gelten zu lassen. Vgl. auch Oberneck I S. 663 ff. Gegen Schilde u. Fuchs vgl. Biermann (a. a. O.), das KG. (RJA. 4 S. 120 f.) u. Gierke (SR. S. 926 f.). Ist die Hypothek unwirksam, so geht der Berichtigungsanspruch gegen den Gläubiger nur auf Bewilligung der Löschung. Dem in der Zeit zwischen der Eintragung und der Einigung eingetragenen Rechte gebührt nicht der Vorrang vor der durch die spätere Einigung wirksam gewordenen Hypothek (vgl. § 879 Abs. 2 und Anm. 3 S. 166). Wird in der Zwischenzeit der Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet, so kann die Einigung wirksam nur mit dem Konkursverwalter erfolgen. Vgl. auch Anm. 3 zu § 1196 BGB.

Ist eine unwirksame Hypothek eingetragen, so kann der Eigentümer bei der weiteren Belastung des Grundstücks sich nach § 881 vorbehalten, an der Stelle der unwirksamen Hypothek mit ihrem Range eine andere von gleichem Betrag eintragen zu lassen (Prot. III S. 604). Hat der Eigentümer dies unterlassen, dem späteren Gläubiger jedoch für seine Hypothek nur eine bestimmte Priorität (hinter dem Betrage der unwirksamen Hypothek) zugesagt, so rückt dieser zwar bei Löschung der unwirksamen Hypothek auf, aber er ist verpflichtet, weiteren vom Eigentümer zu bestellenden Hypotheken im Gesamtbetrage der unwirksamen Hypothek den Vorrang einzuräumen, da er für seine Hypothek auf Kosten des Eigentümers ohne rechtlichen Grund den besseren Rang erlangt hat (§ 812; Biermann Nr. 6 Abs. 3 zu § 1163, Fuchs Vorbem. 7 S. 523). Dies kann der Eigentümer auch von seinem Rechtsnachfolger nach Maßgabe des § 1157 verlangen.

2. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer kraft Gesetzes die Hypothek. Ist an die Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere gesetzt (§ 1180), so kommt das Erlöschen der anderen in Betracht.

a. Ein Hauptgrund des Erlöschens der Forderung ist die Befriedigung des Gläubigers (§§ 362, 364, 372, 378, 389). Von wem die Befriedigung ausgeht, ob vom Eigentümer, vom persönlichen Schuldner oder von einem anderen, ist für das Erlöschen der Forderung regelmäßig von keiner Bedeutung. Nur da, wo es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, hat die Befriedigung des Gläubigers nicht das Erlöschen der Forderung, sondern deren Übergang auf den Befriedigenden zur Folge. Derartige Ausnahmen sind zugelassen für den Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist (§ 1143), und für solche Dritte, die zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt oder verpflichtet sind (vgl. Anm. I 2 S. 856). Da der § 1163 Abs. 1 Satz 2 nur Bestimmung trifft über die Folge des Erlöschens der Forderung, so scheiden jene Ausnahmefälle, in denen die Forderung nicht erlischt, hier aus. Es bleiben nur übrig die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, welcher der persönliche Schuldner ist, und durch Dritte, die zur Befriedigung des Gläubigers nicht berechtigt oder verpflichtet sind, sowie die Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist. Bei dem persönlichen Schuldner ist zu unterscheiden, ob er vom Eigentümer Ersatz verlangen kann oder nicht. Für den ersten Fall ist durch den § 1164 Fürsorge getroffen, der andere unterliegt der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2. Die Anwendung der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2, soweit sie das Erlöschen der Forderung durch Befriedigung des Gläubigers betrifft, beschränkt sich hiernach auf die Befriedigung durch den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, durch den Schuldner, der nicht ersatzberechtigt ist, und durch Dritte, die zur Befriedigung nicht berechtigt sind. In diesen Fällen erwirbt der Eigentümer die Hypothek, mag der Gläubiger von dem Eigentümer, dem Schuldner oder dem Dritten befriedigt sein. Er kann deshalb auf Grund seines Erwerbes auch zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs vom Schuldner oder vom Dritten die Herausgabe der ihm vom Gläubiger erteilten Quittung und des Hypothekenbriefs sowie die erforderliche Zustimmungserklärung verlangen (§§ 894, 896, 1144, 1145). Allerdings kann der Dritte, wenn er durch kein anderes Rechtsverhältnis geschützt ist, gegen den Eigentümer geltend machen, daß dieser nach § 812 zur Abtretung der durch seine Aufwendungen erworbenen Hypothek an ihn verpflichtet sei. Befindet sich der Eigentümer

in Konkurs und der Verwalter tilgt die Forderung durch Befriedigung des Gläubigers, so fällt die Hypothek als Eigentümergrundschuld in die Masse.

Die Befriedigung des Gläubigers kann nicht nur durch Leistung des Geschuldeten (§ 362), der die Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungs Statt gleichsteht (§ 364), sondern auch durch Aufrechnung (§§ 387 ff.) und durch Hinterlegung (§§ 372, 378) erfolgen (§ 1142 Abs. 2). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils nach Hinterlegung des Betrags der Hypothekenforderung gilt der Gläubiger als befriedigt (§ 1171 Abs. 2; vgl. Anm. 3 dazu). Wird der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem beweglichen Vermögen des Eigentümers, welcher der persönliche Schuldner ist, befriedigt, so erlischt die Forderung und die dafür bestehende Hypothek erwirbt der Eigentümer. Erfolgt dagegen die Befriedigung aus dem Grundstücke, so erlischt mit der Forderung auch die Hypothek (§ 1181). Hat der Gläubiger das Grundstück erstanden und verrechnet er den auf seine Hypothek zur Hebung kommenden Betrag mit einem gleichen Betrage des Kaufgeldes, so greift § 1163 Abs. 1 Satz 2 Platz, da die Hypothek für den nunmehrigen Eigentümer bestehen bleibt (vgl. ZVG. § 91 Abs. 2), die Forderung aber erloschen ist (KG. Rsp. 3 S. 233).

b. Die Forderung erlischt ferner, wenn der Gläubiger dem Schuldner-Eigentümer die Schuld erläßt oder anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe (§ 397); wenn die auflösende Bedingung oder der Endtermin eintritt, welche der Hypothekenforderung beigefügt sind (§ 158 Abs. 2, § 163; vgl. Anm. II 1 Abs. 1 S. 911). Die Verjährung ist kein Erlöschungsgrund, sondern berechtigt nur den Verpflichteten zur Verweigerung der Leistung (§ 222; vgl. Anm. II 1 S. 321). Auch infolge des Ausschlusses des unbekannten Gläubigers in den Fällen des § 1170 erlischt die Forderung nicht (vgl. Anm. 4 zu § 1170).

c. Besondere Beachtung fordert der Erlöschungsgrund der Vereinigung.

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit sich in derselben Person vereinigen." Im Anschluß an die bisherige Gesetzgebung sprach der Entw. I diesen Rechtssatz als darauf beruhend, daß niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann, im § 291 aus (Mot. II S. 116). Bei der 2. Lesung wurde die Bestimmung gestrichen, nicht etwa um sie zu beseitigen, sondern in der Erwägung, daß die Regel, soweit sie richtig sei, aus dem Wesen der Obligation sich von selbst ergebe und überdies aus den Ausnahmen, die davon zugelassen seien, sich unschwer ableiten lasse (Prot. I S. 376).

Die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person kann entweder infolge Erbfalls durch den Übergang des Vermögens des Erblassers auf den Erben eintreten (BGB. § 1922), oder auf Grund eines Rechtsgeschäfts, der Abtretung der Forderung an den Schuldner (§§ 398, 1173 Satz 2), der Schuldübernahme seitens des Gläubigers (§§ 414 ff.), der Übernahme des Vermögens des Schuldners seitens des Gläubigers oder des Vermögens des Gläubigers seitens des Schuldners (§ 419).

Beim Erbfalle tritt die Vereinigung und damit das Erlöschen der zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehenden Rechtsverhältnisse mit dem Erwerbe der Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers ein (§§ 1922, 1942), jedoch unter der Voraussetzung, daß der Erbe die Erbschaft nicht binnen der gesetzlichen Frist ausschlägt (§§ 1942 ff., § 158 Abs. 2), und daß der als Erbe Berufene wirklich Erbe, daß das ihn berufende Testament nicht etwa von vornherein oder infolge von Anfechtung nichtig ist. Das Erlöschen der Rechtsverhältnisse wird zwar nicht ausdrücklich als Folge der Vereinigung bestimmt, ergibt sich aber aus der Fassung der Ausnahmen für die Fälle, in denen die Vereinigung nachträglich wieder beseitigt wird. „Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen" (§ 1976). Macht der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch und gibt den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Nachgläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung heraus, „so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung

von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen" (§ 1991 Abs. 2). „Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen" (§ 2175). Der Vermächtnisnehmer kann die Abtretung der vermachten Forderung oder des vermachten Rechtes von den Erben fordern, wie wenn die Forderung oder das Recht nicht durch Vereinigung erloschen wäre. Endlich bestimmt § 2377 für den Erbschaftskauf: „Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen." Erforderlichenfalls ist ein solches Rechtsverhältnis wiederherzustellen. Die infolge des Erbfalls eingetretene Konfusion bezw. Konsolidation gilt im Verhältnisse zwischen dem Vertragschließenden als nicht eingetreten (Mot. II S. 365). In allen diesen Bestimmungen wird also vorausgesetzt, daß die Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben und dem Erblasser infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erlöschen. Über den Eintritt der Vereinigung beim Vorhandensein mehrerer Miterben vgl. Anm. III 2 S. 923.

Daß in den Fällen, wo bei einer Hypothek oder bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld sich in einer Person vereinigen, die Forderung erlischt, ergibt sich daraus, daß nicht die Forderung, sondern nur die Hypothek auf den ersatzberechtigten Schuldner übergeht (§§ 1164, 1174). Vereinigen sich Schuld und Forderung in der Person des auch als persönlicher Schuldner haftenden Eigentümers des mit der Forderung belasteten Grundstücks, so erlischt die Forderung und aus der Hypothek wird eine Grundschuld (§ 1177).

Bei der Gesamt*schuld* wirkt die Vereinigung der Forderung mit der Schuld nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt (§ 425); die übrigen Gesamtschuldner werden davon nur insoweit berührt, als sie nunmehr Gesamtschuldner des durch die Vereinigung Gläubiger gewordenen bisherigen Gesamtschuldners werden. Bei der Gesamt*forderung* bewirkt die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers das Erlöschen der Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner (§ 429 Abs. 2).

Der Satz vom Erlöschen eines Rechtes durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit gilt nicht nur im Rechte der Schuldverhältnisse für die Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person, sondern auch im Sachenrechte vom Zusammentreffen von Recht und Belastung, jedoch mit der Beschränkung auf bewegliche Sachen und Rechte (§§ 1063, 1072, 1256, 1273, 1291). Ausgeschlossen ist nur das Erlöschen eines Rechtes an einem fremden Grundstücke durch den Erwerb des Eigentums des Grundstücks durch den Berechtigten oder des Rechtes durch den Eigentümer (§ 889). (Vgl. Dr. G. Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung.)

Die Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 2, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn die Forderung erlischt, findet auch Anwendung, wenn das Erlöschen durch Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Gläubigers oder des Schuldners erfolgt. Beerbt der Gläubiger den Schuldner oder der Schuldner den Gläubiger, so erlischt die Forderung und die dafür bestellte Hypothek erwirbt der Eigentümer, ohne Unterschied, ob er zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht. Hiervon macht aber der § 1164 Abs. 2 eine Ausnahme: ist der Schuldner nicht der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks und kann er vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so erlischt zwar die Forderung, aber es erwirbt die Hypothek, soweit der Ersatzanspruch reicht, nicht der Eigentümer, sondern sie geht auf den Schuldner über, falls in seiner Person die Vereinigung erfolgt, oder sie verbleibt dem Gläubiger, falls sich in seiner Person die Vereinigung vollzieht. Beerbt der Schuldner den Gläubiger, so geht auf ihn

die Hypothek kraft seines Ersatzanspruchs über; beerbt der Gläubiger den Schuldner, so behält er die Hypothek kraft des auf ihn infolge des Erbfalls übergegangenen Ersatzanspruchs des Schuldners. Erfolgt die Vereinigung von Schuld und Forderung unter den angegebenen Voraussetzungen bei einer Gesamthypothek, so treten dieselben Wirkungen ein, jedoch mit der Beschränkung, daß die Hypothek auf den Schuldner bezw. den Gläubiger nur an dem Grundstück übergeht, dessen Eigentümer dem Schuldner ersatzpflichtig ist, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1174). Ist dagegen der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner und vereinigen sich in seiner Person Forderung und Schuld, so erlischt die Forderung und die Hypothek geht als Grundschuld auf ihn über (§ 1163 Satz 2, § 1177 Abs. 1). Tritt die Vereinigung in der Person des zugleich als persönlicher Schuldner haftenden Eigentümers eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks ein, oder wird das Gläubigerrecht auf solchen Eigentümer übertragen, so erlischt die Forderung und der Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück als Grundschuld, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt (§ 1173 Abs. 1, § 1177 Abs. 1). Kann in solchem Falle der Eigentümer vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsnachfolger Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek, verwandelt sich aber in eine Gesamtgrundschuld (§ 1173 Abs. 2, § 1177 Abs. 1).

3. Da der Gläubiger eine Briefhypothek erst dann erwirbt, wenn ihm der Hypothekenbrief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (§ 1117), so steht dem Eigentümer die Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger zu (§ 1163 Abs. 2), und zwar nicht als Eigentümergrundschuld, die nach Übergabe des Briefes erst in eine Hypothek umgewandelt werden müßte, sondern sie ist Hypothek und wird zur Eigentümergrundschuld erst, wenn feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt. In diesem Falle kann zwar die Forderung schon bestehen, aber die Legitimation des Gläubigers ist noch nicht festgestellt, da noch die Verbindung der Forderung mit der Hypothek fehlt. Der Käufer eines Grundstücks z. B., der nach der Auflassung für das Restkaufgeld Hypothek bestellt hat, hält den Brief so lange zurück, als ihm das Grundstück mit dem gekauften Zubehör noch nicht übergeben ist. Die Vorschrift des § 1163 Abs. 2 soll namentlich dem Eigentümer ermöglichen, durch Zurückbehaltung des Briefes dem Gläubiger bis zur Zahlung der Darlehnsvaluta die Verfügung über die Hypothek unmöglich zu machen. Für die Sicherung des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger einer Buchhypothek ist durch § 1139 in anderer Weise gesorgt. Zur Sicherung des Gläubigers gegen Verfügungen des Eigentümers über die Briefhypothek kann eine Vormerkung eingetragen werden (RG. Rsp. 7 S. 367).

4. In den Fällen des § 1163 vollzieht sich der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer lediglich kraft Gesetzes, sobald dessen Voraussetzung vorhanden ist; der Mitwirkung des Gläubigers bedarf es hierzu nicht. Diese ist nur zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich. Läßt der Eigentümer aber die Hypothekenforderung bezahlen, damit sie gleichzeitig dem Geldgeber als neuem Gläubiger abgetreten werde, und erfolgt die Abtretung in unmittelbarem Anschluß an die Befriedigung des Gläubigers, so ist der Eigentümer in keinem Zeitpunkt Inhaber der Hypothek geworden, da in solchem Falle die Forderung nicht erloschen ist (RG. V 75. 02). In den Fällen des § 1163 Abs. 1 legitimiert sich der Eigentümer zu Verfügungen über die Hypothek gegenüber dem Grundbuchamte durch ein der Formvorschrift des § 29 GBO. entsprechendes Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt bezw. daß sie erloschen sei. Ist der Erwerb der Hypothek Folge der Befriedigung des Gläubigers, so genügt die vom Gläubiger in der Form des § 29 GBO. ausgestellte Quittung (GBO. § 22; vgl. BGB. §§ 362, 368; vgl. auch Bd II Anm. 7 zu § 27 GBO.). Quittung und Löschungsbewilligung sind aber nur dann geeignet, den Beweis zu erbringen, daß die Hypothek vom Eigentümer erworben, wenn darin angegeben ist, daß der Eigentümer Zahlung geleistet hat. Fehlt diese Angabe,

so wird der Eigentümer dadurch nur ermächtigt, die Hypothek löschen zu lassen. (RG. JW. 26 S. A 149.) Die Bewilligung des Gläubigers zur Umschreibung oder Löschung der Hypothek auf den Eigentümer ist entbehrlich und daher auch vom Gläubiger nicht zu verlangen (RG. E. 48 S. 48, Bd 56 S. 322). Selbstverständlich genügt aber die vom Gläubiger erklärte Abtretung der Hypothek zu ihrer Umschreibung auf den Eigentümer. Verweigert der Gläubiger die Ausstellung der zur Legitimation des Eigentümers erforderlichen Urkunde, so kann letzterer darauf klagen (§ 894) und sich gegen Verfügungen des Gläubigers über die Hypothek zugunsten Dritter durch Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 sichern. Wenn der befriedigte Gläubiger auch nur zur Ausstellung einer formgerechten Quittung verpflichtet ist, so kann er doch auf Antrag des Eigentümers zur Ausstellung einer Löschungsbewilligung an Stelle der Quittung verurteilt werden, wenn nicht ersichtlich und auch vom beklagten Gläubiger nicht geltend gemacht ist, daß er ein Interesse daran hat, gerade nur zur Ausstellung einer Quittung verurteilt zu werden (RG. E. 56 S. 322). Der dem Eigentümer nach § 894 zustehende Berichtigungsanspruch findet im Falle des Konkurses des Gläubigers in Gemäßheit des § 43 KO. auch gegen die Konkursmasse statt (Mot. III S. 727). Auch im Falle des § 1163 Abs. 2 bedarf es der formgerechten Erklärung des Gläubigers, daß ihm der Hypothekenbrief nicht ausgehändigt sei und daß deshalb die Hypothek dem Eigentümer zustehe. Der Umstand, daß der Eigentümer, dem vom Grundbuchamte der Brief nach § 60 GBO. ausgehändigt ist, den Brief vorlegt, genügt zum Nachweise seiner Legitimation nicht; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Brief nach seiner Aushändigung an den Gläubiger dem Eigentümer mit der Verpflichtung zur Rückgabe anvertraut ist. (RG. JW. 22 S. A 309.)

5. Der Grundstückseigentümer, der die Hypothek bestellt hat, scheidet damit den durch die Hypothek repräsentierten Wertteil seines Grundstücks nicht aus seinem Vermögen in der Weise aus, daß dieser Teil zu seinem Vermögen nicht mehr gehört, vielmehr bindet er ihn nur fest für einen ganz bestimmten Zweck. Gelangt später etwas von dem festgebundenen Vermögensteile nach Lösung des Bandes an den Eigentümer zurück, so handelt es sich nicht um den Erwerb von etwas, was dem Grundstückseigentümer bisher nicht gehörte, sondern es steht dann nur fest, daß die Bindung des Vermögensteils zu dessen Ausscheidung aus dem Vermögen des Grundstückseigentümers nicht geführt hat. Der eingetragene Eigentümer, auf dessen Grundstücke Hypotheken lasten, ist daher als der eventuell eingetragene Inhaber der nach § 1163 BGB. ihm zufallenden Hypotheken anzusehen. Der Übergang der Hypotheken auf den Eigentümer als Eigentümerhypotheken oder Eigentümergrundschulden vollzieht sich unmittelbar kraft Gesetzes; mit dem Eintritte der Voraussetzungen, unter denen nach dem BGB. die Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld entsteht, wird der eingetragene Eigentümer von selbst Eigentümerhypothekar. Mit dieser Auffassung befindet sich auch folgender in den Protokollen der 2. Lesung (Prot. III S. 723, 573) wiederkehrende Satz in Übereinstimmung: „Was der Eigentümer aus seinem eigenen Grundstücke bei der Zwangsvollstreckung erhält, das erhält er nicht als Befriedigung, weil ihm nicht etwas geleistet wird, was bisher außerhalb seines Vermögens war, sondern weil lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt wird." Es greift deshalb die Ordnungsvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. nicht Platz, vielmehr dürfen Verfügungen des Eigentümers (durch Abtretung oder Löschung) über Buchhypotheken, bezüglich deren in formgerechter Weise (GBO. § 29) der Erwerb des Eigentümers nachgewiesen wird, in das Grundbuch eingetragen werden, ohne daß es der vorherigen Eintragung des Eigentümers als Erwerbers der Hypotheken bedarf. (RG. JW. 21 S. A 159, Bd 28 S. A 135; RG. u. Jena RJA. 1 S. 125, Bd 2 S. 198, 244, Bd 3 S. 205, Dresden Rsp. 6 S. 272; Vollenbeck in Z. d. D. NotarVer. 1 S. 39; Oberneck in Gruch. 47 S. 312; vgl. auch preuß. Formular G 5 Nr. 38; a. M. Hoffmann in Lobe's ZBl., Biermann SR. Nr. 2 zu § 1117, Planck Nr. 4 c zu § 1163.) Hiermit ist aber nicht gesagt, daß der Eigentümer bereits vor dem Erlöschen der Forderung eventuell eingetragener

Inhaber der Hypothek und demgemäß als der Verfügungsberechtigte anzusehen sei, also eine neben der Hypothek des Gläubigers hergehende latente Hypothek habe. Solange er nicht infolge des Erlöschens der Forderung ein dingliches Recht an der Hypothek hat, kann er auch nicht darüber verfügen. (RG. JW. 26 S. A 147, Bd 28 S. A 141.) Daß zur Eintragung von Verfügungen des Eigentümers über eine von ihm erworbene Briefhypothek seine vorherige Eintragung nicht erforderlich ist, ergibt sich aus § 40 Abs. 2 GBO.

6. Die Hypothek steht dem zu bezw. wird von dem erworben, der Eigentümer des belasteten Grundstücks in dem Zeitpunkt ist, wo die Hypothek durch Eintragung entstanden (§ 1163 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2) bezw. die Forderung erloschen ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 2; RG. E. 55 S. 217, RG. JW. 29 S. B 50 f., Gierke SR. S. 934 A. 58, Fuchs Anm. 4 a, 5, 7 S. 525, Planck 3 S. 638 f. Nr. 3 d, Nr. 4 d, Bruck S. 222, Oberneck in Gruch. 47 S. 330, Biermann SR. S. 37, Jaeckel in Lobe's ZBl. 4 S. 203, 279). Wer vorher Eigentümer war oder später Eigentümer wird, hat kein Recht auf die Hypothek. Reinhard (im Recht 1902 S. 31) und Kretzschmar (S. 322) werfen beide Fälle des § 1163 Abs. 1 zusammen. Auch im Falle des Satz 1 soll nicht der Besteller, sondern die Person die Hypothek *erwerben*, welche in dem Augenblicke, wo das Nichtentstandensein der Hypothek feststeht, Eigentümer ist (dagegen RG. a. a. O.). Reinhard hat später seine Ansicht aufgegeben (Lobe's ZBl. 4 S. 462). Daß der Eigentümer als solcher im kritischen Zeitpunkt im Grundbuch eingetragen sei, wird nicht gefordert. Auch macht es keinen Unterschied, ob er die Hypothek für eine eigene oder eine fremde Schuld bestellt hat. Aber nur der *wahre* Eigentümer erwirbt die Hypothek, nicht der Nichteigentümer, der die Hypothek bestellt hat (Biermann Nr. 1 zu § 1163). Wer als Eigentümer die Hypothek einmal erworben hat, verliert sie durch die Veräußerung des Grundstücks nicht. (Vgl. Anm. II 3 S. 858.)

7. Es macht keinen Unterschied, ob die Hypothek eine gewöhnliche oder eine Sicherungshypothek ist; der § 1163 ist nicht von der Anwendung auf Sicherungshypotheken ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 2; vgl. ZPO. §§ 868, 932 Abs. 2). Der Abs. 2 des § 1163 ist auf Sicherungshypotheken aber nicht anwendbar, weil bei diesen die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht stattfindet (§ 1185 Abs. 1). Auch die sog. Höchstbetragshypothek des § 1190 steht dem Eigentümer zu, soweit eine Forderung nicht entsteht (vgl. Anm. 10 u. 11 zu § 1190). Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek eignet sich nicht zur Eigentümerhypothek, solange sie nicht in eine Hypothek umgeschrieben ist (vgl. Anm. g S. 199 u. RG. RJA. 3 S. 158). Die Vorschriften des Abs. 1 des § 1163 beziehen sich auf Grund- und Rentenschulden nicht, da diese eine Forderung nicht voraussetzen (§§ 1192, 1199; vgl. in Nr. 2 zu § 1192 die Bemerk. bei §§ 1143, 1163).

8. In den Fällen des § 1163 erwirbt der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld mit den bisher für die Forderung maßgebend gewesenen Zins- und Zahlungsbedingungen (§ 1177 Abs. 1). Er erwirbt sie nur zum Betrage der Hauptforderung und mit den laufenden Zinsen; die Hypothek erlischt infolge ihres Übergangs auf den Eigentümer für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, es sei denn, daß einem Dritten ein Recht auf den Zins- und Kostenanspruch zusteht (§ 1178). Liegen die Voraussetzungen des § 1163 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die dem Eigentümer zufallende Hypothek nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Hypothekenteils geltend gemacht werden (§ 1176).

Solange die in eine Grundschuld umgewandelte Hypothek keinen Gläubiger hat, sondern dem Eigentümer zusteht, kommen diesem die Gläubigerrechte nur mit den Beschränkungen des § 1197 zu. Erst wenn der Eigentümer das belastete Grundstück veräußert oder wenn infolge von Abtretung oder Überweisung der Grundschuld ein neuer Gläubiger an seine Stelle tritt, wird die Grundschuld vollwirksam.

Digitized by Google

9. Will der Eigentümer nach Befriedigung des Gläubigers über die Hypothek ohne deren Umwandlung (§ 1198) als Grundschuld verfügen, so muß er, wenn nicht ohne weiteres erhellt, daß er der persönliche Schuldner der getilgten Hypothekenforderung war, nachweisen, daß er nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern auf Grund seiner Verpflichtung, den Schuldner von seiner Schuld zu befreien (§ 415 Abs. 3), gezahlt hat, weil nur in diesem Falle die persönliche Forderung erlischt (§§ 1143, 1163 Abs. 1). Der Nachweis, daß er die Hypothek beim Erwerbe des Grundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, genügt nicht, weil er hierdurch nur dann persönlicher Schuldner geworden ist, wenn der Gläubiger entweder die Schuldübernahme genehmigt oder sechs Monate nach der Mitteilung durch den Veräußerer ohne Verweigerung der Genehmigung hat verstreichen lassen (§ 416). (RG. JW. 27 S. A 278.) Eine Vermutung, daß der Eigentümer als persönlicher Schuldner gezahlt habe, besteht nicht (vgl. S. 858 Nr. 3 Abs. 2). Hat der Erwerber das mit der Hypothek belastete Grundstück unter Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis erworben und demnächst sich die Hypothek von ihrem Gläubiger unter Zahlung des Abtretungsentgelts abtreten lassen, so hat er die Hypothek mit der Forderung erworben und kann deren Umschreibung als Hypothek auf sich verlangen. Auf die bloße Möglichkeit, daß der Erwerber der persönliche Schuldner sei, daß er etwa gemäß § 414 BGB. durch Vertrag mit dem Gläubiger oder gemäß §§ 415, 416 durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner an dessen Stelle die Hypothek übernommen habe, ist keine Rücksicht zu nehmen. Nur dann darf der Grundbuchrichter die Umschreibung auf den Erwerber beanstanden, wenn das ihm unterbreitete oder sonst zur Verfügung stehende Urkundenmaterial ergibt, daß der Erwerber persönlicher Schuldner des bisherigen Gläubigers war oder geworden ist. Die Verpflichtung des Erwerbers, infolge der Übernahme der Hypothek den Schuldner von der Schuld zu befreien, ist dem Erwerbe der Forderung und der Hypothek (§ 1177 Abs. 2) nicht hinderlich. (RG. RJA. 5 S. 210; vgl. Boehm im Recht 1905 S. 515.)

10. Im Gebiete des Sachenrechts gilt nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht (vgl. S. 2). Wie die Parteien nur solche dinglichen Rechte begründen können, die das BGB. als solche zuläßt, so können sie auch nur solchen persönlichen Schuldverhältnissen die mit der Eintragung in das Grundbuch verbundenen Wirkungen (BGB. §§ 891 ff.) verschaffen, bei denen das Gesetz dies gestattet. Dies findet Anwendung auch auf Vereinbarungen, welche die Beseitigung oder Beschränkung der nach dem Gesetz eintretenden Eigentumshypothek betreffen. Dergleichen Vereinbarungen, deren obligatorische Bedeutung und Geltung unter den Vertragschließenden außer Zweifel steht, können auch durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkungen nicht erlangen. Ihnen ist daher die Eintragung versagt. Da es sich zumeist um Verfügungsbeschränkungen des Eigentümers handeln wird, ist ihre dingliche Wirkung schon durch § 137 BGB. ausgeschlossen (vgl. S. 256). In der 2. Kommission ist ein Antrag, der die vertragsmäßige Beseitigung der Eigentümerhypothek zulassen wollte, abgelehnt; nur die dingliche Sicherung der Abrede zwischen dem Eigentümer und einem andern, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, durch eine Vormerkung ist für zulässig erklärt (BGB. § 1179; Prot. III S. 606). Hierin ist nur eine Ausnahme von der obigen Regel zu erblicken und deshalb ist jede anderweite, auf Parteibelieben beruhende Ausgestaltung des Rechtes der Eigentümerhypothek für das Gebiet des Sachenrechts ausgeschlossen. (RG. JW. 20 S. A 206, 319). Demgemäß hat das RG. folgende, in der Eintragungsbewilligung enthaltene Klausel für nicht eintragungsfähig erklärt: „Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Betrags, für den das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten." Es sieht hierin nicht eine bloße Tilgungsbedingung, der die Beteiligten durch Eintragung dingliche Wirkung verschaffen können, sondern eine mit

den Vorschriften über den Erwerb der Eigentümerhypothek nicht vereinbare Klausel (KG. RJA. 1 S. 165); dagegen Schweizer in der D. JurZ. 1901 S. 23, Oberneck 1 S. 818, Fuchs 1 S. 463 Nr. 1 c, Planck Nr. 4, Biermann SR. Nr. 2 c, Kober Nr. 5 zu § 1144. — Die von den Bestimmungen des BGB. über die Eigentümerhypothek abweichenden Satzungen der Kreditanstalten, nach denen die Amortisationsbeiträge zunächst zur Ansammlung eines Guthabens des Schuldners bestimmt sind, mit dem erst später die Schuld durch Aufrechnung getilgt wird, die Eigentümerhypothek also erst nach Zahlung aller Amortisationsbeiträge und nach erfolgter Aufrechnung entsteht, leiten ihre Wirksamkeit nur aus den durch Art. 167 EG. z. BGB. in Kraft gelassenen landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. für Preußen Art. 21 AG z. GBO. und G. v. 3. August 1897, GS. S. 388) her (KG. JW. 20 S. A 208, Bd 27 S. A 147). Bezüglich der Kur- u. Neumärkischen Ritterschaftskasse vgl. Ruben in DJZ. 9 S. 597. Die Annahme Kretzschmars, daß bei Amortisationshypotheken die Eigentümerhypothek *immer* erst mit der völligen Tilgung der Schuld entstehe und daher nur dem Eigentümer zustehe, der die letzte Amortisationsrate entrichte, sowie daß bei einer vor völliger Tilgung stattfindenden Zwangsversteigerung der Rest der Hypothek nicht dem Eigentümer, sondern den nachstehenden Hypothekengläubigern gebühre (Lobe's ZBl. 4 S. 323), ist nicht richtig (Oberneck 1 S. 824). Nur für die amortisierbaren Hypotheken jener privilegierten Kreditanstalten können in den Statuten derartige Bestimmungen getroffen werden.

11. Wird eine ursprünglich nicht valutierte Hypothek nachträglich unter Einigung des Eigentümers und des Gläubigers valutiert, sei es durch Barzahlung oder Unterlegung einer anderen Forderung, so wird nicht „die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek nach § 1198 oder die Einschiebung einer anderen Forderung als Grundlage der Hypothek nach § 1180 vorgenommen, sondern die Eigentümergrundschuld, die nach §§ 1163, 1177 allerdings durch Eintragung einer nicht valutierten Hypothek zunächst entstanden ist, wird ohne weiteres durch die nachträgliche Valutierung wieder beseitigt und von der Einschiebung einer anderen Forderung kann keine Rede sein, weil die Forderung dieselbe bleibt. Sonst müßte in der Mehrzahl aller Hypothekenbestellungen, nämlich allemal, wenn die Eintragung vor der Geldhergabe erfolgt, nach der Eintragung noch erst eine Umwandlung der eingetragenen Hypothek in eine Grundschuld des Eigentümers und dann noch wieder deren Rückwandlung in eine Hypothek des Gläubigers vereinbart und eingetragen werden!“ (RG. E. V 574. 04; vgl. für das bisherige Recht RG. E. 44 S. 294.) Von den Befugnissen der §§ 1198, 1180 Gebrauch zu machen, hat der Eigentümer *nur* dann Veranlassung, wenn der ursprüngliche Gläubiger die für ihn eingetragene Hypothek nicht valutieren und der Eigentümer sie anderweitig verwerten will.

12. Bei der *Pfändung* der Eigentümerhypothek treten einige Besonderheiten ein, die neben dem S. 690 ff. Bemerkten zu beachten sind. Steht die Hypothek dem gegenwärtigen Eigentümer des mit ihr belasteten Grundstücks zu, so ist ein Drittschuldner nicht vorhanden; es genügt demnach gemäß § 857 Abs. 2 ZPO. die Zustellung des Verfügungsverbots an den Eigentümer als den Schuldner (RG. E. 43 S. 427, Bd 52 S. 259). Ist die Hypothek von einem früheren Eigentümer erworben (vgl. Nr. 6 S. 918), so ist dieser der Schuldner und der gegenwärtige Eigentümer der Drittschuldner; hier gilt die Regel des § 829 ZPO. (RG. E. 40 S. 395). Die Vollziehung der Pfändung einer Eigentümer-*Briefhypothek* erfolgt durch die Aushändigung des Pfändungsbeschlusses an den Gläubiger, wenn dieser infolge freiwilliger Übergabe des Briefes seitens des Schuldner-Eigentümers in den Besitz des Briefes gekommen oder wenn die Übergabe des Briefes im Wege der Zwangsvollstreckung durch Wegnahme bewirkt ist (ZPO. § 830 Abs. 1). Solange die Pfändung in dieser Weise nicht vollzogen ist, hat sie keine Wirkung (RG. E. 56 S. 184, Bd 59 S. 314). Zur Pfändung der auf eine Eigentümer-Briefgrundschuld bei der Zwangsversteigerung entfallenden Hebung ist außer der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Subhastaten die Übergabe des Briefes oder dessen Wegnahme

Digitized by Google

durch den Gerichtsvollzieher erforderlich (RG. im Recht 1903 S. 240 Nr. 1328). Die Übergabe des Briefes wird nicht dadurch ersetzt, daß dem Pfändungsgläubiger der dem Eigentümer gegen den befriedigten Gläubiger zustehende Anspruch auf Herausgabe des Briefes überwiesen ist. Letzterer ist daher, solange er den Brief in der Hand hat, in der Lage, für eine andere vollstreckbare Forderung an den Eigentümer die Eigentümergrundschuld pfänden und sich überweisen zu lassen. Hat der Eigentümer, dem der Brief vom befriedigten Gläubiger übergeben ist, den Brief einem Dritten ausgehändigt (z. B. als Faustpfand), so kann der Pfändungsgläubiger von dem Dritten die Herausgabe des Briefes an ihn oder dessen Vorlegung an das Grundbuchamt zum Vermerke der Pfändung darauf fordern, wenn er nachweist, daß die Weggabe des Briefes seitens des Eigentümers an den Dritten wegen Fraudulosität der Anfechtung nach dem RG. v. 21. Juli 1879 / 17. Mai 1898 unterliegt (RG. V 378. 04). Der Gläubiger kann auch die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses unter Vorlegung des Briefes herbeiführen, und es bedarf dazu der vorherigen Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht (GBO. § 40 Abs. 2); selbstverständlich muß aber der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer in urkundlicher Form nachgewiesen werden (RG. JW. 28 S. A 133). Steht die Pfändung einer Eigentümer-Buchhypothek in Frage, so ist zu ihrer Vollziehung die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich (RG. E. 55 S. 378, Bd 56 S. 10). Ist die Hypothek bereits auf den Eigentümer umgeschrieben, so erfolgt die Eintragung der Pfändung lediglich auf Grund des Pfändungsbeschlusses (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3). Ist die Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht erfolgt, so bedarf es zwar aus den in Nr. 5 S. 917 angegebenen Gründen auch hier der vorherigen Umschreibung zur Eintragung der Pfändung nicht; es muß aber dem Grundbuchamt in den Formen des § 29 GBO. nachgewiesen werden, daß die Forderung, für welche die Hypothek besteht, nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist (RG. JW. 20 S. A 190, Bd 22 S. A 171, Bd 28 S. A 137, RJA. 4 S. 243, Bd 5 S. 270; RG. RJA. 6 S. 215, Jena RJA. 2 S. 199; a. M. Hoffmann in Lobe's ZBl. 2 S. 639). Durch die Zustellung des die Eigentümerhypothek betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den bisherigen Hypothekengläubiger wird dieser nicht verhindert, die zur Legitimation des Eigentümers erforderlichen Erklärungen (Löschungsbewilligung, Anerkennung des Nichtentstandenseins oder des Erlöschens der Forderung) für den Eigentümer abzugeben; denn nachdem die Hypothek vom Eigentümer erworben ist, wird der bisherige Hypothekengläubiger von den sich an den Schuldner und an den Drittschuldner richtenden Verboten des Pfändungsbeschlusses nicht berührt. Nur der Eigentümer kann über die von ihm erworbene Hypothek verfügen und es genügt daher zur Sicherung des Pfändungsgläubigers, wenn dem Eigentümer verboten wird, die Hypothek durch Löschung aufzuheben und sie an einen Dritten abzutreten. (RG. E. 52 S. 257.) Ist der Gläubiger nicht in der Lage, die Voraussetzungen der Eigentümerhypothek nachzuweisen, so bleibt ihm nur übrig, im Wege der einstweil. Verfügung die Anordnung der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers herbeizuführen, falls er deren Voraussetzungen glaubhaft machen kann (ZPO. §§ 936, 920). Der eingetragene Hypothekengläubiger wird dadurch nicht in seinem Rechte beeinträchtigt. Die Eintragung einer Vormerkung kann nicht in Frage kommen, da ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem das Grundstück belastenden Rechte auf seiten des Gläubigers nicht vorliegt (BGB. § 883; RG. E. 56 S. 10). Steht noch nicht fest, ob die Forderung zur Entstehung gelangen wird, so kann die Pfändung der Eigentümergrundschuld zwar geschehen, aber nur unbeschadet des Rechtes des eingetragenen Gläubigers, die Forderung zur Entstehung zu bringen und dadurch die Hypothek zu erwerben (Friedländer Seuff. Bl. 1904 S. 515, Hirsch ABürgR. 25 S. 237, 248, 251, Jena im Recht 1905 S. 134 Nr. 579). Das OLG. Dresden (Rsp. 2 S. 152) hat in einem Falle, wo der Berichtigungsanspruch des Eigentümers gegen den eingetragenen Gläubiger gepfändet und dem betreibenden Gläubiger überwiesen, darauf die Eintragung eines

Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt war, angeordnet, einzutragen, daß der durch den Widerspruch gesicherte Berichtigungsanspruch des Eigentümers für den betreibenden Gläubiger wegen einer Forderung bestimmten Betrags gepfändet sei. „Befindet sich die Pfändung des Berichtigungsanspruchs im Grundbuch eingetragen" — heißt es in den Gründen — „so ergibt sich daraus für den Fall der Berichtigung des Grundbuchs, daß die für den Eigentümer eingetragene Hypothek mit dem Pfandrechte des Beschwerdeführers belastet ist. Ein dritter Erwerber kann sich infolgedessen nicht auf den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs berufen, muß vielmehr im Hinblick auf den Inhalt des Grundbuchs das Bestehen des Pfandrechts gegen sich gelten lassen; ebensowenig darf das Grundbuchamt auf den Antrag des Eigentümers ohne Zustimmung des Beschwerdeführers löschen (§ 876 BGB)." Die Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers ist für den betreibenden Gläubiger da von Bedeutung, wo der eingetragene Gläubiger noch keine Urkunden in beglaubigter Form ausgestellt hat, aus denen sich ergibt, daß die Hypothek vom Eigentümer erworben oder ihm verblieben ist, wo also die Vorschrift des § 792 ZPO. nicht helfen kann. Nach erhaltener Überweisung des dem Eigentümer gegen den eingetragenen Gläubiger zustehenden Anspruchs auf Ausstellung der zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden (BGB. § 894) kann der betreibende Gläubiger an Stelle des Eigentümers diesen Anspruch gegen den eingetragenen Gläubiger verfolgen und sich dadurch die Urkunden verschaffen, deren er bedarf, um dem Grundbuchamte zum Zwecke der Pfändung der Eigentümerhypothek den Nachweis zu liefern, daß die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. Hoffmann (a. a. O.) verwirft alle übrigen Vorschläge und will den Gläubiger schon vor der Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer gegen Vereitelung oder Beeinträchtigung seines Pfändungsanspruchs bis zur Eintragung der Pfändung durch die Eintragung eines Widerspruchs gegen den eingetragenen Gläubiger und einer Vormerkung gegen den Eigentümer schützen. Vgl. auch Oberneck in Gruch. 47 S. 339 f., Biermann Nr. 7 zu § 1163, Bruck S. 235 ff., 238.

Die Pfändung (wie die Verpfändung und Abtretung) eines Teiles einer Eigentümer-Hypothek oder -Grundschuld läßt sich nur dann durch eine endgültige Eintragung grundbuchmäßig durchführen, wenn feststeht, bis zu welchem Betrage die Hypothek ꝛc. dem Eigentümer und bis zu welchem Betrage sie dem Gläubiger zusteht. Sind z. B. für denselben Gläubiger auf drei Grundstücken drei selbständige Darlehnshypotheken von 15 000, 5000 und 25 000 eingetragen und der Gläubiger hat in einer beglaubigten Urkunde anerkannt, seine Forderung betrage aus den drei Hypotheken zusammen 26 000 und sei zu der Restsumme nicht zur Entstehung gelangt, so kann die für einen persönlichen Gläubiger des Eigentümers zur Beitreibung einer vollstreckbaren Forderung von 625 erfolgte Pfändung und Überweisung zur Einziehung jener Hypotheken, soweit sie Eigentümerhypotheken sind oder werden, samt dem entsprechenden Berichtigungsanspruche des Eigentümers gegen den eingetragenen Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen werden; denn die Teilung einer Hypothek läßt sich nicht durch Eintragung verwirklichen, wenn die Beträge, in welche die Hypothek zerlegt wird, unbestimmt sind, und ebensowenig läßt sich ein Teilhypothekenbrief herstellen, wenn der Teilbetrag der Hypothek, auf den er sich bezieht, nicht bezeichnet werden kann (GBO. § 61). (RG. RJA. 3 S. 107, JW. 29 S. A 186.)

Da das Recht, die Löschung einer Hypothek zu bewilligen, Ausfluß des Verfügungsrechts über die Hypothek ist, so ist die zur Sicherung eines Gläubigers des Eigentümerhypothekars erfolgte Pfändung des Rechts des Eigentümerhypothekars auf Löschung der Eigentümerhypothek nur dann wirksam und eintragungsfähig, wenn für den Gläubiger die Eigentümerhypothek selbst gepfändet ist (RG. JW. 29 S. A 186).

III. 1. Aus den Übergangsbestimmungen des Art. 192 Abs. 1, 193 EG. und des Art. 33 § 1 PrG. z. BGB. (vgl. S. 715 ff.), wonach in Preußen eine Hypothek des früheren Rechtes von der Zeit an, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (also in dem größten Teile der Monarchie vom 1. Januar 1900 an; vgl. Bd II Anm. 2 zu § 82

GBO.), als eine Hypothek des BGB. gilt, ergibt sich unter Anwendung der §§ 1163, 1177 BGB., daß die Hypothek, die nach bisherigem Rechte (kurz gesagt) bis zum 1. Januar 1900 wegen Mangels einer ihr zugrunde liegenden Forderung unwirksam war, mit diesem Zeitpunkt ohne weiteres zu einer gültigen Grundschuld des Eigentümers geworden ist, da auch die nicht valutierte Hypothek dingliche Wirkung hatte (RG. E. 48 S. 48, Planck 6 S. 339 Nr. 3; a. M. KG. JW. 20 S. A 311, 316, Hadicht, Fuchs, Staub, Niedner). Das RG. hat nach wiederholter Prüfung hieran festgehalten und weiter ausgesprochen: 1) eine Hypothek, die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes (PEigG. §§ 63 ff.) noch nicht zur Verfügung des Eigentümers gekommen, steht, als ein lediglich infolge der neuen Gesetzgebung eintretender Erwerb, dem zu, der im Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs Eigentümer des Pfandgrundstücks war oder ist; 2) steht das Pfandgrundstück im Miteigentume mehrerer nach Bruchteilen, so wird der auf jeden Miteigentümer fallende Betrag der Hypothek durch den ihm am Grundstücke gebührenden Eigentumsbruchteil bestimmt (E. 51 S. 398, Gruch. 47 S. 112).

2. Nach dem bisherigen preuß. Grundbuchrecht (EigG. §§ 68, 66; ALR. I 16 § 477) erwarb der Miterbe eines Hypothekengläubigers, der zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks war, während der Dauer der Erbengemeinschaft die Hypothek nicht zu dem seinem Erbteil entsprechenden Betrage, sondern sie stand zur Verfügung der Gesamtheit der Erben bis zur Auseinandersetzung. Erst wenn bei der Erbteilung dem Miterben die Hypothek ganz oder zum Teile übereignet und dieser dadurch zur alleinigen Verfügung über den übereigneten Betrag berechtigt wurde, trat die Konfusion ein und erwarb der Miterbe als Eigentümer des belasteten Grundstücks die Hypothek. Die Frage, ob die Konfusion infolge Erbgangs eingetreten sei, ist nach dem früheren Rechte zu beurteilen, wenn der Erbfall vor dem 1. Januar 1900 liegt (EG. z. BGB. Art. 213). Hat z. B. der Eigentümer des belasteten Grundstücks vor dem 1. Januar 1900 den Gläubiger der darauf eingetragenen Hypothek mit zwei andern Personen beerbt, so können während der Dauer der Erbengemeinschaft die sämtlichen Miterben darüber als über eine Hypothek mit unterliegender Forderung verfügen, sie unter Herabsetzung der Zinsen abtreten usw., und die Hypothek ist nicht zu dem dem Erbteile des Eigentümers entsprechenden Betrage von einem Drittel nach § 1177 Abs. 1 BGB. zur Grundschuld geworden. Die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person und ihre Verwandlung in eine Grundschuld tritt erst ein, wenn dem Eigentümer-Miterben die Hypothek bei der Erbteilung übereignet wird. (KG. JW. 20 S. A 317.) Ist der Erbfall nach dem 1. Januar 1900 eingetreten und deshalb das BGB. zur Anwendung zu bringen, so ist die Frage der Vereinigung und der Entstehung der Eigentümerhypothek ebenso zu beurteilen (BGB. §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040; Oberneck 1 S. 668). Vgl. auch Anm. Lit. c S. 914.

§ 1164.

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend machen.

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen.

1. „Dem persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist, kann gegen den Eigentümer ein Anspruch darauf zustehen, daß dieser den Gläubiger befriedige. Ein solcher Fall ist namentlich gegeben, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung

des Veräußerers jedoch fortbesteht, weil die Schuldübernahme mangels der Genehmigung des Gläubigers nicht zustande gekommen ist (§ 416). Ist hier der persönliche Schuldner genötigt, den Gläubiger zu befriedigen, so erlangt er mit der Befriedigung einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer, der ihm gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war. Durch die Befriedigung des Gläubigers würde aber zugleich der zeitige Eigentümer nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek erwerben. Ihm würde also trotz dem ihm selbst oder seinem Rechtsvorgänger zur Last fallenden pflichtwidrigen Verhalten aus der Leistung des Schuldners ein Vorteil erwachsen. Die Billigkeit erfordert aber, daß die durch diese Leistung freigewordene Hypothek dem Schuldner zur Sicherung seines Ersatzanspruchs zufällt. Das BGB. läßt daher die Hypothek auf den Schuldner insoweit übergehen, als dieser vom Eigentümer oder von einem von dessen Rechtsvorgängern Ersatz verlangen kann (§ 1164 Abs. 1 Satz 1). Geht die Hypothek hiernach zum Teile auf den Schuldner, zum Teile auf den Eigentümer über, so darf, wie § 1164 Abs. 1 Satz 2 im Interesse des Schuldners ausdrücklich vorsieht, der Eigentümer seine Hypothek nicht zum Nachteile des Schuldners geltend machen. Eine Erweiterung erfährt der Schutz des persönlichen Schuldners noch durch die Vorschrift des § 1164 Abs. 2, wonach es der Befriedigung des Gläubigers durch diesen Schuldner gleichsteht, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen." (Denkschr. S. 221; ebenso RG. V 211. 04.)

2. Durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt die Schuld, ohne Unterschied, von wem der Gläubiger befriedigt wird (§ 362). Hieran ändert § 1164 nichts. (Planck Nr. 3; a. M. Fuchs Nr. 6, zu § 1164, der den Schuldner die Forderung miterwerben läßt.) Es kommt deshalb nur noch das Schicksal der Hypothek in Frage. Nach der Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 2 würde die Hypothek infolge des Erlöschens der Forderung der Eigentümer erwerben. Davon läßt § 1164 Abs. 1 Satz 1 eine Ausnahme dahin zu, daß mit der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist, die Hypothek in dem Falle nicht auf den Eigentümer, sondern auf den Schuldner übergeht, wenn dieser vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz des zur Befriedigung des Gläubigers Geleisteten verlangen kann, wie z. B. in den Fällen der §§ 415, 416, 2166—2168. Die Voraussetzung solchen Ausnahmefalls hat im Streitfalle der Schuldner zu beweisen. Liegt sie nicht vor, so bleibt es bei der Regel, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Befindet sich der persönliche Schuldner im Konkurse, so fällt die Hypothek in die Masse.

Der ersatzberechtigte Schuldner erwirbt die Hypothek — wie im Falle des § 1163 der Eigentümer — so, wie sie jetzt besteht, also ohne Forderung, es wird ihm nicht etwa eine Hypothek für seinen Ersatzanspruch gewährt (a. M. Fuchs Nr. 6, Biermann Nr. 2, Kober Nr. I 1 b, Planck Nr. 3 zu § 1164, Gierke SR. S. 886 A. 38 u. a.). Bei der 2. Lesung hat man die Frage, ob der Fortbestand der durch die Befriedigung des Gläubigers getilgten Forderung zu fingieren sei, der juristischen Konstruktion überlassen (Prot. III S. 728).

3. Erreicht der Betrag des Ersatzanspruchs des Schuldners nicht den Betrag der Hypothek, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek zu dem vom Schuldner nicht zu beanspruchenden Teile. Der auf den Schuldner übergehende Teil der Hypothek wird seiner Größe nach nicht durch das zur Befriedigung des Gläubigers Geleistete, sondern durch die Höhe des Ersatzanspruchs bestimmt; selbstverständlich kann er nicht größer sein als der Betrag, um den die Forderung des Gläubigers durch dessen Befriedigung vermindert ist. Eigentümer und Schuldner erwerben die ihnen gebührenden Teilbeträge nicht zu gleichem Rechte, sondern der Eigentümer steht dem Schuldner nach: aus den Kaufgeldern des zwangsversteigerten Pfandgrundstücks wird in erster Linie der Schuldner für seinen Hypothekenteil befriedigt (§ 1164 Abs. 1 Satz 2). Ist der Gläubiger nur zum Teile befriedigt, so hat der ihm verbleibende Teil der Hypothek den Vorrang vor dem dem Schuldner oder dem Eigentümer zufallenden Teile (§ 1176).

Digitized by Google

4. Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person des Schuldners oder des Gläubigers (§ 1164 Abs. 2), erwirbt der Schuldner die Forderung durch Erbgang oder beerbt der Gläubiger den Schuldner, so wird dadurch bewirkt einmal, daß die Schuld, für welche die Hypothek besteht, erlischt, ferner daß im ersten Falle der Schuldner die Hypothek erwirbt und daß im anderen der Gläubiger die Hypothek so weit behält, als dem Schuldner ein Ersatzanspruch an den Eigentümer zusteht, daß die Hypothek aber auf den Eigentümer so weit übergeht, als dies nicht zutrifft. Der Gläubiger verliert also dadurch, daß er den Schuldner, dem kein Ersatzanspruch zusteht, beerbt, seine Forderung und seine Hypothek. Solcher Schuldner wird von seiner Schuld gegen den bisherigen Gläubiger befreit und hat keinen Anspruch auf die Hypothek. Beide haben dagegen den Vorteil, daß die Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Eigentümer, diesen von der Schuld zu befreien, wegfällt.

5. Der § 1164 findet für die Fälle, in denen dem vom persönlichen Schuldner befriedigten Gläubiger eine Gesamthypothek zustand, seine Ergänzung im § 1174. Danach geht, wenn der Schuldner nur vom Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf den Schuldner über, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt.

6. Erwirbt der Schuldner durch die Befriedigung des Gläubigers die Hypothek oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so kann er vom Gläubiger die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden oder bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers, deren Vorlegung beim Grundbuchamte verlangen (§§ 1167, 1144, 1145).

Zum Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs genügt nicht die Vorlegung der Quittung des Gläubigers (§ 368), wonach er vom Schuldner befriedigt ist, sondern es bedarf dazu auch des Nachweises durch öffentliche Urkunden oder durch die vom Eigentümer vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung (GBO. § 29), daß dem Schuldner der Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zustehe. Am einfachsten wird der Nachweis durch die vom Eigentümer erklärte Bewilligung der Umschreibung der Hypothek oder eines Teiles davon auf den Schuldner erbracht (GBO. § 19).

7. Der § 1164 ist von der Anwendung auf Sicherungshypotheken nicht ausgeschlossen (Prot. III S. 688 Nr. 2). Auf Grundschulden kann er nicht angewendet werden, weil in ihm ein persönlicher Schuldner vorausgesetzt wird, der bei der Grundschuld fehlt (so Fischer, Biermann, Böhm, Planck, Kober, anders Kuhlenbeck S. 804 Nr. 3). Bei der 2. Lesung wurde zwar die Ansicht vertreten, der § 1164 sei entsprechend anzuwenden, wenn neben der Grundschuld eine persönliche Schuld bestehe. Es wurde ihr aber entschieden widersprochen. Die Kommission glaubte zu dieser Frage nicht Stellung nehmen zu müssen. (Prot. III S. 709 VIII.)

8. Eine Bemerkung Boehms (S. 244 B) bedarf der Berichtigung. Indem er meint, daß die Vorschriften über den guten Glauben zur Anwendung kommen, so daß dem persönlichen Schuldner gegenüber Abreden zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger und Mängel der Hypothek nur so weit entgegengesetzt werden könnten, als sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder ihm sonst bekannt sind: übersieht er, daß auf seiten des Schuldners kein Erwerb durch Rechtsgeschäft vorliegt, sondern ein Erwerb kraft Gesetzes, der, wie auch er (S. 59 Nr. III) annimmt, nicht dem Schutze des § 892 untersteht (so auch Planck Nr. 3 Abs. 2, Fuchs Nr. 7, Kober Nr. I 1 c zu § 1164). Darüber, ob der Schuldner durch Befriedigung des eingetragenen Nichtgläubigers gegenüber dem wahren Gläubiger befreit wird, streiten Fuchs (Nr. 7) und Biermann (Nr. 2 zu § 1164). Jener bejaht unter Berufung auf § 893, dieser verneint, weil nach § 1138 die §§ 891—899 in Ansehung der Forderung nur für die Hypothek gelten, die Hypothek aber hier nicht in Frage komme. Biermann ist wohl beizutreten.

Digitized by Google

9. Der § 1164 findet auch auf ältere preuß. Hypotheken Anwendung, wenn die Befriedigung des Gläubigers oder die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist (RG. E. 53 S. 378).

§ 1165.

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können.

I. Unter der Herrschaft der preuß. Grundbuchgesetze v. 1872 ist es vorgekommen, daß der Gläubiger einer vom Grundstückserwerber in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Hypothek, für die der Veräußerer als persönlicher Schuldner haftete, in Gemeinschaft mit dem Erwerber den Veräußerer durch Vornahme von Rechtsgeschäften, die sich wenigstens äußerlich als gesetzmäßig darstellten, geschädigt hat. Dem Bestreben der Literatur, dem Veräußerer zu Hilfe zu kommen (Turnau I S. 804), hat sich das RG., das bei Anwendung des älteren preuß. Hypothekenrechts der entgegengesetzten Meinung des OTrib. (E. 9 S. 264) gefolgt war (E. 16 S. 244), auf der Grundlage des § 41 EigG. angeschlossen (RG. E. 28 S. 187, JW. 1892 S. 167 Nr. 38, S. 173 Nr. 60).

Dieser Rechtsprechung folgt der § 1165 BGB. Er beruht auf folgenden Erwägungen. Nach § 1164 „solle, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedige, die Hypothek insoweit auf den Schuldner übergehen, als dieser vom Eigentümer Ersatz verlangen kann. Der Zweck dieser hauptsächlich auf den Fall einer vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme (vgl. § 416) berechneten Vorschrift, den persönlichen Schuldner zu schützen, werde vereitelt, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichten oder einem anderen Rechte den Vorrang einräumen könnte, ohne daß dadurch sein Recht gegen den persönlichen Schuldner beeinflußt würde. Nach der Auffassung des Verkehrs diene jedoch die persönliche Haftung eines solchen Schuldners nur zur Ergänzung der etwa unzureichenden Realsicherheit des Gläubigers; in erster Linie müsse sich dieser an das Grundstück halten. Die Billigkeit erfordere, daß der Schuldner insoweit frei werde, als der Gläubiger durch seine Verfügungen verhindere, daß der Schuldner, wenn er bezahle, zur Sicherung seines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer die Hypothek mit ihrem ursprünglichen Range erwerbe. Die Vorschrift des § 1165 stimme überein mit der auf die Bürgschaft bezüglichen Bestimmung des § 776." (Prot. III S. 609 V.)

II. 1. Im § 1165 ist für die Fälle, in denen der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner einer Hypothekenforderung vom Eigentümer des Pfandgrundstücks Ersatz verlangen kann, bestimmt, daß der Schuldner von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit in dem Augenblicke kraft Gesetzes frei wird, wo der Gläubiger durch gewisse Verfügungen, die ihm an sich nach dem Gesetze nicht verwehrt sind, die Hypothek ganz oder teilweise entwertet, und zwar insoweit frei, als er ohne diese Verfügungen aus der Hypothek seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hätte befriedigen können. Die Vorschrift findet nicht nur Anwendung, wenn der im § 1164 vorausgesetzte Tatbestand vorliegt, daß die Hypothek noch besteht und dem Schuldner als Ersatz dienen kann, sondern auch dann, wenn bei der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners die Hypothek infolge Ausfalls bei der Zwangsversteigerung erloschen ist. Letztes wird sogar die Regel sein. Hat sich bei der Zwangsversteigerung die Wertminderung der Hypothek durch ihren Ausfall bereits herausgestellt, so ist der Schuldner, falls der Gläubiger durch seine Verfügung die Entwertung der Hypothek verursacht hat, insoweit frei geworden, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek würde Ersatz erlangen können, wenn sie noch bestände. (RG. E. 58 S. 425.)

2. Die Ausdrücke Verzicht auf die Hypothek, Aufhebung der Hypothek, Einräumung des Vorrangs sind auch im § 1165 in ihrer technischen Bedeutung (§§ 1168, 1183, 880) gebraucht. Was insbesondere den Verzicht angeht, so ist darunter, wie in den §§ 1168, 1175 Abs. 1, eine Erklärung des Gläubigers zu verstehen, welche die Enthaftung des Pfandgrundstücks herbeigeführt hat. Als Verzicht gilt nicht ein jedes Verhalten des Gläubigers, durch das eine Entwertung der Hypothek herbeigeführt ist. Der Gläubiger

Digitized by Google

ist nicht verpflichtet, zur Verhütung der Verschlechterung des Pfandgrundstücks oder des Zubehörs von den Sicherungsmitteln der §§ 1133 bis 1135 Gebrauch zu machen. Unterläßt er dies oder gestattet er geradezu dem Eigentümer die Veräußerung und Wegschaffung des Inventars vom Pfandgrundstück und damit dessen Ausscheiden aus der Pfandhaft, so ist darin ein Verzicht auf die Hypothek, wie ihn § 1165 voraussetzt, nicht enthalten. Wohl aber kann darin ein Tatbestand vorliegen, der dem Schuldner eine exceptio doli generalis gibt. Denn mit den im § 1165 bezeichneten Verfügungen des Gläubigers wird diese Einrede nicht erschöpft. Zu ihrer Begründung ist aber erforderlich, daß der Gläubiger wider Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstoßen, daß er absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage des Schuldners verschlechtert hat. Das Geschehenlassen oder Gestatten der Veräußerung und des Wegschaffens des Inventars vom Pfandgrundstück allein genügt nicht; es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die jene Absicht des Gläubigers erkennrn lassen. (RG. E. 58 S. 425.)

3. Dadurch, daß neben dem mit dem Grundstücke haftenden Eigentümer noch ein persönlich haftender Schuldner der Forderung vorhanden ist, wird der Gläubiger in seiner Befugnis, über die Hypothek zu verfügen, nicht beschränkt. Die Wirksamkeit des Verzichts, der Aufhebung, der Vorrechtseinräumung ist nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängig (§§ 1168, 1183, 880). Befriedigt der Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek, falls sie nicht auf Grund des Verzichts oder der Aufhebung durch Löschung im Grundbuch aufgehoben ist (§ 875), mit dem Vorrange, der ihr gegenwärtig zusteht, auf den Schuldner über (§ 1164). Hat der Gläubiger in das Recht des Schuldners auf den Erwerb der Hypothek dadurch eingegriffen, daß er der Forderung die Sicherheit, die ihr durch die Hypothek gegeben war, durch eine Verfügung entzogen oder geschmälert hat, so kann der Schuldner gegen die Klage des Gläubigers auf Befriedigung geltend machen, daß er infolge der Verfügungen des Gläubigers nicht mehr in der Lage sei, den Ersatz aus der Hypothek zu erlangen, der ihm ohne diese Verfügungen geworden wäre, daß er insoweit von der persönlichen Schuld frei geworden sei. Der Schuldner muß dies beweisen. Hat der Schuldner den Gläubiger befriedigt, so kann er das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nicht wußte, daß er infolge der Verfügungen des Gläubigers frei geworden war (§§ 812, 814). Nimmt der Gläubiger die den Schuldner schädigende Verfügung mit Einwilligung des Schuldners vor, so wird sie auch gegenüber dem Schuldner wirksam und dieser wird nicht befreit (abweichend Fuchs S. 532 Nr. 2).

4. Nur dem Schuldner steht das Recht aus § 1165 zu, der dem Eigentümer gegenüber nicht verpflichtet war, den Gläubiger zu befriedigen. Hat der Eigentümer für die Schuld eines Dritten Hypothek bestellt, ohne dadurch eine ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, oder hat der Eigentümer das Grundstück ohne Übernahme der darauf hypothekarisch haftenden Schuld erworben und ist deshalb ihm gegenüber der Veräußerer zur Befreiung des Grundstücks von der darauf haftenden Schuld verpflichtet (§§ 434, 439 Abs. 2), so erlangt der dritte Schuldner bezw. der Veräußerer durch die Befriedigung des Gläubigers keinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer und daher kein Recht auf den Erwerb der Hypothek; die Rechtslage der Hypothek ist für ihn bedeutungslos. Steht dagegen der Eigentümer, der für die Schuld des Dritten Hypothek bestellt hat, zu diesem in einem Rechtsverhältnisse, wodurch er dem Schuldner, falls dieser den Gläubiger befriedigt, ersatzpflichtig wird, oder hat der Eigentümer das Grundstück unter Übernahme der darauf eingetragenen Schuld erworben und ist er infolgedessen zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet (§ 415 Abs. 3), so geht auf den Schuldner durch die Befriedigung des Gläubigrrs die Hypothek mit dem Einwand aus § 1165 über.

Die Anwendung des § 1165 ist nicht auf diese gewöhnlichsten Fälle beschränkt, sondern seine Fassung ist weit genug, um auch Fälle anderer Art darunter zu ziehen, in denen ein Ersatzanspruch des Schuldners gegen den Eigentümer begründet ist. Das RGer. hat folgenden (hier vereinfachten) Fall entschieden. A hatte von B ein Gasthausgrundstück unter

der Bedingung gekauft, daß der Vertrag ohne weiteres aufgehoben sein solle, wenn ihm die Wirtschaftskonzession nicht erteilt werde. Die Anzahlung von 6000 Mk. war dem B in der Weise geleistet, daß A von C die 6000 Mk. entlieh und dieser sie dem B ausgehändigt hatte. A hatte dem C eine Schuldverschreibung ausgestellt und B gleichzeitig das ihm noch gehörige, dem A verkaufte Grundstück für das Darlehn verpfändet und es darauf für C eintragen lassen. Die Wirtschaftskonzession wurde nicht erteilt und C klagte gegen B als den dinglichen Schuldner die Hypothek ein, verglich sich aber im Prozesse mit B dahin, daß B dem C 4500 Mk. zahle. Dann wurde die ganze Hypothek der 6000 Mk. gelöscht. Als C darauf den A wegen des Restes von 1500 Mk. in Anspruch nahm, ist die Klage abgewiesen, weil durch den Verzicht des C auf den Rest der Hypothek und durch die Löschung der Hypothek jede Verbindlichkeit des A erloschen sei. Es ist angenommen, daß die von B für die formell ihm fremde Darlehnsschuld des A bestellte Hypothek für den Fall der Versagung der Wirtschaftskonzession und der infolge dessen eingetretenen Rückzahlungspflicht des B materiell zugleich dem A als Sicherheit für die Rückzahlung des Kaufgeldes von 6000 Mk. gedient habe, und daß C durch seinen Verzicht das Recht des A auf die Hypothek, welche, wenn sie nicht gelöscht wäre, auf A, der vom B hätte Ersatz verlangen können, gemäß § 1164 übergegangen wäre, illusorisch gemacht habe. (RG. E. 53 S. 378.)

5. Nicht die bloße Tatsache des Verzichts, der Aufhebung, der Vorrechtseinräumung befreit den persönlichen Schuldner. Um diesen Erfolg zu erreichen, muß der Schuldner nachweisen, daß er aus der Hypothek würde Ersatz erlangen können, wenn sie noch unverändert bestände. Ob der Schuldner etwa aus dem sonstigen Vermögen des Ersatzpflichtigen Befriedigung wegen seiner Ersatzforderung erlangen kann, ist unerheblich (Planck Nr. 2 zu § 1165). War die Hypothek ihres ursprünglichen Ranges wegen so schlecht, daß sie für die Forderung keine oder nur ungenügende Sicherheit gewährte, so wird der Schuldner nicht oder nicht zum vollen Betrage der Schuld frei. Verlangt der Gläubiger nach bereits durchgeführter Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks vom Schuldner Befriedigung, so ergibt sich der Betrag, zu dem der Schuldner frei ist, aus dem Betrage der Hebung, der auf die unverändert bestehende Hypothek bei der Kaufgelderverteilung gefallen sein würde. Greift der Gläubiger den Schuldner früher an, so ist dieser Betrag durch Ermittlung des Wertes des Pfandgrundstücks und des sich daraus nach Abzug des Wertes der vorgehenden Rechte ergebenden Wertes der unveränderten Hypothek festzustellen.

6. Der § 1165 findet auch dann Anwendung, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger einer Gesamthypothek befriedigt und vom Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks Ersatz verlangen kann (§ 1174; Prot. III S. 636 III). Auf den Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, obwohl er nicht persönlicher Schuldner ist, findet § 1165 nicht Anwendung.

7. Sind bei einer älteren preuß. Hypothek die Erlöschungsgründe des § 1164 (Befriedigung, Vereinigung) erst unter der Herrschaft des BGB. eingetreten, so findet auch der § 1165, der nur eine praktische Konsequenz und eine Ergänzung des § 1164 ist, Anwendung (RG. E. 53 S. 378).

§ 1166.

Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

1. Diese Bestimmung ist einer Anregung Dernburgs (HypR. § 10 Nr. 4) zu verdanken. Sie berücksichtigt die Fälle, in denen der Gläubiger bei der von ihm betriebenen Zwangsversteigerung des Grundstücks einen Ausfall erlitten hat und dann wegen dieses Ausfalls den persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer war, in Anspruch nimmt; sie geht davon aus, daß der Hypothekengläubiger, wenn er die Zwangsversteigerung des

Grundstücks betreibt, nach Treu und Glauben verpflichtet sei, den persönlichen Schuldner, der vom Zwangsversteigerungsverfahren keine Nachricht erhält (ZVG. § 9), unverzüglich zu benachrichtigen, um ihm Gelegenheit zu geben, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter auf Erzielung eines angemessenen Preises hinzuwirken und dadurch den Ausfall der Hypothek zu verhindern. Es beruht lediglich auf Billigkeitsgründen, daß der Schuldner, wenn eine solche Benachrichtigung unterblieben ist, dem Gläubiger die Befriedigung wegen eines Ausfalls insoweit verweigern kann, als er infolge der Unterlassung einen Schaden erleidet. (Prot. III S. 612; Denkschr. S. 222.)

2. Nur schuldhafte Unterlassung der rechtzeitigen (§ 121) Benachrichtigung zieht den Rechtsnachteil des § 1166 für den Gläubiger nach sich. Die Pflicht zur Benachrichtigung tritt daher nur so weit ein, als sie tunlich, also der Schuldner seiner Person und seinem Aufenthalte nach dem Gläubiger bekannt und erreichbar ist (Prot. III S. 612). Der Gläubiger genügt dieser Pflicht, wenn er die Einleitung der Zwangsversteigerung unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1), nach Eingang des sie anordnenden Gerichtsbeschlusses dem Schuldner mitteilt. Von dem später bestimmten Versteigerungstermine braucht er dem Schuldner keine Kenntnis zu geben, da dieser nunmehr in der Lage ist, sich selbst davon zu unterrichten (a. M. Fuchs S. 534 Nr. 2 c). Der Gläubiger kann sich nicht damit entschuldigen, daß er vom Ersatzanspruche des persönlichen Schuldners keine Kenntnis gehabt habe; er ist vielmehr in allen Fällen zur Benachrichtigung verpflichtet und nur der Schadenersatzanspruch des Schuldners ist vom Bestehen der Ersatzpflicht des Eigentümers abhängig. Die Fassung des § 1166 ist freilich irreführend. Dem Gläubiger steht auch nicht die Replik zu, daß die Benachrichtigung, obwohl sie nicht untunlich war, ohne sein Verschulden unterblieben sei (Planck Nr. 4 a zu § 1166).

3. Nicht jedem Gläubiger ist die Benachrichtigungspflicht auferlegt; sie ist beschränkt auf den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger, also den Gläubiger, auf dessen Antrag die Zwangsversteigerung angeordnet oder aber der auf Antrag eines anderen angeordneten Zwangsversteigerung beigetreten ist (RG. V 168. 04). „Ein besonderer Schutz des Schuldners" — wurde bei der 2. Lesung geltend gemacht — „sei nur in den Fällen durch das praktische Bedürfnis geboten, in denen ein Gläubiger mit einer ersten oder doch durchaus sicheren Hypothek, namentlich eine Hypothekenbank, die Zwangsversteigerung betreibe, das Grundstück selbst gegen ein ganz niedriges Gebot erstehe und sich dann wegen seines Ausfalls an den persönlichen Schuldner halte, obwohl er durch den Wert des von ihm erworbenen Grundstücks wegen seiner Forderung mehr als gedeckt sei. Dagegen sei es ungerechtfertigt, auch jeden dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Hypothekar bei Vermeidung von empfindlichen Rechtsnachteilen zur Benachrichtigung des Schuldners zu verpflichten. Bei solchen Nachhypotheken handle es sich häufig um wenig geschäftskundige Personen, die dem Eigentümer aus verwandtschaftlichen oder anderen persönlichen Rücksichten Kredit gewährten und dabei von vornherein ihre wesentliche Sicherheit in der persönlichen Haftung des Schuldners, nicht in der Hypothek erblickten. Diesen Personen gegenüber wäre es unbillig und gefährlich, die Erhaltung des persönlichen Anspruchs von einer Benachrichtigung abhängig zu machen, an die sie tatsächlich oft nicht denken würden." (Prot. III S. 612.)

4. Die rechtzeitig anderweit erlangte Kenntnis des Schuldners von der Zwangsversteigerung schließt selbstverständlich die Ersatzpflicht aus, da sie den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Unterlassung des Gläubigers und dem Schaden des Schuldners aufhebt (Prot. III S. 613). Diese Kenntnis muß der Gläubiger, wenn er den Schuldner nicht von der Zwangsversteigerung benachrichtigt hat, beweisen. Ebenso ist der Gläubiger für seine Behauptung beweispflichtig, die unterbliebene Benachrichtigung sei untunlich gewesen. Insoweit besteht keine Meinungsverschiedenheit. Im übrigen gehen die Ansichten über die Beweispflicht für die Benachrichtigung von der Zwangsversteigerung, soweit wie möglich, auseinander. Planck (3 S. 560 Nr. 4 a) und Neumann (Anm. 3 zu § 1166) sehen zwar in

der Verweigerung der Befriedigung des Gläubigers die Geltendmachung einer Einrede des Schuldners, verlangen aber vom Gläubiger den Nachweis der unverzüglichen Benachrichtigung des Schuldners. Nach Fuchs (1 S. 535) hat der Schuldner zu beweisen, daß er vom Gläubiger nicht oder nicht unverzüglich benachrichtigt sei. Dafür hatte sich auch die 2. Auflage dieses Werkes (1 S. 757 Nr. 5) ausgesprochen. Biermann zu § 1166 hält den Schuldner für die Nichtbenachrichtigung, dagegen den Gläubiger für deren Unverzüglichkeit für beweispflichtig. Das RG. will den Schuldner vor dem immer mißlichen Beweis einer Negative bewahren und tritt Planck dahin bei, daß der Gläubiger nachweisen muß, er habe den Schuldner unverzüglich von der Zwangsversteigerung benachrichtigt. Um aber nicht in den Widerspruch zu verfallen, daß der Gläubiger die tatsächlichen Unterlagen der Einrede des Schuldners zu beweisen habe, nimmt es an, der Schuldner mache, indem er die Befriedigung des klagenden Gläubigers verweigere, keine von ihm zu beweisende Einrede geltend, sondern bestreite, daß dem Gläubiger der eingeklagte Anspruch zustehe. Wenn auch nicht zur Begründung der Klage die Behauptung der unverzüglich erfolgten Benachrichtigung des Schuldners gefordert zu werden brauche, so beruhe der Klageanspruch doch immerhin auf der stillschweigenden Voraussetzung, daß die Benachrichtigung rechtzeitig erfolgt sei; denn wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so sei noch durch den § 1166 seinem Sinne nach der Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung wegen seines Ausfalls davon abhängig gemacht, daß der Gläubiger den Schuldner von der Zwangsversteigerung unverzüglich benachrichtigt habe. Das RG. hat zugleich ausgesprochen: wenn der Schuldner, um seinen Schaden darzutun, behaupte, er hätte die ausgefallene Hypothek ausgeboten oder ausbieten lassen, wenn er rechtzeitig Kenntnis von dem Betreiben der Zwangsvollstreckung erhalten hätte, wodurch der Ausfall des Gläubigers vermieden wäre, so müsse er, auch wenn der Gläubiger nur einen Teil seiner Ausfallforderung eingeklagt habe, ohne auf den Überrest zu verzichten, nachweisen, daß der Gläubiger nicht nur zu dem eingeklagten Teile, sondern überhaupt keinen Ausfall erlitten habe, weil dem Gläubiger die ganze Ausfallforderung zu Gebote stehe, aus der er den zur Begründung seiner Teilforderung erforderlichen Betrag entnehmen könne. Die frühere Rechtsprechung, betreffend den Kompensationseinwand gegenüber einer Teilforderung (OTrib. E. 77 S. 225; ROHG. E. 15 S. 107; RG. E. 7 S. 243, Bd 13 S. 172), hält es nicht für anwendbar. Endlich sieht das RG. für die Begründung des vom Schuldner erlittenen Schadens den Umstand als wesentlich an, daß der Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedige, vom Eigentümer des Pfandgrundstücks, der die Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen habe, zwar Ersatz verlangen, aber, weil dieser unvermögend sei, nicht erlangen könne. (RG. E. 54 S. 369.)

5. Als Rechtsnachteil tritt nicht der Verlust des persönlichen Anspruchs auf seiten des Gläubigers ein. „Eine solche Regelung würde dem Schuldner auf Kosten des Gläubigers in den Fällen ungerecht begünstigen, in denen er nach seinem persönlichen Verhältnisse zum Eigentümer diesem gegenüber zur Tragung der Schuld verpflichtet ist; wenn der Schuldner im Falle voller Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke dem Eigentümer den Betrag der Forderung erstatten müsse, so habe er keinen Schaden, wenn im Falle teilweisen Ausfalls der Gläubiger den ausgefallenen Teil der Forderung von ihm verlange." Das schuldhafte Unterlassen der Benachrichtigung hat daher nur die Verpflichtung zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens zur Folge. (Prot. III S. 613.) Und Schaden kann nur der persönliche Schuldner erleiden, der berechtigt ist, vom Eigentümer Ersatz zu verlangen, und dies beweist (vgl. Anm. 3 S. 927). Der § 1166 findet auch dann Anwendung, wenn der Schuldner von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (Planck Nr. 4 b zu § 1166; RG. V 168. 04).

Der Schuldner hat seine Einrede auf Schadenersatz durch die Behauptung zu begründen, daß ihm ein Ersatzanspruch zustehe und daß das Pfandgrundstück (dem Gläubiger oder einem anderen) unter seinem wirklichen Werte zugeschlagen sei, weil ihn der Gläubiger

in Unkenntnis von der Zwangsversteigerung gelassen habe und er infolgedessen nicht in der Lage gewesen sei, mitzubieten oder andere zur Abgabe höherer Gebote zu veranlassen. Ist das Grundstück für ein seinem Werte entsprechendes Gebot zugeschlagen, dann wird schwerlich ein Schaden nachzuweisen sein; denn der durch ein höheres Gebot entstandene Vorteil des geringeren Ausfalls des Gläubigers würde durch den im Erwerbe des zu teuer bezahlten Grundstücks liegenden Nachteil aufgewogen. Es bedürfte daher des Nachweises besonderer Umstände, die zu der Annahme führen könnten, daß der Schuldner oder ein anderer das Grundstück auch über seinen Wert hinaus ohne Schaden erstanden hätte (RG. V 168. 04). Ist das Grundstück unter seinem Werte zugeschlagen, so kann der Gläubiger durch den Nachweis, dem Schuldner hätten die Mittel zum Erwerbe des Grundstücks gefehlt und dieser habe auch keinen anderen zum Erwerbe des Grundstücks für einen höheren Preis bewegen können, den Schadenersatzanspruch entkräften. Veräußert der Hypothekengläubiger das Grundstück, das er in der Zwangsversteigerung erstanden hat, zu einem das Meistgebot übersteigenden, dem wahren Werte entsprechendem Preise, so ist insoweit kein Schaden nachweisbar (RG. im Recht 1903 S. 83).

6. Der § 1166 findet auf alle Arten von Hypotheken, nicht aber auf Grund- und Rentenschulden Anwendung.

§ 1167.

Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu.

1. Ist der Schuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, nicht der Eigentümer, sei es, daß der Eigentümer die Hypothek für eine eigene Schuld bestellt und dann das Grundstück veräußert, sei es, daß er für eine fremde Schuld die Hypothek bestellt hat, so erheischt die Billigkeit, daß ihm das Recht auf Auslieferung der vom befriedigten Gläubiger auszustellenden Urkunden (vgl. Anm. 1 S. 863) in allen Fällen zugestanden wird, in denen er daran ein rechtliches Interesse hat. Dieses Interesse ist ohne weiteres klar, wenn dem Schuldner ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht und insoweit die Hypothek auf ihn übergeht (§ 1164, 1174); wenn z. B. der Eigentümer sich zur Befreiung des Schuldners verpflichtet hat (vgl. § 415 Abs. 3) und dieser, weil jener seine Verpflichtung nicht erfüllte, zur Befriedigung des Gläubigers genötigt wird. Es liegt ferner vor, wenn der Schuldner zur Befreiung des Grundstücks dem Gläubiger sich verpflichtet hat, gleichviel ob die Hypothek infolge einer Verabredung zwischen beiden vom Eigentümer (also für fremde Schuld) bestellt oder die Verpflichtung vom Schuldner bei der Veräußerung des Grundstücks eingegangen ist. Müßte in solchen Fällen der Schuldner mit einer Quittung des von ihm befriedigten Gläubigers sich begnügen, so wäre der Eigentümer, wenn inzwischen über die Hypothek zugunsten eines Dritten verfügt und der dingliche Anspruch von diesem erhoben würde, der Gefahr ausgesetzt, die vom Schuldner bewirkte Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wiederholen zu müssen (§§ 1137, 1138)." In Betracht kommen auch noch die Fälle, in denen der Schuldner als Gesamtschuldner oder als Bürge den Gläubiger befriedigt und hierdurch dessen Rechte nach § 426 Abs. 2 und § 774 insoweit erwirbt, als er einen Ersatzanspruch gegen die übrigen Schuldner bezw. den Hauptschuldner hat. In diesen Fällen ist der den Gläubiger befriedigende Schuldner an der Erlangung aller zu seiner Legitimation als Erwerber der Forderung unerläßlichen Urkunden interessiert, und die Verpflichtung des Gläubigers darf nicht darauf beschränkt werden, dem ihn befriedigenden Schuldner die zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden zu erteilen. „Dagegen erscheint es nicht ratsam, von einem rechtlichen Interesse überhaupt abzusehen und also jedem Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, die Rechte des die Befriedigung bewirkenden Eigentümers (aus den §§ 1144,

1145) beizulegen. Es wäre dies in hohem Grade bedenklich, wenn der Eigentümer die Hypothek für die Schuld eines Dritten bestellt hat, ohne mit diesem vorher sich benommen zu haben und ohne daß die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag für den Schuldner vorliegen, ferner dann, wenn der Gläubiger selbst der Eigentümer des Grundstücks ist oder die Beschaffung aller Legitimationsurkunden auf Schwierigkeiten stößt, während der Gläubiger sich als solcher mit Leichtigkeit durch Zeugen legitimieren kann. In solchen Fällen muß der Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt, mit dessen Quittung gemäß § 368 Satz 1 sich begnügen, es sei denn, daß er ein rechtliches Interesse an der Erlangung weiterer Urkunden hat. Ein solches Interesse besteht, wenn die Hypothek gelöscht werden soll, auch daran, daß der Eigentümer die Löschung beantragt. Allein das Recht, vom Schuldner Zahlung zu fordern, kann, ohne dem Gläubiger zu nahe zu treten, nicht davon abhängig gemacht werden, daß dieser den Löschungsantrag des Eigentümers beschafft." (Mot. III S. 731.) Im § 1096 Abs. 2 Entw. I war dies durch den Satz „den Löschungsantrag des Eigentümers zu beschaffen, ist der Gläubiger nicht verpflichtet" besonders hervorgehoben. Dieser Satz ist in den § 1167 nicht aufgenommen, weil er für selbstverständlich gehalten wurde (Prot. III S. 610 VI, S. 666 VI).

2. Befriedigt nicht der persönliche Schuldner, sondern ein Dritter den Gläubiger, so gehen auf den Dritten die Forderung mit der Hypothek und damit die Befugnisse der §§ 1144, 1145 nur dann über, wenn er zur Befriedigung des Gläubigers nach § 268 berechtigt ist (§ 1150). Fehlt diese Voraussetzung (§ 268), so kann der Dritte vom Gläubiger nur Quittung fordern (§ 368).

3. Befriedigt der Schuldner den Gläubiger vollständig, so findet § 1144 auch dann Anwendung, wenn er nur teilweise ersatzberechtigt ist, die Hypothek also nur teilweise auf ihn übergeht (a. A. Maenner S. 314 § 70). Doch wird hier der Eigentümer vom Schuldner verlangen können, daß auf dem Briefe vermerkt wird, zu welchen Teilen die Hypothek dem Eigentümer und dem Schuldner zusteht, und daß der Brief analog dem Falle des § 1145 dem Grundbuchamt ꝛc. vorgelegt wird (Biermann, Fuchs, Kober; a. M. Planck Nr. 3 c zu § 1167). Befriedigt er den Gläubiger nur teilweise, so kommt der § 1145 zur Anwendung. Der Schuldner kann dann vom Gläubiger verlangen, daß er auf dem Briefe vermerkt, zu welchem Teile er befriedigt ist, und daß er den Brief zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung dem Grundbuchamt oder zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notar vorlegt. — Erwirbt der Schuldner die Hypothek nicht und hat er auch kein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so kann er vom Gläubiger nur Quittung (§ 368) und eventuell das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei (§ 371 Satz 2), fordern.

§ 1168.

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu.

1. Nachdem durch § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Folgen des Verzichts auf die Forderung (vgl. § 397) bestimmt sind, wird hier die Wirkung des Verzichts auf die Hypothek festgestellt. Auch beim Verzicht auf die Hypothek erwirbt diese der Eigentümer. Die Mehrheit der 2. Kommission war der Ansicht, „daß, nachdem man sich einmal prinzipiell für die Eigentümerhypothek entschieden habe, folgerichtig auch beim Verzichte des Gläubigers auf die Hypothek der Übergang auf den Eigentümer anzunehmen sei. Das Verhältnis zum § 1153 BGB., über das verschiedene Meinungen laut wurden, könne dahingestellt bleiben.

Jedenfalls sei anzuerkennen, daß der Eigentümer, falls der Gläubiger auf die Hypothek verzichte, vielleicht weil er vom Eigentümer andere Sicherheit für seine Forderung erhalten habe, ein Interesse daran haben könne, die Hypothek nicht zur Löschung bringen zu lassen, sie vielmehr als Eigentümerhypothek aufrecht zu erhalten. Andernfalls würden die nachstehenden Hypothekengläubiger aufrücken, wozu kein Anlaß vorliege. Wenn eine Hypothek begründet werde, so liege darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek. Diese könne nicht geltend gemacht werden, solange sie mit dem Rechte des Gläubigers belastet sei. Falle aber das Recht des Gläubigers durch Verzicht fort, so gelange die Eigentümerhypothek zur Wirksamkeit und zwar ohne einen Akt der Übertragung". (Prot. III S. 602 ff.)

2. Die Forderung, für welche die Hypothek besteht, wird durch den Verzicht auf die Hypothek nur insofern berührt, als sie des Hypothekenrechts entkleidet wird. Sie bleibt, wenn nicht zugleich auf sie verzichtet wird, als lediglich persönliche Forderung mit den bisherigen Schuldner- und Gläubigerverhältnissen bestehen. Wer (der Eigentümer oder ein anderer) bisher persönlicher Schuldner war, bleibt es, der Gläubiger behält gegen ihn seine Forderung. Durch den Verzicht auf das Pfandrecht verliert der Gläubiger seine persönliche Forderung nicht (vgl. RG. E. 12 S. 215, Bd 16 S. 247, Gruch. 35 S. 1022, Bd 43 S. 998, JW. 1898 S. 524 Nr. 74, 1899 S. 356 Nr. 61). Wie auch bei der 2. Lesung hervorgehoben wurde, führt die Vorschrift des § 1168 zur Umgehung des § 1153, wenn der Gläubiger sich die persönliche Forderung vorbehält, die Hypothek durch Verzicht auf den Eigentümer überträgt und dadurch eine Trennung von Forderung und Hypothek bewirkt (Prot. III S. 602 ff.). Der Gläubiger kann dann die von der Hypothek losgelöste Forderung abtreten und der Eigentümer kann die von ihm als Grundschuld erworbene Hypothek (§ 1177 Abs. 1) als solche oder unter Verbindung mit einer Forderung (§ 1198) als Hypothek weiter geben.

Da der Verzicht auf die Hypothek unabhängig von der Forderung erfolgt, findet § 1168 auch Anwendung auf Grund- und Rentenschulden. Er findet dagegen nicht Anwendung auf Rückstände und Kosten; da genügt die formlose Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer, eventuell unter Zustimmung eines Drittberechtigten (§ 1178 Abs. 2).

3. Auf welchem obligatorischen Grunde der Verzicht beruht, ob eine Gegenleistung durch Bestellung anderweitiger Sicherheit oder in anderer Weise gewährt wird ꝛc., ist für die Wirkung des dinglichen Rechtsgeschäfts des Verzichts ohne Bedeutung. Der Verzicht erfordert nur die einseitige Erklärung des Gläubigers und (auch bei Briefhypotheken) die Eintragung in das Grundbuch (§ 1168 Abs. 2). Er bedarf nicht der Annahme. Der Zustimmung des Eigentümers, die nach § 1183 zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft und nach § 27 GBO. zur Löschung erforderlich ist, bedarf es nicht, weil durch den Verzicht nicht in Rechte des Eigentümers eingegriffen, dessen Lage vielmehr verbessert wird (RG. JW. 25 S. A 317). Der Verzicht muß, wie im § 875 Abs. 1 Satz 2 für die Aufhebung vorgeschrieben ist, dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber erklärt werden (§§ 130—132). Vor der Eintragung des Verzichts in das Grundbuch ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder dem Eigentümer eine dem § 29 GBO. entsprechende Verzichterklärung ausgehändigt hat. Bis dahin kann der Gläubiger den Verzicht widerrufen. (BGB. § 1168 Abs. 2, § 875 Abs. 2.) Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf der Verzicht nach § 876 der Zustimmung des Dritten, die sofort unwiderruflich ist. Ist der Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt oder dem Eigentümer in einer formellen Urkunde ausgehändigt und vom Gläubiger oder vom Eigentümer der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt, so wird er dadurch nicht unwirksam, daß der Gläubiger in der Verfügung beschränkt wird (§ 1168 Abs. 1 Satz 2, § 873).

4. Durch die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch, welche in Preußen in

Digitized by Google

Spalten 5—7 der III. Abt. erfolgt (A. Vf. v. 20. Novbr 1899 § 12 Abf. 2), erwirbt der im Zeitpunkte des Verzichts vorhandene Eigentümer kraft Gesetzes die Hypothek als Grundschuld nach § 1177 Abf. 1. Hieraus folgt, daß zwar der Gläubiger ohne Einwilligung des Eigentümers auf die Hypothek verzichten und die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch beantragen kann, daß aber die Löschung der Hypothek auf Grund des Verzichts nur mit Zustimmung des Eigentümers, die ohnedies schon nach § 27 GBO. erforderlich ist, erfolgen darf (Colmar Rsp. 6 S.101). Zur Eintragung des Verzichts genügt der Vermerk: „Der Gläubiger hat auf die Hypothek verzichtet." Ist der Verzichtende Erbe des eingetragenen Gläubigers, so bedarf es nach § 41 GBO. seiner vorhergehenden Eintragung nicht (Fuchs Nr. 3, Biermann Nr. 2 zu § 1168; a. M. Oberneck 1 S. 669). Die gesetzliche Folge des Verzichts, der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer, bedarf der Eintragung nicht; die Eintragung dient nur zur Berichtigung des Grundbuchs. Daher bedarf der Eintragungsantrag nicht der Beglaubigung. Der Eigentümer braucht nicht die Eintragung auf seinen Namen herbeizuführen, sondern kann unter Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek diese abtreten und Umschreibung auf den Namen des Zessionars verlangen (Vollenbeck Z. d. d. NotV. 1901 S. 43). Verzicht und Umschreibung auf den Eigentümer können in einem Vermerke zusammengefaßt werden (Anl. A Abt. III Spalte 7 zu 5 der PAVf. v. 20. Novbr. 1899). Betrifft der Verzicht auf die Hypothek die ganze Forderung, so bedarf der Eigentümer der Hilfe des § 1144 nicht, da er als jetziger Gläubiger der Hypothek Eigentümer des Briefes ist (§ 952 Abf. 2) und die Herausgabe des Briefes von dessen Besitzer verlangen kann, der Brief auch bereits zur Eintragung des Verzichts dem Grundbuchamte vorgelegt sein muß (GBO. §§ 42, 62) und er dessen Aushändigung beanspruchen kann. Betrifft der Verzicht nur einen Teil der Forderung, so stehen ihm die im § 1145 bezeichneten Rechte zu (§ 1168 Abf. 2). Bei nur teilweisem Verzichte gebührt dem Gläubiger für den ihm verbleibenden Teil der Hypothek das Vorrecht (§ 1176). Verzichtet der Gläubiger nur auf die Hypothek für Rückstände von Zinsen sowie für Kosten, so findet der § 1178 Anwendung. Über einen Fall, in dem der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek verlangen kann, verhält sich § 1169; über die Folgen des Verzichts für den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner, welcher den Gläubiger befriedigt hat, der § 1165.

5. Die Wirkung des § 1168 tritt nur bei einem Verzicht auf eine bestehende Hypothek ein. Verzichtet ein Hypothekengläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren, nachdem seine Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist (ZVG. §§ 52, 91), auf seine Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse, so erwirbt den auf die Hypothek fallenden Teil des Erlöses nicht der Subhastat nach den Grundsätzen über Eigentümerhypothek, sondern dieser gebührt dem im Range zunächst folgenden ausfallenden Gläubiger, denn die Vorschriften des BGB. über Hypotheken fassen sich in Ermangelung einer entsprechenden Bestimmung nicht auf das anders geartete Recht übertragen, in das sich die erloschene Hypothek aufgelöst hat, auch das Recht, aus dem an die Stelle des Grundstücks getretenen Versteigerungserlöse Befriedigung zu verlangen. (RG. E. 55 S. 261; vgl. Jaecket in Lobe's ZentrBl. 4 S. 203.) Der in der Literatur (z. B. von Oberneck 1 S. 671) erhobene Vorwurf, daß diese Entscheidung mit RG. E. 55 S. 223 im Widerspruche stehe, ist unbegründet. In diesem Falle handelte es sich um eine (Höchstbetrags-) Hypothek, deren zugrunde liegende Forderung zum Teil nicht zur Entstehung gelangt war, also nicht um einen Verzicht auf die Hypothek. Der nicht valutierte Teil der Hypothek steht nach § 1163 von Anbeginn an dem Eigentümer zu, nicht erst von der Erklärung des Gläubigers an, daß er auf diesen Teil der Hypothek nichts zu liquidieren habe. Im Falle E. 55 S. 261 dagegen stand die Hypothek auch noch zur Zeit des Zuschlags dem Gläubiger zu. Immerhin bestehen Zweifel.

Der Verzicht auf die Hypothek kommt nur dem wahren Eigentümer zugute. Ist der im Grundbuch eingetragene nicht der wahre Eigentümer, so erwirbt er die Hypothek nicht; der ihm gegenüber erklärte Verzicht ist nichtig. Nur der wahre Eigentümer erwirbt

die Hypothek, wenn ihm gegenüber der Verzicht erklärt ist. Ist der verzichtende Gläubiger zwar der eingetragene, aber nicht der wahre Gläubiger, so erwirbt der gutgläubige wahre Eigentümer die Hypothek, wenn ihm gegenüber der Verzicht erklärt ist (§ 893). (Vgl. Biermann Nr. 3 und zum Teil anders Fuchs Nr. 4 zu § 1168.)

Verzichtet im Konkurs über das Vermögen des Schuldners der Gläubiger, der zugleich auch persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners ist, nur auf die Hypothek, so fällt diese in die Masse, nicht zur freien Verfügung des Gemeinschuldners (KO. § 64; Jaeger KO. Nr. 4 zu § 47).

6. Das BGB. unterscheidet den Verzicht auf eine Hypothek (§ 1168) und die Aufhebung einer Hypothek durch Rechtsgeschäft (§§ 875, 1183). Der Verzicht im Sinne des § 1168 bedeutet lediglich das Aufgeben des Hypothekenrechts seitens des Gläubigers, wodurch die Forderung nicht berührt und die Hypothek vom Eigentümer erworben wird. Dieser Verzicht wird erst wirksam mit der Eintragung ins Grundbuch. Daraus folgt, daß der Verzicht auf die Hypothek zunächst in das Grundbuch eingetragen werden muß, wenn der Eigentümer die so als Grundschuld erworbene Hypothek zur Löschung bringen will (Oberneck 1 S. 670; a. M. Planck Nr. 2 c zu § 1183). Bei der Aufhebung der Hypothek (§§ 875, 1183) hat die Erklärung des Gläubigers, daß er sein Recht aufgebe, zwar auch Verzichtnatur, aber nicht in dem Sinne des § 1168. Die Erklärung hat nicht die Bedeutung, daß der Gläubiger für seine Person dem Hypothekenrecht entsagt, so daß die Hypothek von einem andern, dem Eigentümer, erworben werden kann; die Erklärung ist vielmehr unmittelbar auf die Aufhebung, die völlige Beseitigung der Hypothek gerichtet, so daß sie, falls der Eigentümer zustimmt, unmittelbar zur Löschung führt. (RG. RJA. 3 S. 35.) Der Gläubiger gibt seine Aufhebungserklärung lediglich zum Zwecke des gänzlichen Erlöschens des Hypothekenrechts ab; sein Wille geht dahin, daß die Hypothek objektiv keinen Bestand mehr haben, insbesondere auch nicht in die Verfügungsmacht eines anderen übergehen soll (RG. JW. 25 S. A 275, 316).

7. Der § 1168 findet nur Anwendung, wenn der Gläubiger auf die Hypothek für die ganze Forderung oder einen Teil davon in Ansehung sämtlicher verhafteten Grundstücke verzichtet. Entläßt der Gläubiger nur eines der mehreren belasteten Grundstücke aus der Mithaft, so erlischt die Hypothek auf dem enthafteten Grundstücke (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). Entläßt der Gläubiger einen Teil des Grundstücks aus der Haft, so wird die Hypothek insoweit Eigentümerhypothek. Daher bedarf es zur pfandfreien Abschreibung des Grundstücksteils nach §§ 27 Abs. 1, 47 Abs. 2 GBO. der Zustimmung des Eigentümers (RG. JW. 25 S. A 317).

8. Betrifft die Schuldübernahme eine Forderung, für die eine Hypothek besteht, so tritt dasselbe ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet: der Eigentümer des belasteten Grundstücks erwirbt die Hypothek. Willigt jedoch der Eigentümer in die Schuldübernahme ein, so treten die Folgen des Verzichts nicht ein: dem Gläubiger verbleibt die Hypothek. (BGB. § 418.)

§ 1169.

Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

1. § 1093 Entw. I stellte als Voraussetzung auf, daß dem persönlichen Schuldner die Einrede gegen die Forderung zustehe. Bei der 2. Lesung wurde dies geändert. Nach § 1169 BGB. kann der Eigentümer alle Einreden, sowohl die dem Schuldner nach § 1137 gegen die Forderung oder die dem Bürgen zustehenden, wie die sich gegen das dingliche Recht richtenden Einreden (§ 1157), gegen den Gläubiger geltend machen, vorausgesetzt, daß dadurch die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird; z. B. die Einrede der Rechtskraft des die Klage des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner

abweisenden Urteils, die Einrede, daß die Belastung ohne rechtlichen Grund erfolgt sei (§§ 812 ff.) oder daß der Gläubiger sich verpflichtet habe, die Hypothek dauernd nicht geltend zu machen (Bruck S. 190). Die Hypothek ist dann für den Gläubiger ein inhaltloses Recht, an dessen formaler Aufrechterhaltung er ein berechtigtes Interesse nicht haben kann. Der Eigentümer wird aber dadurch, daß das Grundbuch die Hypothek als solche des eingetragenen Gläubigers bezeichnet, empfindlich getroffen, weil ihn diese Tatsache daran hindert, die Hypothek für sich zu verwerten. Deshalb ist dem Eigentümer das Recht zugestanden, vom Gläubiger zu verlangen, daß er auf die Hypothek verzichte und dadurch ihren Übergang auf ihn bewirke.

2. Nicht schon dadurch, daß eine Einrede (im Sinne des BGB.; vgl. S. 222) ihm zusteht oder von ihm geltend gemacht wird, geht die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer über; er erwirbt sie erst durch die Eintragung des vom Gläubiger freiwillig erklärten, oder durch rechtskräftiges Urteil erzwungenen Verzichts im Grundbuche (§§ 1168 Abs. 2). Hiermit ist an dem Prinzipe festgehalten, daß die bloße Existenz einer Einrede die Obligation regelmäßig nicht aufhebt, daß vielmehr dem Schuldner nur das Recht erwächst, die Erfüllung der Forderung zu verweigern, und daß beim Verzicht auf die Einrede die ursprüngliche Obligation weiter besteht. § 1169 schließt sich der für das Faustpfand im § 1254 getroffenen Regelung an. (Prot. III S. 601 I.)

Bei der 2. Lesung hat sich die Mehrheit der Kommission dahin ausgesprochen: „Wie das Verhältnis zu konstruieren sei, wenn der Gläubiger in Konkurs gerate, könne theoretisch Schwierigkeiten machen. Sachlich werde aber daran festzuhalten sein, daß der Konkursverwalter die Hypothek im Falle des § 1169 nicht bei der Konkursmasse zurückhalten könne." (Prot. III S. 602 I.) Dem ist beizustimmen.

3. Der Eigentümer kann nicht verlangen, daß der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) die Hypothek gegen Hinterlegung oder Auszahlung des Höchstbetrags aufgebe, da eine Rechtsnorm dieses Inhalts nicht besteht und als Folgesatz aus dem Institute der Sicherungshypothek nicht abzuleiten ist, auch die Möglichkeit, daß der Gläubiger ein begründetes Interesse daran hat, das zu seiner Befriedigung eventuell dienende Wertobjekt einstweilen in einem Grundstück anstatt in einer Geldsumme vor sich zu haben, nicht abzuweisen ist (RG. JW. 1901 S. 311 Nr. 19).

4. Die Klage, die dem Eigentümer im Falle der Weigerung des Gläubigers, den Verzicht zu erklären, zusteht, ist die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004). Gegen die Gefahr, daß der Gläubiger, solange der Verzicht nicht im Grundbuch eingetragen ist, die Hypothek an einen gutgläubigen Erwerber abtritt, kann sich der Eigentümer dadurch schützen, daß er die Eintragung einer Vormerkung (§ 883) oder eines Widerspruchs (§§ 1138, 1157) in das Grundbuch auswirkt. (Übereinstimmend Oberneck in Gruch. 47 S. 326, GBR. § 109 Nr. 2 c, Bruck S. 190, Biermann WV. S. 141 und zu § 1169, Rober 1 b zu § 1169, Schilde S. 71; a. M. Sefler Vormerkung S. 33, Fuchs S. 541, Bendix in Gruch. 49 S. 291 Anm. 4, Planck Nr. 3 Abs. 2 zu § 1169.

5. Vgl. § 886 BGB. mit Anm. II S. 223 f.. Es ist hervorzuheben, daß die peremptorische Einrede der Verjährung den Eigentümer nicht berechtigt, vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek zu verlangen: denn nach § 223 hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek besteht, den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Grundstücke zu fordern. Auch die dem Erben aus der beschränkten Haftung erwachsenden Einreden kommen hier nicht in Betracht (§ 1137 Abs. 1 Satz 2).

6. § 1169 findet auch auf Grund- und Rentenschulden Anwendung, da es sich nicht bloß um Einreden aus der Forderung handelt (Planck Nr. 2 Abs. 3 und Biermann zu § 1169; a. M. Boehm S. 251).

§ 1170.

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek

beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek. Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

1. Ist der Gläubiger einer Hypothek befriedigt oder die Forderung in anderer Weise erloschen, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163). Dadurch, daß der im Grundbuch als Gläubiger Bezeichnete nicht mehr der wirkliche Gläubiger ist, wird das Grundbuch unrichtig und unterliegt der Berichtigung. Die Richtigstellung des Buches kann nur erfolgen, wenn sie von dem, den das Buch als berechtigt ausweist, bewilligt und die Bewilligung in beglaubigter Form dem Grundbuchamte vorgelegt wird (BGB. § 894; GBO. § 19). Es kommen aber Fälle vor, in denen, weil der Buchgläubiger bezw. seine Erben unbekannt sind, der Eigentümer außerstande ist, die Bewilligung zu beschaffen oder ein diese nach § 894 ZPO. ersetzendes Urteil zu erwirken. Für diese Fälle bietet der § 1170 BGB. ein Mittel, wodurch die Berichtigung des Grundbuchs ermöglicht wird. Das im Aufgebotsverfahren erlassene Ausschlußurteil versetzt den Eigentümer in die gleiche Lage, in der er sich befinden würde, wenn der eingetragene Gläubiger ihm eine löschungsfähige Quittung erteilt oder in anderer Weise seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs erklärt hätte. Auf Grund einer solchen Quittung oder Erklärung wäre der Eigentümer in der Lage, die Hypothek als Eigentümerhypothek zu erwerben. Dasselbe ist auf Grund des Urteils möglich, durch das der sich auf öffentlichen Aufruf nicht meldende Gläubiger mit seinem Rechte auf die Hypothek ausgeschlossen wird. Es ergibt sich dann von selbst, daß der Eigentümer, wenn er die Hypothek erworben hat, auch zu ihrer Löschung berechtigt ist. (Mot. III S. 738; Prot. III S. 619.) Das Aufgebot bildet den Ersatz für die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus eingetragenen Rechten (§ 902).

2. Das Aufgebotsverfahren und seine Voraussetzungen sind entsprechend den Bestimmungen des § 1170 BGB. durch die §§ 946—959, 982—986 ZPO. geordnet. Dazu treten in Preußen auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO. die Vorschriften im Art. 1 Nr. IV § 21 AG. z. G., betr. Änd. d. ZPO.

a. Zuständig ist ausschließlich das Amtsgericht, in dessen Bezirke das belastete Grundstück belegen ist (ZPO. § 983).

b. Antragsberechtigt ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks (ZPO. § 984 Abs. 1). Das Aufgebot einer Gesamthypothek kann für alle mithaftenden Grundstücke nur von den sämtlichen Eigentümern, für ein einzelnes Grundstück nur von dessen Eigentümer beantragt werden (BGB. § 1175 Abs. 2). Ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger ist in der Regel nicht berechtigt, das Aufgebot zu beantragen (vgl. Mot. III S. 738). Um jedoch dem Gläubiger oder dem sonstigen Berechtigten, wenn er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben will, die Möglichkeit zu eröffnen, die der wahren Rechtslage entsprechende Löschung vorgehender oder gleichstehender Rechte herbeizuführen, welche die Erzielung eines seine Befriedigung sichernden Gebots erschweren oder das Gebot zu seinem Nachteil erhöhen würden (vgl. PrVG. v. 1883 § 5): ist im § 984 Abs. 2 ZPO. zugelassen, daß auch ein im Range gleicher oder nachstehender Gläubiger, zu dessen Gunsten durch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek nach § 1179 BGB. der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks ausgeschlossen ist, und daß bei einer Gesamthypothek, Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld (BGB. § 1175 Abs. 2) außerdem wer auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus einem der belasteten Grundstücke verlangen kann, das Aufgebot beantragen darf, sofern (und zwar im Falle sowohl des § 1175 als des § 1176) der Gläubiger oder der sonstige Berechtigte für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuld-

titel erlangt hat. Wird das Aufgebot auf solchen Antrag erlassen, so ist es dem Eigentümer des Grundstücks von Amts wegen mitzuteilen (ZPO. § 986 Abs. 5), damit er in der Lage ist, sein Interesse rechtzeitig zu wahren. (Vgl. Begr. des § 836 z Entw. e. G. betr. Änd. d. ZPO.)

c. Der Antragsteller hat vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen, daß der Gläubiger unbekannt ist (ZPO. § 985). Dem Unbekanntsein der Person des Gläubigers steht gleich, daß der Gläubiger sein Verfügungsrecht nicht nachzuweisen vermag (vgl. Mot. III S. 739 u. PGBO. § 104). Ist die Person des Gläubigers bekannt, nur sein Aufenthalt unbekannt, so findet das Aufgebot nicht statt. Außerdem hat der Antragsteller vor Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen, daß das Recht des Gläubigers nicht innerhalb der Frist des § 1170 BGB. (vgl. d) vom Eigentümer in einer nach § 208 BGB. zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist, da eine solche Anerkennung das Aufgebot ausschließen würde (ZPO. § 896 Abs. 1). Ist die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellt oder der Grund- oder Rentenschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt (BGB. §§ 1187—1189, 1195, 1199), so hat der Antragsteller nach § 1188 Abs. 2 glaubhaft zu machen, daß die Schuldverschreibung oder der Brief bis zum Ablaufe der im § 801 BGB. bezeichneten Frist nicht vorgelegt und der Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht ist. Ist die Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung erfolgt, so ist glaubhaft zu machen, daß nicht eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechtes des Gläubigers erfolgt ist. (ZPO. § 986 Abs. 2 in Verb. mit Abs. 1; vgl. Anm. III 6 zu §§ 1187—1189). Zur Glaubhaftmachung genügt die Versicherung des Antragstellers an Eides Statt; doch ist das Gericht befugt, anderweitige Ermittlungen anzuordnen (ZPO. § 986 Abs. 3). Die Behauptung, daß die Forderung erloschen sei, ist nicht erforderlich (Prot. III S. 619). Nach § 104 PGBO. mußte die Tilgung der Forderung bescheinigt werden. Der § 1103 Entw. I forderte zwar die Behauptung der Tilgung, aber nicht deren Glaubhaftmachung (vgl. Mot. III S. 739). Es kann von beiden abgesehen werden, da durch das Aufgebot nicht die persönliche Forderung, sondern nur die Person des Gläubigers der Hypothek berührt wird.

d. Es müssen seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch bis zur Einleitung des Verfahrens zehn Jahre verstrichen (BGB. §§ 187 ff.) und es darf das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist vom Eigentümer durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneter Weise anerkannt sein (§ 208). Die Einschränkung, daß als Eintragungen nur solche in Betracht kommen, die eine Rechtsausübung des Gläubigers enthalten, nicht aber Vermerke von Amts wegen (Kober Nr. 1 b zu § 1170, Recht 1909 S. 399), bestimmt das Gesetz nicht (Biermann Nr. 1 zu § 1170, Bruck EigHyp. S. 191 A. 55). Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags. (BGB. § 1170.) Für eine auf Kündigung zahlbare Forderung ist die Zahlungszeit nicht nach dem Kalender bestimmt (Planck 3 S. 651 Lit. b). Im § 1103 Entw. I war der Ablauf einer dreißigjährigen Frist gefordert; in der PGBO. §§ 104, 105 war das Aufgebot überhaupt nicht vom Ablauf einer Frist abhängig gemacht.

e. Im Aufgebot ist als Rechtsnachteil anzudrohen, daß die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte erfolgen werde (ZPO. § 986 Abs. 4).

Das weitere Verfahren interessiert hier nicht. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß durch Art. 1 Nr. IV § 21 AG. z. G., betr. Änd. d. ZPO., für Preußen die Bekanntmachung des Aufgebots erleichtert, daß es dagegen bei der allgemeinen Aufgebotsfrist von sechs Wochen (ZPO. § 950) belassen und auch die Bekanntmachung des Ausschlußurteils, wie im § 956 ZPO., nicht obligatorisch gemacht ist.

3. Da gegen das Ausschlußurteil ein Rechtsmittel nicht stattfindet (ZPO. § 957 Abs. 1), wird es sofort mit seiner Verkündigung rechtskräftig (ZPO. § 705). Über die

Digitized by Google

Anfechtung des Ausschlußurteils mittels einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage vgl. die §§ 957, 958 ZPO. Meldet sich jemand vor Erlassung des Ausschlußurteils, der sein Gläubigerrecht nachweist, so erledigt sich damit das Verfahren und das Ausschlußurteil unterbleibt. Kann der sich Meldende sein Gläubigerrecht nicht nachweisen, so steht er einem unbekannten Gläubiger gleich (vgl. S. 938 Lit. c) und wird als solcher vom Ausschlußurteile betroffen. Sind ihm seine Rechte vorbehalten, so kann er sie gegen den Eigentümer mit Klage geltend machen. Der Eigentümer gilt jedoch auf Grund des Ausschlußurteils als Gläubiger so lange, bis er zur Anerkennung der Rechte des Gläubigers rechtskräftig verurteilt ist. Planck 3 S. 653 Lit d, Fuchs Nr. 4, Biermann Nr. 3 zu § 1170, KG. RJA. 6 S 145 u. Bruck EigHyp. S. 191 nehmen an, daß die Eigentümerhypothek erst dann entstehe, wenn der Vorbehalt durch entsprechende Erklärungen oder Urteile beseitigt sei: ebenso früher OTrib. Arch. 84 S. 168. Die Sache ist zweifelhaft. Jedenfalls wird der Grundbuchrichter bei der Umschreibung den Vorbehalt durch Mitaufnahme in den Umschreibungsvermerk berücksichtigen und den Löschungsantrag bis zur Beseitigung des Vorbehalts ablehnen müssen. Wer vom Eigentümer, der infolge Ausschlußurteils als Gläubiger der aufgebotenen Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, Rechte an der Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, steht unter dem Schutze des § 892 BGB., wenn er von dem das Ausschlußurteil aufhebenden Urteile keine Kenntnis hat (Planck das. Nr. 7 S. 654).

4. Das Ausschlußurteil ersetzt die löschungsfähige Quittung des Gläubigers der aufgebotenen Hypothek insoweit, als mit dessen Erlassung der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld, ohne daß es der Eintragung bedarf, erwirbt (§ 1170 Abs. 2). Durch das Ausschlußurteil wird die persönliche Forderung weder vernichtet noch wird dadurch festgestellt, daß niemand ein Recht darauf geltend machen kann. Es kann dadurch also auch nicht der Beweis erbracht werden, daß der Gläubiger befriedigt sei. Das Aufgebot ist so wenig gegen die Forderung wie gegen die Hypothek gerichtet; keine von beiden wird deshalb in ihrem Bestehen durch das Ausschlußurteil betroffen. Nur der unbekannte Gläubiger wird aufgerufen und auch dieser nur in seiner Eigenschaft als Gläubiger der Hypothek, deshalb wird er mit seinem Rechte auf die Hypothek ausgeschlossen. Ungeachtet des Ausschlußurteils bleiben Hypothek und Forderung bestehen, nur ihre Verbindung wird gelöst: der bisherige Gläubiger verliert durch seine Ausschließung das Recht auf die Hypothek und diese erwirbt ohne die Forderung kraft Gesetzes der im Zeitpunkte der Verkündung des Ausschlußurteils vorhandene Eigentümer; die Forderung aber verbleibt abgetrennt von der Hypothek dem bisherigen Gläubiger. Der Eigentümer wird zu allen Verfügungen über die Hypothek berechtigt, er kann nicht bloß ihre Löschung, sondern auch die Umschreibung auf seinen Namen, die Eintragung der Abtretung und Verpfändung auf Grund des Ausschlußurteils beantragen. Anderseits kann der Gläubiger die Forderung, wenn sie noch besteht, gegen den persönlichen Schuldner geltend machen, ohne daß ihm das Ausschlußurteil entgegensteht. Hierin unterscheidet sich das BGB. wesentlich von dem bisherigen preuß. Rechte und von den im Entw. I vorgeschlagenen Bestimmungen (vgl. §§ 104, 105 PGBO. und § 1103 Entw. I).

5. Durch das Ausschlußurteil wird der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief ohne besonderes Aufgebot kraftlos; auch in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers hat er keine Wirksamkeit mehr. Seiner Vorlegung beim Grundbuchamte bedarf es nicht und sie genügt auch nicht zur Verfügung über die Hypothek, wenn diese eine Briefhypothek war. Soll die Hypothek gelöscht oder die Erteilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen werden (BGB. § 1116 Abs. 2), so genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils. Will der Eigentümer über die Hypothek als Briefhypothek verfügen, so muß er die Erteilung eines neuen Briefes beim Grundbuchamte beantragen. (GBO. § 42 Abs. 2, §§ 67, 68.) Wird das Ausschlußurteil aufgehoben, so wird mit dem Aufleben des Rechtes des Gläubigers auch der Hypothekenbrief wieder wirksam und der etwa dem Eigentümer erteilte neue Brief kraftlos. Die Löschung des Vermerks, daß ein neuer Brief erteilt sei, kann auf Grund des Aufhebungs-

Digitized by Google

urteils nach § 22 GBO. erfolgen. Zweckmäßig, wenn auch vielleicht nicht erforderlich, ist, daß das Grundbuchamt den neuen Brief unbrauchbar macht.

6. Besteht für die Forderung, deren unbekannter Gläubiger ausgeschlossen ist, eine Gesamthypothek, so fällt diese durch das Ausschlußurteil den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, unter die sie nach § 1172 Abs. 2 BGB. nach dem Verhältnisse des Wertes der einzelnen Grundstücke zueinander verteilt werden kann. Ist das Aufgebot nur für *eines* der Grundstücke erfolgt, so erlischt die Hypothek an diesem infolge des Ausschlußurteils (BGB. § 1175; KG. JW. 8 S. 113). In solchem Falle kann der Eigentümer, auf dessen alleinigen Antrag das Aufgebot erfolgt ist, nur die *Löschung* der Hypothek auf *seinem* Grundstücke erlangen.

7. Das Aufgebot, das im § 1170 zur Ausschließung des unbekannten Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubigers zugelassen ist, findet auch zur Ausschließung des unbekannten durch eine Vormerkung gesicherten Gläubigers (§ 887), eines unbekannten dinglichen Vorkaufsberechtigten (§ 1104), eines unbekannten Reallastberechtigten (§ 1112), eines unbekannten Schiffspfandgläubigers (§ 1269) statt. Die materiellen Voraussetzungen des Aufgebots sind in allen diesen Fällen die im § 1170 BGB. angegebenen. Beim Aufgebot einer Vormerkung für einen bedingten oder künftigen Anspruch (§ 883 Abs. 1 Satz 2) beginnt die zehnjährige Frist erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins (nach Analogie des § 198 Satz 1 und des § 1170 Abs. 1 Satz 2; vgl. Planck 3 S. 125 Nr. 2 b). Die prozessualen Vorbedingungen sind nicht überall gleich. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit des Gerichts (ZPO. § 983), über die Antragsberechtigung des Eigentümers (§ 984 Abs. 1), über die Glaubhaftmachung, daß der Gläubiger unbekannt ist (§ 985) und daß nicht eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechtes des Gläubigers erfolgt ist (§ 986 Abs. 1), über die Art der Glaubhaftmachung (§ 986 Abs. 3), über den anzudrohenden Rechtsnachteil (§ 986 Abs. 4) finden bei allen diesen Aufgeboten Anwendung. Die entsprechende Anwendung des § 984 Abs. 1 ZPO., wonach für das Aufgebot einer Hypothek der Eigentümer des belasteten Grundstücks antragsberechtigt ist, führt bei dem Aufgebot einer Vormerkung dahin, daß derjenige antragsberechtigt ist, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen ist (Fuchs S. 138 Nr. 5; Biermann WB. S. 223). In den Fällen der §§ 887, 1104, 1112 BGB. (Vormerkung, Vorkaufsrecht, Reallast) ist auch antragsberechtigt, wer auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann, sofern er für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat. Das Aufgebot ist dann dem Eigentümer mitzuteilen, dem bei einer Vormerkung derjenige gleichzustellen ist, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Ist durch die Vormerkung der Anspruch auf Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder auf Bestellung einer Grundschuld oder Rentenschuld mit Ausstellung des Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs auf den Inhaber gesichert, so muß auch den Anforderungen des § 986 Abs. 2 ZPO. (vgl. Anm. 2 c S. 938) entsprochen werden. (ZPO. § 988.) Das Verfahren erfolgt überall nach den Bestimmungen der §§ 946—959 ZPO. und des Art. 1 Nr. IV § 21 PAG. z. G., betr. Änd. d. ZPO. (vgl. Anm. 2 a. E. S. 937). Die Wirkung des Aufgebots ist dieselbe: mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung, das Vorkaufsrecht die Reallast, das Pfandrecht (BGB. §§ 887, 1104, 1112, 1269), ohne daß es der Löschung bedarf.

Während in den Fällen der §§ 887, 1104, 1112 BGB. nur das Aufgebot nach § 1170 BGB. stattfindet, ist beim Schiffspfandrecht auch das Aufgebot unter den Voraussetzungen des § 1171 BGB. zulässig (§ 1269).

In *Preußen* findet das Aufgebot unter den im § 1170 BGB. bestimmten Voraussetzungen statt zur Ausschließung des unbekannten Wiederkaufsberechtigten am Rentengut (AG. z. BGB. Art. 29 § 11), des unbekannten Gläubigers einer altheifischen nicht umgewandelten Hypothek (das. Art. 33 § 3 Nr. 3), des unbekannten Berechtigten zu einem Eisenerzgewinnungsrecht in dem Herzogtume Schlesien und der Grafschaft Glatz (das. Art. 39).

§ 1171.

Der unbekannte Gläubiger kann im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist. Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos.

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat.

1. Während im § 1170 unterstellt wird, daß die Forderung, für welche die Hypothek besteht, bereits getilgt ist, hat das Aufgebot des § 1171 eine noch bestehende Forderung zur Voraussetzung. Im Falle des § 1171 dürfen mithin die Rechte des Gläubigers nur aufgehoben werden, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt wird. Der Eigentümer, der eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek abstoßen oder durch Befriedigung des Gläubigers erwerben will, kann hieran gehindert sein, weil der Gläubiger unbekannt ist und deswegen die Zahlung der fälligen Forderung nicht in Empfang nehmen kann. Um dem Eigentümer zu Hilfe zu kommen, ist ihm, falls er zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist, die Hinterlegung des geschuldeten Betrags mit der Wirkung gestattet, daß der im Aufgebotsverfahren erfolglos aufgerufene Gläubiger mit der Erlassung des Ausschlußurteils als befriedigt gilt. Hiermit schließt sich das BGB. den §§ 106—109 der PGBO. v. 1872 und dem § 1104 Entw. I an. (Mot. III. S. 740; Prot. III S. 619.)

2. Das Aufgebotsverfahren ist in den §§ 946—959, 982, 983, 984 Abs. 1, 985, 987 ZPO. geregelt. Hinzutreten in Preußen auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO. die Vorschriften im Art. 1 Nr. IV § 21 AG. z. G., betr. Änd. d. ZPO.

a. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke das belastete Grundstück belegen ist (ZPO. § 983).

b. Antragsberechtigt ist nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks (ZPO. § 984 Abs. 1). Das Aufgebot einer Gesamthypothek kann nicht nur von den sämtlichen Eigentümern, sondern von einem jeden der Eigentümer beantragt werden (vgl. jedoch Anm. 3 Abs. 2).

c. Die Forderung, wofür die Hypothek besteht, muß entweder fällig sein oder vom Eigentümer durch Kündigung fällig gemacht werden können (BGB. §§ 1141, 1142). Dies läßt sich aus dem Grundbuch oder aus der Eintragungsbewilligung ersehen (BGB. § 1115), kann aber auch anderweitig nachgewiesen werden (Oberneck 1 S. 909). Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so erweitert sich die Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist (ZPO. § 987 Abs. 3). Eine Kündigung braucht nicht, wie nach § 106 Nr. 2 PGBO., mit dem Aufgebote verbunden zu werden. Auf die Zeit, die seit der letzten Eintragung in das Grundbuch verstrichen ist (vgl. § 1170 Abs. 1), kommt es hier nicht an.

d. Der Eigentümer muß vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft machen (ZPO. § 294), daß der Gläubiger unbekannt ist (ZPO. § 985); die bloße Versicherung, der Gläubiger sei unbekannt, welche nach § 105 PGBO. genügte, ist nicht ausreichend. Ist der Gläubiger bekannt und nur mit der Annahme im Verzuge, so kann der Eigentümer

unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegen; er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit frei (BGB. §§ 372, 378) und kann vom Gläubiger die Zustimmung zur Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen verlangen (BGB. § 1163 Abs. 1 Satz 2, §§ 1143, 894). Ist nur der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt, so kann ihm auf dem Wege des § 132 Abs. 2 BGB. gekündigt und nach eingetretener Fälligkeit seine Befriedigung nach § 1142 Abs. 2 durch Hinterlegung bewirkt werden (§ 378). Dem Eigentümer stehen dann zur Berichtigung die Befugnisse der §§ 894 ff. zu. Wird der Gläubiger nach erlassenem Aufgebote bekannt, indem er sich meldet und sein Verfügungsrecht nachweist, so ist damit das Verfahren beendet. Kann er sein Verfügungsrecht nicht nachweisen, so gilt er nach wie vor als unbekannt.

e. Der Eigentümer muß sich zur Hinterlegung des dem Gläubiger gebührenden Betrags erbieten (ZPO. § 987 Abs. 1). Die wirkliche Hinterlegung ist nicht Vorbedingung des Aufgebots, damit nicht der Eigentümer wegen Zinsen und Kosten in Verlust gerät, falls sich der Gläubiger meldet (Mot. III S. 741).

f. Als Rechtsnachteil ist im Aufgebot anzudrohen, daß der Gläubiger nach der Hinterlegung des ihm gebührenden Betrags seine Befriedigung statt aus dem Grundstücke nur noch aus dem hinterlegten Betrage verlangen könne und sein Recht auf diesen erlösche, wenn er sich nicht vor dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils bei der Hinterlegungsstelle melde. (ZPO. § 987 Abs. 2). Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so erweitert sich die Aufgebotsfrist (das. Abs. 3). Die Bestimmung des § 1171 Abs. 3 BGB., der sich das Präjudiz anschließt, ist aus der Erwägung hervorgegangen, daß es der Billigkeit entspreche, nach Ablauf einer Frist von dreißig Jahren dem Eigentümer einen Anspruch auf die hinterlegte Summe zu gewähren, weil immerhin eine gewisse Vermutung dafür spreche, daß die Forderung getilgt sei, wenn innerhalb der Frist sich kein Prätendent melde (Prot. III S. 619). Über das weitere Schicksal des hinterlegten Geldes nach Ablauf der dreißig Jahre vgl. Anm. 5 b. — Eine Aufforderung des Gläubigers zur Quitttungsleistung oder Löschungsbewilligung, wie sie § 106 Nr. 1 PGBO. vorschrieb, ist jetzt weder erforderlich noch ausreichend (Mot. III S. 741).

g. Das Ausschlußurteil, das nach § 952 ZPO. erforderlich ist — nach § 107 PGBO. genügte zur Löschung der Hypothek die dort bezeichnete Bescheinigung des Gerichts —, darf erst dann erlassen werden, wenn die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht zur Zurücknahme erfolgt ist (ZPO. § 987 Abs. 4). Zu hinterlegen ist der Betrag der eingetragenen Forderung mit den nach Inhalt des Grundbuchs zu entrichtenden Zinsen. Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen (BGB. § 1171 Abs. 1 Satz 2), da die früheren Zinsen verjährt sind (BGB. §§ 197, 198). Von der Hinterlegung von Zinsen, seien es ausbedungene oder Verzugszinsen, die im Grundbuche nicht mit dem Zinssatz eingetragen sind, ist abgesehen. Zinsen, deren Bezahlung durch beglaubigte Quittung nachgewiesen ist, brauchen nicht hinterlegt zu werden (vgl. PGBO. § 106 Nr. 3 Abs. 2). Sind andere Nebenleistungen zu entrichten (§ 1115), so muß auch ihr Betrag, bei regelmäßig wiederkehrenden aber nur der sich nach § 1171 Abs. 1 Satz 2 ergebende Betrag hinterlegt werden. Die Hinterlegung muß, um die Erlassung des Ausschlußurteils zu rechtfertigen, so bewirkt sein, daß der Eigentümer die hinterlegte Summe nicht zurücknehmen kann, also unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme (BGB. § 1171 Abs. 1, § 376 Abs. 2 Nr. 1; Mot. III S. 741).

Von einer Darstellung des Verfahrens ist hier abzusehen (vgl. oben Nr. 2).

Über das Ausschlußurteil vgl. Anm. 3 S. 938 f.

3. Die Wirkung des Ausschlußurteils besteht darin, daß mit seiner Erlassung oder mit dem früheren Zeitpunkte der Einzahlung des zu hinterlegenden Betrags bei der zuständigen Hinterlegungsstelle oder der Aufgabe des Betrags zur Post zwecks Übersendung an die Hinterlegungsstelle (BGB. §§ 378, 374, 375) der Gläubiger als befriedigt gilt (§ 1171 Abs. 2). Wer im frühesten dieser Zeitpunkte der Eigentümer des belasteten Grund-

Digitized by Google

stücks ist, erwirbt die Hypothek, wenn er auch nicht der Antragsteller ist, und zwar erwirbt er die Hypothek *mit* der Forderung, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist (§ 1143 Abs. 1), und *ohne* die Forderung, also als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1), wenn er der persönliche Schuldner ist, da in diesem Falle die Forderung erlischt (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 362). War der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner der Hinterleger, so kommt § 1164 zur Anwendung. (Ebenso Planck Nr. 6 c, Biermann Nr. 3, Kober Nr. 4 b zu § 1171, Oberneck 1 S. 910; a. M. Dernburg SR. § 240 Nr.. III 5.)

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek und ist das Aufgebot auf Antrag und unter Hinterlegung seitens sämtlicher Eigentümer erfolgt, so steht die Hypothek als Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zu (BGB. § 1172). Ist das Aufgebot unter Hinterlegung nur von einem der Eigentümer beantragt, so erwirbt dieser die Hypothek nur an *seinem* Grundstücke, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt; nur wenn er vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, geht in Höhe des Ersatzanspruchs die Hypothek auch am Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über (§ 1173; a. M. Planck Nr. 6 c Abs. 3 zu § 1171). Ob die Hypothek als solche oder als Grundschuld auf den bezw. die Eigentümer übergeht (§ 1177), hängt davon ab, ob dieser bezw. diese persönliche Schuldner waren oder nicht.

Über die Wirkung des Ausschlußurteils auf den Hypothekenbrief und deren Folgen vgl. Anm. 5 (S. 939).

4. Wer als Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger die Auszahlung des hinterlegten Betrags beansprucht, hat sich bei der Hinterlegungsstelle zu melden und dieser seine Berechtigung nachzuweisen. Das Anerkenntnis des Eigentümers, der hinterlegt hat, genügt zu diesem Nachweis erst dann, wenn dreißig Jahre nach der Erlassung des Ausschlußurteils abgelaufen sind; denn vorher ist er zur Rücknahme des hinterlegten Betrags nicht berechtigt. Nach Ablauf der dreißig Jahre kann der Gläubiger weder von der Hinterlegungsstelle noch vom Eigentümer, dem der hinterlegte Betrag zurückgegeben ist, diesen verlangen, da sein Recht darauf erloschen ist. (A. M. Fuchs S. 550 Nr. 7.)

5. Das Verfahren der *Hinterlegung* ist für *Preußen* durch die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 (GS. S. 249) bestimmt. Von den Änderungen dieser durch Art. 84 PAG. z. BGB. interessieren hier nur die, wodurch einzelne Bestimmungen dem neuen Reichsrecht angepaßt sind.

a. Mit Rücksicht darauf, daß der Eigentümer sich vor der Einleitung des Aufgebotsverfahrens zur Hinterlegung erbieten muß und das Ausschlußurteil erst nach erfolgter Hinterlegung erlassen werden darf (ZPO. § 987), ist im Art. 84 AG. unter II im neuen § 19 bestimmt, daß der nach § 14 HintO. erforderlichen Hinterlegungserklärung in den Fällen des § 1171 und des § 1269 BGB. der Nachweis beigefügt werden muß, daß das Aufgebotsverfahren eingeleitet ist.

b. Nach §§ 53—69 HintO. erlangt die Staatskasse die Befugnis zu freier Verfügung über das hinterlegte Geld, nachdem auf das vorangegangene Aufgebotsverfahren die Beteiligten mit ihren Ansprüchen gegen die Staatskasse durch verkündetes Urteil ausgeschlossen sind. Diese Bestimmungen sind im allgemeinen vom neuen Reichsrecht unberührt geblieben, da nach Art. 145 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB. die Landesgesetze auch bestimmen können, „*daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit oder unter sonstigen Voraussetzungen zugunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsstelle erlischt.* Dieser Vorbehalt ist jedoch im Art. 145 Abs. 1 Satz 2 dahin eingeschränkt: *In den Fällen des § 382, des § 1171 Abs. 3 und des § 1269 Satz 3 BGB. muß dem Hinterleger die Rücknahme des hinterlegten Betrags mindestens während eines Jahres von dem Zeitpunkt an gestattet werden, mit welchem das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt.*“ Da in den Fällen des § 1171 Abs. 3 und des § 1269 Satz 3 BGB. das Recht des unbekannten Hypotheken- oder Schiffspfandgläubigers auf den hinterlegten Betrag mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt, wodurch der Gläubiger mit seinem Rechte an dem Grundstück oder dem Schiffe ausgeschlossen worden ist, so darf das Aufgebot der hinterlegten Masse nicht vor dem Ablauf von einunddreißig Jahren nach der Erlassung des bezeichneten Ausschlußurteils zugelassen und muß, damit die Hinter-

legungsstelle von diesem Kenntnis erlangt, das Aufgebotsgericht verpflichtet werden, ihr das Urteil mitzuteilen. Das PAG. z. BGB. stellt demgemäß im Art. 84 Nr. XI als § 58a in die Hinterlegungsordnung folgende Vorschriften ein: „In den Fällen des § 382, des § 1171 Abs. 3 und des § 1269 Satz 3 BGB. kann der Erlaß des Aufgebots nicht vor dem Ablaufe von einunddreißig Jahren beantragt werden. Die einunddreißigjährige Frist beginnt: 1. (betrifft die Fälle des § 382); 2. in den Fällen des § 1171 Abs. 3 und des § 1269 Satz 3 mit der Erlassung des Urteils, durch welches der Gläubiger mit seinem Rechte ausgeschlossen ist; das Gericht hat das Ausschlußurteil der Hinterlegungsstelle mitzuteilen." Und unter XII ist der § 61 HintO. durch Hinzufügung einer Nr. 4 dahin vervollständigt: Zur Begründung des Antrags ist beizubringen „in den Fällen des § 58a Abs. 2 Nr. 2 — also in den Fällen des § 1171 Abs. 3 und des § 1269 Satz 3 — das der Hinterlegungsstelle mitgeteilte Ausschlußurteil."

6. Das Aufgebot nach § 1171 findet auch zur Ausschließung eines unbekannten Schiffspfandgläubigers (§ 1269) und in den Fällen der §§ 1188 Abs. 2, 1195 statt sowie bei Sicherungs- und Gesamthypotheken, Grund- und Rentenschulden Anwendung.

§ 1172.

Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu.

Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen.

I. Vgl. Übersicht S. 810 ff.

Der § 1172 bestimmt, was aus einer Gesamthypothek in den Fällen wird, in denen nach § 1163 die Einzelhypothek dem Eigentümer zusteht. Dazu gehört auch der Fall des § 1171 Abs. 2. Die Folgen des Verzichts auf eine Gesamthypothek werden, unter Gleichstellung des Falles des § 1170 Abs. 2, im § 1175 besonders geregelt. Der § 1176 bestimmt das Verhältnis des dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallenden Teiles der Hypothek zu dem dem Gläubiger verbleibenden Reste.

2. In den Fällen des § 1163 bleibt die Gesamthypothek als solche an sämtlichen mithaftenden Grundstücken zu ihrem Gesamtbetrage bestehen ohne Unterschied, ob die verhafteten Grundstücke demselben Eigentümer oder verschiedenen Eigentümern gehören. Erstenfalls steht sie dem einen Eigentümer allein, letztenfalls dem mehreren Eigentümern gemeinschaftlich zu. Der einzelne Eigentümer kann über sein Anteilsrecht insoweit verfügen, als dadurch der Bestand der Hypothek nicht beeinträchtigt wird. Er kann z. B. seinen Anteil abtreten oder verpfänden. Dagegen steht ihm nicht das Recht zu, über die Gesamthypothek im ganzen oder in einer das Recht der übrigen Eigentümer beeinträchtigenden Weise ohne deren Zustimmung zu verfügen, z. B. durch Änderung des Inhalts oder Ranges. Insbesondere ist er nicht befugt, die Hypothek auf seinem Grundstücke löschen zu lassen. Jeder Miteigentümer ist aber trotz der Gemeinschaftlichkeit des Rechts gemäß §§ 744 Abs. 2, 1011 für sich allein zur Anstellung der Klage auf Löschungsbewilligung befugt, da die Beschaffung der Löschungsbewilligung des Gläubigers zu den Individualrechten gehört, die von den einzelnen Teilhabern selbständig ausgeübt werden können (RG. E. 60 S. 269). Der von Lang (A. f. ziv. Pr. 89 S. 295) für die entgegengesetzte Ansicht angeführte § 1175 Abs. 1 Satz 2 gibt dem einzelnen Gesamtgläubiger nicht das Recht, durch Verzicht auf die Gesamthypothek an seinem Grundstücke den übrigen Gesamtgläubigern die Mithaftung seines Grundstücks zu entziehen. Bis zur Teilung handelt es sich nicht um Eigentümerzweighypotheken, sondern um eine einzige Gesamthypothek. Die Eigentümer sind nicht befugt,

die Hypothek zu ihrem ganzen Betrag als Einzelhypothek auf jedem Grundstücke stehen zu lassen, und zwar auch dann nicht, wenn keines der mithaftenden Grundstücke mit einem gleich- oder nachstehenden Rechte eines Dritten belastet ist; denn damit würde eine Vervielfältigung der Hypothek eintreten. Vielmehr können sie die Gesamthypothek gemäß § 1172 Abs. 2 auf die einzelnen Grundstücke nur verteilen mit der Folge, daß auf jedem einzelnen Grundstücke die auf die übrigen Grundstücke entfallenden Beträge gelöscht werden (Prot. III S. 628 IV.) Soll die Gesamteigentümerhypothek ungeteilt auf die Eigentümer umgeschrieben werden, so ist gemäß § 48 GBO. entweder das sich aus dem unter den Eigentümern bestehenden besonderen Rechtsverhältnis ergebende Anteilsverhältnis oder, wenn ein solches Rechtsverhältnis nicht besteht, einzutragen, daß die Gemeinschaft auf § 1172 Abs. 1 BGB. beruht. Die Verpflichtung eines einzelnen Eigentümers zur Löschung der Gesamthypothek darf nicht gemäß § 1179 vorgemerkt werden; denn dadurch würden die Rechte der übrigen nicht verpflichteten Eigentümer mitbetroffen werden. Dagegen kann eine Vormerkung dann eingetragen werden, wenn sich der Eigentümer für den Fall zur Löschung verpflichtet, daß sich die Gesamthypothek mit dem Eigentume seines Grundstücks vereinigt (vgl. § 1173); denn dadurch werden weder die Rechte des Gläubigers noch die anderer Eigentümer betroffen. Auch dann wird eine Vormerkung zulässig sein, wenn sich der Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke verpflichtet, den Teil der Gesamthypothek löschen zu lassen, der bei Entstehung der Eigentümerhypothek seinem Grundstücke nach § 1172 Abs. 2 oder nach einer andern Vereinbarung zufallen wird; denn auch hierdurch werden weder die übrigen Eigentümer noch der Gläubiger berührt. (Sekler, Vormerk. S. 49 f.).

Über die verschiedenen Auffassungen der nach § 1172 entstehenden Gemeinschaft vgl. Biermann (Nr. I zu § 1172), Planck (Nr. 3 b zu § 1172), Bruck (EigHyp. S. 203), Gierke (SR. S. 940), die eine Gemeinschaft zur gesamten Hand annehmen.

3. Wie der Gläubiger einer Gesamthypothek nach § 1132 Abs. 2 die Hypothek auf die einzelnen Grundstücke zu beliebigen Beträgen innerhalb der Summe der Gesamtbelastung verteilen kann, so steht diese Befugnis auch den mehreren Eigentümern zu, auf welche die Gesamthypothek übergegangen ist. Durch Übereinstimmung der sämtlichen Eigentümer kann die Gesamthypothek in Einzelhypotheken von beliebig großen Teilbeträgen auf die einzelnen Grundstücke verteilt, sie kann auf einzelnen Grundstücken auch ganz gelöscht werden. Ist nach dem Übergange der Gesamthypothek auf die Eigentümer der Zuteilungsmodus anders als im § 1172 Abs. 2 vereinbart, so muß das Anteilsverhältnis in das Grundbuch eingetragen werden, wenn es gegen spätere Eigentümer wirksam bleiben soll; es bedarf aber dieser Eintragung nicht aus Rücksicht auf Dritte, die später Rechte an dem Grundstücke erwerben. Böhm (S. 255 Nr. III) übersieht, daß jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet und daß der Gläubiger die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen kann, daß mithin ein der Gesamthypothek nacheingetragener Berechtigter bei Bemessung der Sicherheit annehmen muß, es werde der vorgehende Gläubiger seine volle Befriedigung gerade aus dem auch ihm verhafteten Grundstücke suchen (vgl. Anm. II 3 S. 814 und Planck Nr. 4 e zu § 1172). Vor dem Übergange der Gesamthypothek auf die Eigentümer kann eine vom § 1172 Abs. 2 abweichende Vereinbarung nur durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden (Planck a. a. O., Biermann SR. S. 385, Bruck S. 205; Sekler S. 26 f., 48; a. M. Fuchs S. 553 f.).

4. Wenn keine Übereinstimmung über die Zerlegung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken unter den mehreren Eigentümern besteht und ein anderes nicht vereinbart ist, kann jeder einzelne von ihnen sein Ausscheiden aus der Gemeinschaft verlangen. Er kann beanspruchen, daß ihm eine Sonderhypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag zugeteilt werde, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, und daß im übrigen sein Grundstück aus der Mithaft entlassen werde. Es ist nicht erforderlich, daß die Zerlegung in Einzelhypotheken für alle

Grundstücke erfolgt; jeder Eigentümer kann für sich aus der Gemeinschaft ausscheiden und den übrigen Eigentümern die Fortsetzung oder Aufhebung der Gemeinschaft überlassen. Die Gemeinschaft bezieht sich dann aber nur auf den Restbetrag; die Annahme Lang's (S. 296), daß die Gesamthypothek an den in der Gemeinschaft bleibenden Grundstücken zum vollen Betrage neben der Einzelhypothek auf dem ausgeschiedenen Grundstücke bestehen bleibe, würde zu einer unzulässigen Vervielfältigung der Hypothek führen (Bruck S. 204). Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen. Zu diesen Belastungen gehören sowohl die in der II. Abt. des Grundbuchs eingetragenen Rechte, durch welche der Wert des Grundstücks vermindert wird, als auch die vorhergehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, einerlei ob sie einem dritten Gläubiger oder dem Eigentümer zustehen, ob sie Einzelhypotheken oder Gesamthypotheken, gewöhnliche oder Sicherungshypotheken sind. Eine Gesamthypothek ist mit ihrem ganzen Betrage abzurechnen (Lang S. 299). Auch Vormerkungen sind zu berücksichtigen, wenn sie zur Sicherung von Ansprüchen dienen, die bei ihrer Durchführung das Grundstück belasten werden (a. M. Gierke SR. S. 941 A. 33; wie hier Planck Nr. 4 a, Biermann Nr. 2, Fuchs Nr. 7 zu § 1172). Ebenso die Belastungen, welche außerhalb des Grundbuchs begründet sind und bestehen (vgl. Anm. VIII S. 272 ff.). Bloße Rangvorbehalte (§ 881) sind keine abzugsfähigen Belastungen. Bei der 2. Komm. bestand Einverständnis darüber, daß der Zeitpunkt der Entstehung der Hypothek als Gesamthypothek der vorzunehmenden Wertberechnung zugrunde zu legen sei (Prot. III S. 629 IV). Richtiger dürfte (mit Hachenburg Vortr. S. 337, Oberneck 1 S. 890, Böhm S. 256 Nr. III, Bruck S. 206, Kuhlenbeck S. 809 Nr. 4, Maenner S. 342 A. 9, Kober S. 486, Gierke SR. S. 942 A. 38, Biermann SR. S. 385), der Zeitpunkt der Teilung der Gesamthypothek für entscheidend zu erachten sein. Plank (Nr. 4 b zu § 1172) will in den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 den Zeitpunkt der Eintragung, in den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 2 und des § 1175 den Zeitpunkt des Übergangs der Gesamthypothek auf die Eigentümer entscheiden lassen (vgl. auch Fuchs 1 S. 554 Nr. 7 und Lang S. 298).

5. Die Umwandlung der Gesamthypothek in Einzelhypotheken erfordert die Erklärung der sämtlichen Eigentümer, daß der Vermerk der Gesamthaft und die den übrigen Grundstücken zugeteilten Beträge auf jedem einzelnen Grundstücke gelöscht werden (§ 875). Ist die Gesamthypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich (§ 876). § 878 findet entsprechende Anwendung (§ 1172 Abs. 2, § 1132 Abs. 2). In Ansehung des Inhalts der Eigentümer-Gesamthypothek gilt § 1177. Mit den Löschungen wird die Umwandlung vollendet (§ 1172 Abs. 2, § 1132 Abs. 2, § 875). Der über die Gesamthypothek vorhandene Brief wird unbrauchbar gemacht und für jedes Grundstück ein neuer Brief erteilt (GBO. §§ 59, 64, 69). Tritt nur bei einem Grundstücke die Umwandlung ein und wird die Gemeinschaft von den übrigen Eigentümern fortgesetzt, so wird auf deren Grundstücken die Mithaft des ausgeschiedenen Grundstücks und der diesem Grundstücke zugeteilte Teilbetrag gelöscht; der über die Gesamthypothek vorhandene Brief kann für die fortgesetzte Gemeinschaft beibehalten werden; nachdem darauf die erfolgten Löschungen vermerkt sind, wird er den bei der Gemeinschaft beteiligten Eigentümern ausgehändigt, die sich darüber zu einigen haben, wer von ihnen den Brief im Besitz haben soll. Der Ausscheidende erhält einen neuen Brief.

§ 1173.

Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den

Eigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen.

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek.

I. 1. Nach dem bisherigen preuß. Rechte trat der Eigentümer durch die Befriedigung des Gläubigers in alle seine Rechte bezüglich der sämtlichen durch die Korrealhypothek belasteten Grundstücke ein und konnte diese in gleicher Weise auf Grund einer Quittung oder Zession ausüben, ohne Unterschied, ob er der Eigentümer nur eines oder aller verhafteten Grundstücke war. Er konnte über die Post verfügen, wie er für gut fand: er konnte sie ganz oder teilweise, auf allen oder nur auf einzelnen Grundstücken löschen oder auf seinen Namen umschreiben lassen oder abtreten; die nachstehenden Gläubiger so wenig, wie die Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke, hatten ein Widerspruchsrecht gegen solche Verfügungen. Erstere konnten sich nur durch entsprechende Veradredungen mit dem Eigentümer und deren Eintragung als Verfügungsbeschränkung des Eigentümers zu der Korrealhypothek im Grundbuche gegen ihnen nachteilige Verfügungen schützen. Auch die Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke, denen ein Recht auf Ausgleichung gegen den befriedigenden Eigentümer zustand, konnten dieses Recht gegen das mitverhaftete Grundstück als ein dingliches, durch die bloße Eintragung der Mithaft geschütztes, nicht geltend machen, sondern es gebührte ihnen nur als ein persönliches gegen den correus debendi. Sie konnten daher auch nicht zur Erhaltung ihres Rechtes auf Ausgleichung das Fortbestehen der Mithaft des anderen Grundstücks verlangen; ohne ihre Zustimmung konnte der befriedigende Eigentümer die Korrealhypothek auf seinem eigenen Grundstücke löschen und auf den übrigen stehen lassen. Auch hier bedurfte es besonderer Verabredungen und deren Eintragung im Grundbuch, um den Anspruch auf Ausgleichung auch mit dinglicher Wirkung zu erhalten. (Turnau 1 S. 408 Anm. b und RG. E. 41 S. 213.)

Der durch § 56 KO. v. 1855 in das preuß. Recht eingeführten Regreßtheorie war infolge der dadurch hervorgerufenen Verwickelungen und Verwirrungen bereits durch das G. v. 12. März 1869 (GS. S. 465) ein Ende gemacht (Turnau I S. 403 1, S. 421 IV).

2. Der Entw. I e. BGB. hatte keine dem § 1173 entsprechende oder die Ausgleichung in anderer Weise regelnde Bestimmung. Nach § 1094 sollte der den Gläubiger befriedigende Eigentümer die Eigentümerhypothek auch an den mitbelasteten Grundstücken Dritter erwerben (Mot. III S. 729). Die 1. Kommission verkannte nicht, daß es unbillig sein könne, wenn der Gläubiger, anstatt die sämtlichen ihm haftenden Grundstücke in einem angemessenen Verhältnisse zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen, aus einem oder einigen volle Befriedigung verlange; sie meinte aber, derartige seltene Fälle rechtfertigten noch nicht das Einschreiten der Gesetzgebung. Unrecht geschehe weder dem der Gesamthypothek nachstehenden Berechtigten noch dem Eigentümer des mithaftenden Grundstücks, wenn lediglich aus diesem Grundstücke die Gesamthypothek beigetrieben werde; denn beide hätten sich sagen müssen, daß die Gesamthypothek mit ihrem ganzen Betrage das Grundstück belaste. Überdies werde es nach den von den bisherigen Landesgesetzgebungen gemachten Versuchen schwerlich gelingen, eine praktisch durchführbare und der Gerechtigkeit entsprechende Ausgleichungsweise zu finden. Die Gesetzgebung tue genug, wenn sie den Eigentümern kleiner Grundstücke die Ausnutzung des Realkredits durch Zulassung der Gesamthypothek ermögliche. Sie habe keine Veranlassung, auf Kosten der Einfachheit des Rechtes und des Verfahrens die mit einer Gesamthypothek belastete Parzelle noch als weiteres Objekt des Realkredits besonders in Betracht zu ziehen und einer etwa hervortretenden Neigung zur Verwirrung der Verhältnisse Vorschub zu leisten (Mot. III S. 685 Nr. 5).

3. Bei der 2. Lesung wurde die Lösung der Ausgleichungsfrage, wie § 1173 Abs. 2 BGB. enthält, für nahe liegend gefunden. Die Stimmen, welche die Durchführbarkeit der verwickelten und schwer zu handhabenden Vorschriften in Zweifel zogen, fanden keinen Anklang. (Prot. III S. 637 V.) Der Standpunkt der 2. Kommission ergibt sich aus folgenden Sätzen der Denkschr. des Bundesrats (S. 225).

„Eine Abweichung von der Vorschrift des § 1172 Abs. 1 tritt ein, wenn der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt und infolgedessen die Forderung erlischt (§ 1173 Abs. 1 Satz 1). Es liegt kein Grund vor, aus der von dem einen Eigentümer bewirkten Befriedigung die anderen Eigentümer Vorteil ziehen zu lassen.

Anderseits wäre es mit dem Wesen der Gesamthypothek nicht vereinbar und den anderen Eigentümern gegenüber unbillig, wenn in dem bezeichneten Falle der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht nur die Hypothek an seinem Grundstücke, sondern auch die Hypothek an den ihm nicht gehörenden Grundstücken erwerben und dadurch in die Lage kommen würde, die Hypothek an seinem Grundstücke löschen zu lassen, die Hypothek an einem der anderen Grundstücke aber geltend zu machen. Eine derartige Regelung muß insbesondere für den Fall abgelehnt werden, wo vermöge des zwischen den Eigentümern der belasteten Grundstücke bestehenden Rechtsverhältnisses der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt hat, den anderen Eigentümern gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war. Deshalb soll der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt, die Hypothek an seinem Grundstück erwerben, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Nur dann, wenn der Eigentümer von einem der anderen Eigentümer Ersatz verlangen kann, soll, entsprechend der Vorschrift des § 1182, in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek am Grundstücke des anderen Eigentümers auf ihn übergehen, jedoch mit der aus dem Zwecke der Gesamthypothek sich ergebenden und zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte gebotenen Beschränkung, daß die Hypothek mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek bleibt (§ 1173 Abs. 2). Mit Rücksicht auf die Gewohnheiten des Verkehrs trifft jedoch § 1173 im Abs. 1 Satz 2 die Bestimmung, daß es der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichsteht, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird. Ebenso stellt er einer solchen Befriedigung den Fall gleich, daß sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers eines der belasteten Grundstücke vereinigen."

II. 1. Der § 1173 setzt voraus, daß die Grundstücke, an denen die Gesamthypothek besteht, zur Zeit der Befriedigung rc. *verschiedenen* Eigentümern gehören. Gehören alle mithaftenden Grundstücke denselben Eigentümer, so erwirbt dieser durch die Befriedigung des Gläubigers die Gesamthypothek, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, mit der Forderung (§ 1143), andernfalls ohne die Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2).

2. Der § 1173 betrifft ausschließlich den Fall, daß nur *einer* oder *einzelne* der Eigentümer den Gläubiger *freiwillig befriedigen*. Für den Fall der *zwangsweisen* Befriedigung gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 1181, 1182. Beteiligen sich *alle* Eigentümer bei der Befriedigung, so steht die Gesamthypothek ihnen allen als Eigentümergrundschuld zu (§ 1172), über die sie nur gemeinschaftlich verfügen können (RE. E. 60 S. 270). Wird der Gläubiger nicht befriedigt, sondern erlischt seine Forderung in anderer Weise (z. B. durch Erlaß, rechtskräftige Abweisung mit seiner Klage), so ist der § 1173 nicht anwendbar. Erlischt die Forderung gegenüber allen Eigentümern, so liegt ein Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor und die Gesamthypothek steht nach § 1172 Abs. 1 allen Eigentümern gemeinschaftlich zu. Erlischt die Forderung nur gegenüber einem der Eigentümer durch Erlaß des Gläubigers, besteht sie aber gegenüber einem oder mehreren anderen der als Schuldner haftenden Eigentümer in ihrem vollen Betrage fort, so findet weder der § 1173 noch — wenigstens unmittelbar — der § 1175 Abs. 1 Satz 2 Anwendung. der § 1173 nicht, weil eine Befriedigung des Gläubigers nicht vorliegt, der § 1175 Abs. 1 Satz 2 nicht, weil ein Verzicht auf die *Hypothek* nicht vorliegt. Durch den Erlaß der Forderung wird eine Änderung in der Haftung der Grundstücke nicht herbeigeführt; der Eigentümer, dem die persönliche Schuld erlassen ist, haftet nun mit seinem Grundstücke für eine fremde Schuld. Will ihm der Gläubiger auch die dingliche Haftung erlassen, so kann er dies nur durch Verzicht auf die Hypothek gemäß § 1168 bewirken, durch dessen Eintragung die Hypothek nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 auf dem Grundstücke des befreiten Eigentümers erlischt. „Auch die rechtskräftige Abweisung der Forderungsklage gegenüber einem der persönlichen Schuldner hat nicht das Erlöschen der für die Forderung bestehenden Gesamthypothek am Grundstücke dieses Schuldners zur Folge, sondern berechtigt diesen nur, auf Grund des § 1169 den Verzicht auf die Hypothek zu fordern." Durch den frei-

willig erklärten oder gemäß § 894 ZPO. durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Verzicht des Gläubigers und dessen Eintragung in das Grundbuch erlischt dann auch hier nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek auf dem enthafteten Grundstücke. (Vgl. Planck Nr. 3 zu § 1175, Biermann Nr. 1 Abs. 3, Kober Nr. 2 b, Fuchs Nr. 2 a zu § 1173, Boehm S. 361, Lang S. 301.) Ist die Hypothek an dem Grundstück eines der Eigentümer nicht entstanden (wegen fehlender oder unwirksamer Einigung), so erstreckt sich auf dieses Grundstück die Gesamthypothek überhaupt nicht.

3. Der § 1173 bestimmt lediglich das Schicksal der Hypothek. Ob die persönliche Forderung auf den befriedigenden Eigentümer übergeht oder ob sie erlischt, hängt davon ab, ob der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1143).

4. Der § 1173 unterscheidet bei Festsetzung der Folgen, die bei Befriedigung des Gläubigers durch einen der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke eintreten, ob der befriedigende Eigentümer ersatzberechtigt ist oder nicht. Ist er nicht ersatzberechtigt, so erwirbt er die bisherige Gesamthypothek, wenn er den Gläubiger voll befriedigt und sein Grundstück für den ganzen Betrag der Hypothek haftet, zu ihrem ganzen Betrag als Einzelhypothek an seinem eigenen Grundstücke, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Haftet das Grundstück des befriedigenden Eigentümers nur für einen Teilbetrag der Hypothek und befriedigt infolgedessen der Eigentümer den Gläubiger nur zu diesem Teilbetrage, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück als Einzelhypothek, an den übrigen Grundstücken erlischt sie, soweit der Gläubiger befriedigt ist und besteht zu ihrem Restbetrag an diesen Grundstücken als Gesamthypothek fort. Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur zu einem Teile des Betrags der Hypothek, für welche sein Grundstück mithaftet, so erwirbt er die Hypothek zu diesem Teile an seinem Grundstück als Einzelhypothek, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken insoweit erlischt; der Gläubiger behält für seine Restforderung die Gesamthypothek an allen Grundstücken und zwar mit dem Vorrange vor der dem befriedigenden Eigentümer an seinem Grundstücke zugefallenen Hypothek (§ 1176). Beteiligen sich an der Befriedigung des Gläubigers mehrere Eigentümer mithaftender Grundstücke, so erwerben diese die Gesamthypothek an ihren Grundstücken gemeinschaftlich; an den Grundstücken der nicht befriedigenden Eigentümer erlischt die Hypothek. Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers von mehreren Eigentümern nicht gemeinschaftlich, sondern bezahlt jeder einzelne im eigenen Namen dem Gläubiger einen Teilbetrag, so erwirbt jeder Eigentümer die Hypothek an seinem eigenen Grundstück in Höhe des von ihm gezahlten Betrags und in Höhe des etwaigen Ersatzanspruchs als Gesamthypothek an seinem und den Grundstücken der Ersatzpflichtigen (Planck 3 S. 661 Lit. α; Lang S. 303; Hachenburg Vortr. S. 630). Das Erlöschen der Hypothek tritt kraft Gesetzes (abweichend vom § 875) ohne Löschung und (abweichend vom § 1183) ohne Zustimmung des Eigentümers ein; die der Gesamthypothek an den frei werdenden Grundstücken nacheingetragenen Berechtigten rücken im Range vor. Die Berichtigung des Grundbuchs, welche auch ein Nachhypothekar verlangen kann (GBO. § 13 Abs. 2), erfordert den Nachweis der Befriedigung des Gläubigers durch den betreffenden Eigentümer. Erklärt der befriedigende Eigentümer, daß er von keinem der Eigentümer der anderen Grundstücke Ersatz verlangen kann, so muß die Löschung der Gesamthypothek auf den mithaftenden Grundstücken von Amts wegen erfolgen (GBO. § 49 Abs. 2); es bedarf dazu nicht gemäß § 27 GBO. der Zustimmung der Eigentümer dieser Grundstücke (a. M. RG. RJA. 2 S. 240; Fuchs Nr. 15, Planck Nr. 3 zu § 1173). Beantragen letztere die Löschung, so müssen sie in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form nachweisen, daß die Voraussetzungen des § 1173 vorliegen, insbesondere daß sie nicht ersatzpflichtig sind (RG. RJA. 3 S. 96, Rsp. 9 S. 318).

5. Der Abs. 2 des § 1173 regelt das Verhältnis zwischen dem Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, und dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke, von dem oder

dessen Rechtsvorgänger der befriedigende Eigentümer Ersatz verlangen kann, dahin, daß er die Hypothek, soweit sein Grundstück dafür haftet, und soweit er den Gläubiger befriedigt, an seinem eigenen Grundstück erwirbt und daß die Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers in Höhe des Ersatzanspruchs auf ihn übergeht. Zur Umschreibung der Hypothek bedarf es des Nachweises des Bestehens eines Ersatzanspruchs in der Form des § 29 GBO. (KG. Rsp. 9 S. 317). Soweit dem befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch nicht zusteht, erlischt die Hypothek, falls der Gläubiger voll befriedigt wird, an den anderen Grundstücken und ist die an seinem Grundstück ihm zufallende Hypothek eine Einzelhypothek. Soweit die Hypothek an den anderen Grundstücken auf ihn übergeht, bleibt sie mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek. So oft der Ersatzanspruch hinter dem zur Befriedigung des Gläubigers verwendeten Betrage zurückbleibt, erwirbt der befriedigende Eigentümer also eine Hypothek, die in Höhe des Ersatzanspruchs Gesamthypothek, in Höhe des überschießenden Betrags Einzelhypothek ist. Sind z. B. die Grundstücke des A, B, C mit einer Gesamthypothek von 10000 belastet und befriedigt A, dem nur ein Ersatzanspruch von 5000 an B zusteht, den Gläubiger, so erlischt die Hypothek ganz am Grundstücke des C und zum Betrage von 5000 am Grundstücke des B, während sie an den Grundstücken des A und des B in Höhe von 5000 als Gesamthypothek und an dem Grundstücke des A außerdem in Höhe von 5000 als Einzelhypothek besteht. Befriedigt nun B den A, so erlischt die an den Grundstücken des A und B bestehende Gesamthypothek von 5000 am Grundstücke des A (§ 1173 Abs. 2) und B behält an seinem Grundstück eine Einzelhypothek von 5000. Anderseits ist A berechtigt, die Gesamthypothek auf seinem Grundstücke löschen zu lassen (§§ 1132, 1175 Abs. 1 Satz 2); dadurch wird die bisherige Gesamthypothek von 5000 am Grundstücke des B Einzelhypothek des A. A kann auch die Gesamthypothek der 5000 als solche an einen Dritten abtreten, er kann sie aber nicht, soweit sie auf seinem Grundstücke haftet, zum vollen Betrage der 5000 abtreten und, soweit sie auf dem Grundstücke des B haftet, zum vollen Betrage der 5000 für sich behalten; denn das würde eine unzulässige Vervielfältigung der Gesamthypothek enthalten (vgl. Anm. 6 S. 816). Die Rechte der Nachhypothekare, welche durch die mit der ihr vorstehenden Gesamthypothek vorgenommenen Änderungen geschädigt werden können, sind bei der Regulierung im § 1173 nicht berücksichtigt. Namentlich ist die Beschränkung, welche im § 1182 Satz 2 für den Fall der Befriedigung aus dem Grundstücke dadurch angeordnet ist, daß die Ersatzhypothek die letzte Stelle erhält, im § 1173 nicht hinzugefügt. Dies hat seinen Grund darin, daß nach § 1173 Abs. 2 die Ersatzhypothek auf dem mithaftenden Grundstücke mit der Hypothek an dem eigenen Grundstücke des Ersatzberechtigten Gesamthypothek bleibt, während nach § 1182 die Ersatzhypothek Einzelhypothek an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen wird. Verwickelt wird die Sache, wenn gegen mehrere Eigentümer mithaftender Grundstücke Ersatzansprüche bestehen, wenn z. B. zehn Parzellenkäufer die auf dem Stammgrundstücke haftende Hypothek zu verschiedenen Beträgen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen haben. Und wenn gar noch Teilbefriedigungen des Gläubigers in Betracht kommen, so daß auch der Gläubiger bei der Gesamthypothek in Höhe seiner Restforderung mit Vorrecht beteiligt bleibt (§ 1176), so wird der Grundbuchrichter oft wünschen, die 2. Kommission möchte in ihrem Gerechtigkeitsgefühle die Durchführbarkeitsfrage nicht so leicht genommen haben (vgl. die Beispiele in Anm. 10 S. 953).

Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem und den Grundstücken des Ersatzpflichtigen, wenn er nicht der persönliche Schuldner war, mit der Forderung des Gläubigers der Gesamthypothek, nicht an seinem Grundstücke mit der Forderung des Gläubigers und an den anderen Grundstücken mit seiner Ersatzforderung. Die Ersatzforderung dient nur zum Nachweise der Berechtigung des befriedigenden Eigentümers zum Erwerbe der an den anderen Grundstücken bestehenden Hypothek. Ist der befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so erwirbt er die Hypothek an seinen wie

an den übrigen Grundstücken gemäß § 1177 Abs. 1 als Grundschuld. Handelt es sich im Falle des § 1173 Abs. 2 um eine Gesamtgrundschuld, so kann der ersatzberechtigte Eigentümer auch nur eine Grundschuld an den anderen Grundstücken erwerben, nicht aber in der Höhe der Ersatzforderung eine Hypothek (vgl. auch Prot. III S. 709 VIII).

Die ohnehin schon schwierige Anwendung des § 1173 Abs. 2 noch dadurch verwickelter zu gestalten, daß, wie die übrigen Kommentatoren (mit Ausnahme von Fuchs S. 558 Nr. 9) wollen, in Höhe des Ersatzanspruchs eine besondere Hypothek für die Ersatzforderung entstehen soll, liegt für die Praxis am wenigsten Veranlassung vor. Das Gesetz nötigt dazu nicht; in seinem Wortlaute spricht es vielmehr für die hier vertretene Auffassung, daß der Ersatzanspruch nur als Brücke dienen soll, dem befriedigenden Eigentümer die Hypothek nicht nur auf seinem eigenen Grundstücke sondern sie als Gesamthypothek auch auf den mithaftenden Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer zu erhalten. Es wird damit zugleich der Verlegenheit ausgewichen, die eintritt, wenn die Hypothek auf einen Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, mit der Forderung übergeht (§ 1143). Da die Gesamthypothek nur für *eine* Forderung bestehen kann, ist es unmöglich, daß sie auf dem Grundstücke des befriedigenden Eigentümers mit der ursprünglichen Forderung, auf den mithaftenden Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer aber mit der Ersatzforderung Gesamthypothek bleibt (§ 1173 Abs. 2 Halbs. 2; so Lang S. 308, Biermann Nr. 2 b und Kober Nr. II b zu § 1173, Gierke SR. S. 938). Ebenso unmöglich und auch willkürlich ist der Ausweg Plancks (3 S. 663 Lit. β Abs. 2), daß die Gesamthypothek sowohl auf dem Grundstücke des befriedigenden Eigentümers als auf den übrigen in der Mithaft verbleibenden Grundstücken für die Ersatzforderung allein fortbestehen solle. Wo bleibt die ursprüngliche Forderung, mit welcher der befriedigende Eigentümer die Hypothek auf seinem Grundstück erwirbt; erlischt sie oder soll sie neben der Ersatzforderung weiter bestehen? Eine befriedigende Lösung, die sich auf das Gesetz stützen könnte, ist nicht zu finden. Ist der befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, erwirbt er also die Hypothek als Grundschuld (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1117 Satz 1), so soll sie an allen verhafteten Grundstücken, auch an dem eigenen des befriedigenden Eigentümers, in Höhe des Ersatzanspruchs Gesamthypothek für die Ersatzforderung, zu dem überschießenden, d. h. zu dem den Ersatzanspruch übersteigenden Betrag Einzelgrundschuld an dem Grundstücke des befriedigenden Eigentümers (Planck 3 S. 663 Nr. 4 b β) oder an dem eigenen Grundstücke zu ihrem ganzen Betrage Grundschuld und an den übrigen Grundstücken Gesamthypothek für die Ersatzforderung sein (Lang S. 308; Biermann Nr. 2 b zu § 1173). Wie diese Änderungen kraft Gesetzes (§ 1173) eintreten könnten, ist nicht einzusehen. Jedenfalls ist der hier gewählten Konstruktion der Vorzug der Einfachheit nicht zu versagen, und auch der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht gegen, sondern für sie. Ihr ist Bruck (S. 209 ff.) beigetreten. Biermann (im Recht 1905 S. 266) erkennt zwar an, daß die hier vertretene Ansicht einfach und auch mit dem Gesetze vereinbar ist, meint aber, daß auch sie zu unmöglichen Ergebnissen führe. Dabei unterstellt er aber wieder, daß der Anspruch des befriedigenden Eigentümers an den Ersatzpflichtigen, nicht mit der ursprünglichen Forderung, für die Hypothek bestellt ist, identisch sei. In der Tat besteht nur *eine*, nämlich die ursprüngliche Forderung. Durch die Befriedigung erwirbt der Eigentümer die Hypothek auch an den anderen Grundstücken entweder als Hypothek mit der ursprünglichen Forderung oder, wenn er zugleich persönlicher Schuldner war, als Grundschuld, nicht etwa an seinem Grundstück als Grundschuld, an den anderen in Höhe des Ersatzanspruchs als Hypothek. Demnach enthält § 1173 Abs. 2 keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß die Gesamtbelastung hinsichtlich aller mithaftenden Grundstücke nur in derselben Belastungsform bewirkt werden könne (vgl. S. 813).

6. Über die Anwendung des § 1173 auf Hypotheken, die ein im *Miteigentume* nach Bruchteilen stehendes Grundstück belasten, vgl. Anm. 5 S. 815, Planck Nr. 7, Biermann Nr. 5, Kober Nr. IV zu § 1173.

7. Das Recht auf *Ausgleichung* wird ohne weiteres weder durch die gemeinschaftliche Haftung mehrerer Grundstücke für eine Hypothek noch durch die Befriedigung des Gläubigers seitens eines der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke begründet, sondern es ist entweder das Ergebnis obligatorischer Beziehungen, die zwischen dem befriedigenden Eigentümer und den übrigen Eigentümern bestehen, oder es ergibt sich aus gesetzlicher Bestimmung. Im Abs. 2 des § 1173 wird daher auch eine Ersatzpflicht als bestehend vorausgesetzt. Beispiele gesetzlicher Ausgleichungspflicht enthalten die §§ 426, 774, 2166, 2167, 2168 BGB., eine rechtsgeschäftliche Ausgleichungspflicht entsteht

meistens dadurch, daß Parzellenerwerber die auf dem Stammgrundstücke ruhende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen (§ 415 Abs. 3). Beruht die Forderung, für welche die Gesamthypothek bestellt ist, auf einem Gesamtschuldverhältnisse der mithaftenden Eigentümer und leistet ein Eigentümer dem Gläubiger mehr als seinen Anteil an der Schuld, so geht die Forderung auch in Höhe des Betrags auf ihn über, für den er Ausgleichung von den anderen Eigentümern verlangen kann (§ 426 Abs. 2; Mot. III S. 730).

Den Ersatzanspruch kann nur derjenige Eigentümer geltend machen, für welchen er begründet ist. Ein Rechtsnachfolger ist nur dann dazu berechtigt, wenn der Anspruch ihm abgetreten oder auf ihn in anderer Weise übergegangen ist. Der Anspruch ist nicht mit dem Eigentume des Grundstücks verbunden und steht nicht dem jeweiligen Eigentümer als solchem zu. (Planck Nr. 4 a zu § 1173.)

Der befriedigende Eigentümer kann vom Eigentümer des anderen Grundstücks nicht nur dann Ersatz verlangen, wenn dieser selbst ihm gegenüber ersatzpflichtig ist, sondern auch dann, wenn der Rechtsnachfolger — sei es infolge allgemeiner oder einer Sonder-Nachfolge — desjenigen Eigentümers ist, gegen den die Ersatzpflicht begründet worden ist (§ 1173 Abs. 2).

8. Die Befriedigung des Gläubigers kann nicht nur durch Leistung des Geschuldeten, sondern auch durch Aufrechnung und Hinterlegung erfolgen (vgl. § 1142 Abs. 2). Im Falle des § 1171 gilt der unbekannte Gläubiger mit der Erlassung des Ausschlußurteils nach erfolgter Hinterlegung für befriedigt. Ob der Eigentümer sich vom befriedigten Gläubiger Quittung erteilen oder das Gläubigerrecht abtreten läßt, ist von gleicher Wirkung. Es ist dies im § 1173 Abs. 1 Satz 2 besonders hervorgehoben, um zu verhüten, daß der befriedigende Eigentümer den Folgen des § 1173 dadurch aus dem Wege gehen kann, daß er sich die Forderung mit der Gesamthypothek vom Gläubiger abtreten läßt und dadurch dessen rechtliche Stellung überkommt (vgl. Prot. III S. 634). Der Befriedigung steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in der Person eines der Eigentümer (z. B. durch Erbgang, vgl. Anm. II 2 c S. 914) vereinigen oder das Gläubigerrecht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz übertragen wird. Beerbt also der Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke, gleichviel ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht, den Gläubiger der Gesamthypothek, so geht nicht die Gesamthypothek, wie sie dem Erblasser zustand, auf ihn über, sondern er erwirbt die Hypothek an seinem Grundstücke, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt, oder es treten, falls er ersatzberechtigt ist, die Folgen des § 1173 Abs. 2 ein. Beerbt dagegen der Gläubiger einen der Eigentümer der verhafteten Grundstücke, der nicht sein Schuldner ist, so verliert er nicht seine Forderung und die Hypothek an den übrigen Grundstücken und erhält nur die Eigentümerhypothek an dem ererbten Grundstücke, sondern durch diese Beerbung wird die Forderung mit den Hypotheken nicht alteriert. Dieser Fall ist im § 1173 Abs. 1 Satz 2 der Befriedigung nicht gleichgestellt. Ebensowenig der Fall des sonstigen Erwerbes eines der mithaftenden Grundstücke durch den Gläubiger. (Biermann Nr. 1 Abs 2, Planck Nr 2 b β zu § 1173.)

9. Die zum Schutze des persönlichen Gläubigers im § 1165 gegebene Bestimmung findet auch zugunsten des ersatzberechtigten Eigentümers entsprechende Anwendung, so daß diesem, wenn der Gläubiger durch sein Verhalten den Ersatzanspruch vereitelt oder beeinträchtigt, wenn er z. B. die Hypothek an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers durch Verzicht zum Erlöschen gebracht hat, gegen den hypothekarischen Anspruch des Gläubigers insoweit ein Einwand zusteht, als er ohne den Verzicht des Gläubigers aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können. In der 2. Kommission war man hierüber einverstanden und hat von einer besonderen Bestimmung nur Abstand genommen, um das BGB. nicht unnötig mit Kasuistik zu belasten (Prot. III S. 636 III). Hiernach muß der Gläubiger der Gesamthypothek, wenn er sicher gehen will, bevor er auf die Hypothek an einem der ihm verhafteten Grundstücke verzichtet, feststellen, ob der Eigentümer dieses Grundstücks oder einer seiner Rechtsvorgänger einem der Eigentümer der übrigen Grundstücke ersatzpflichtig

ist. (Kober Nr. II c, Biermann Nr. 2 c, Böhm S. 261, Hachenburg Vortr. S. 631, Planck Nr. 4 c; a. M. Fuchs Nr. 10 zu § 1173, Maenner § 73 S. 345 A. 5, Lang S. 315.)

10. Beispiele.

A. Zu § 1173.

I. Auf den Grundstücken Nr. 3 und Nr. 10 des A haftet für X eine Gesamthypothek von 12000.

1. Verkauft A das Grundstück Nr. 3 an B, ohne mit ihm eine Vereinbarung über die Hypothek zu treffen, so muß er die Hypothek auf Nr. 3 beseitigen. Unterläßt er dies und muß B den X wegen der Hypothek befriedigen, so ist A dem B schadenersatzpflichtig (§§ 435, 439 Abs. 2, 440, 325).

a. Befriedigt A den X, so erwirbt er die Hypothek an Nr. 10, während sie an Nr. 3 erlischt.

b. Befriedigt B den X, so geht die Hypothek an Nr. 10 wegen seines Ersatzanspruchs an A auf ihn über und bleibt mit der Hypothek an Nr. 3, der Eigentümerhypothek, Gesamthypothek.

2. B hat beim Kaufe von Nr. 3 die Hypothek des X übernommen.

a. Befriedigt A den X, so bleibt wegen des Ersatzanspruchs des A an B die Hypothek als diejenige des A an beiden Grundstücken als Gesamthypothek bestehen.

b. Befriedigt B den X, so erlischt die Hypothek an Nr. 10 und beibt als Einzelhypothek des B an Nr. 3 bestehen.

II. Auf den drei Grundstücken Nr. 3, Nr. 10 und Nr. 20 des A haftet für X die Gesamthypothek von 12000.

1. A verkauft Nr. 3 an B ohne Vereinbarung für die Hypothek.

a. Befriedigt A den X, so erwirbt er die Hypothek an Nr. 10 und Nr. 20 als Gesamthypothek, während sie an Nr 3 erlischt.

b. Befriedigt B den X, so erwirbt er die Hypothek als Gesamthypothek, und zwar an Nr. 3 als Eigentümerhypothek, an Nr. 10 und 20 wegen seines Ersatzanspruchs an A.

2. A verkauft Nr. 3 an B, Nr. 10 an C, Nr. 20 an D, ohne mit einem der Käufer eine Vereinbarung über die Hypothek zu treffen.

Wer von den drei Käufern den X befriedigt, erwirbt die Hypothek an allen drei Grundstücken, an seinem eigenen als Eigentümerhypothek, an den beiden anderen, weil ihm ein Ersatzanspruch an den Rechtsvorgänger A der beiden anderen Käufer zusteht.

3. Im Falle zu 2 hat B die Hypothek übernommen.

a. Befriedigt B den X, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke Nr. 3, während sie an Nr. 10 und 20 erlischt.

b. Befriedigt C oder befriedigt D den X, so erwirbt der Befriedigende die Hypothek als Gesamthypothek an allen drei Grundstücken aus dem zu 2 angegebenen Grunde.

4. A verkauft Nr. 3 und Nr. 10 an B und Nr. 20 an C, dann verkauft B Nr. 10 an D; D hat gegenüber dem B und B gegenüber dem A die Hypothek übernommen.

a. Befriedigt B den X, so erwirbt er er die Hypothek als Gesamthypothek, und zwar an Nr. 3 als Eigentümerhypothek, an Nr. 10 wegen seines Ersatzanspruchs an D; die Hypothek an Nr. 20 erlischt, weil dem B ein Ersatzanspruch weder gegen C noch gegen dessen Rechtsvorgänger A zusteht.

b. Befriedigt D den X, so erwirbt er die Hypothek nur an seinem Grundstücke Nr. 3, während sie an Nr. 10 und Nr. 20 erlischt, da ihm ein Ersatzanspruch weder an B noch an C oder dessen Rechtsvorgänger A zusteht.

c. Befriedigt C den X, so erwirbt er die Hypothek als Gesamthypothek an allen drei Grundstücken, und zwar an Nr. 20 als Eigentümerhypothek und an Nr. 3 und 10 wegen seines Ersatzanspruchs an den Rechtsvorgänger A von B und D.

5. A verkauft Nr. 3, Nr. 10, Nr. 20 an B ohne Vereinbarung über die Hypothek, dieser Nr. 20 an D, wobei D die Hypothek übernimmt, D verkauft Nr. 20 weiter an C ohne Vereinbarung über die Hypothek.

Befriedigt B den X, so erwirbt er die Hypothek als Gesamthypothek an allen drei Grundstücken, und zwar an Nr. 3 und Nr. 10 als Eigentümerhypothek und an Nr. 20 wegen seines Erstattungsanspruchs gegen D als Rechtsvorgänger des C.

B. Zu § 1173 in Verbindung mit § 1176.

I. Der Gläubiger X ist nur zur Hälfte seiner Gesamthypothek von 12000 befriedigt.

Befriedigt A (vgl. Beispiel A I 1 a) den X mit 6000, so erwirbt er die Hypothek zum Betrage von 6000 an dem Grundstücke Nr. 10, während sie zu diesem Betrage an Nr. 3 erlischt. X behält die Resthypothek von 6000 an Nr. 3 und Nr. 10 mit dem Vorrechte vor der Anteilshypothek des A.

Digitized by Google

Befriedigt B den X mit 6000 (vgl. A I 1 b), so erwirbt er die Hypothek zu diesem Betrage an Nr. 3 und Nr. 10 als Gesamthypothek, während die Resthypothek von 6000 für X an Nr. 3 und Nr. 10 vorrechtlich bestehen bleibt.

Befriedigt A den X im Falle A I 2 a mit 6000, so erwirbt er die Hypothek zu 6000 an Nr. 3 und Nr. 10 als Gesamthypothek, während dem X die Hypothek zu 6000 vorrechtlich verbleibt.

Befriedigt B den X im Falle A I 2 b mit 6000, so erlischt die Hypothek zu 6000 an Nr. 10 und bleibt zu 6000 an Nr. 3 für B bestehen, während die Hypothek zu 6000 an Nr. 3 und Nr. 10 dem X vorrechtlich verbleibt.

II. Der Käufer B hat die Hypothek nur zum Betrage von 6000 übernommen, ebenso im Falle A II 4 D dem B gegenüber.

Befriedigt A den X im Falle A I 2 a ganz mit 12000, so erwirbt er die Hypothek an Nr. 10 zu 12000, an Nr. 3 zu 6000 als Gesamthypothek.

Befriedigt B den X im Falle A I 2 b mit 6000, so erlischt die Hypothek an Nr. 10 zu 6000, B erwirbt sie zu 6000 an Nr. 3, während die Resthypothek des X an Nr. 3 und Nr. 10 vorrechtlich bestehen bleibt.

Befriedigt B den X im Falle A II 3 a mit 6000, so erwirbt er die Hypothek an Nr. 3 mit 6000, während sie an Nr. 10 und 20 zu 6000 erlischt; dem X verbleibt die Resthypothek von 6000 vorrechtlich an allen drei Grundstücken.

Befriedigt B im Falle A II 4 a den X mit 6000, so erwirbt er die Hypothek als Gesamthypothek zu 6000 an Nr. 3 und Nr. 10, während sie an Nr. 20 zu 6000 erlischt; dem X verbleibt die Resthypothek von 6000 vorrechtlich an allen drei Grundstücken.

Befriedigt C im Falle A II 4 c den X nur mit 6000, so erwirbt er die Hypothek als Gesamthypothek von 6000 an allen drei Grundstücken, während sie dem X zum Restbetrage von 6000 an allen drei Grundstücken vorrechtlich verbleibt.

Befriedigt D im Falle A II 4 b den X mit 6000, so erwirbt er die Hypothek zu 6000 als Gesamthypothek an Nr. 3 und Nr. 10, und zwar an seinem Grundstücke Nr. 3 als Eigentümerhypothek und an dem Grundstücke Nr. 10 des B wegen des ihm an B in Höhe von 6000 zustehenden Ersatzanspruchs; auf dem Grundstücke Nr. 20 des C erlischt die Hypothek, da D weder zu C noch zu dessen Rechtsvorgänger in einem Verhältnisse steht. Dem X verbleibt die Resthypothek von 6000 an allen drei Grundstücken vorrechtlich.

Befriedigt B im Falle A II 5, wenn D die Hypothek nur zu 6000 übernommen hat, den X ganz mit 12000, so erwirbt er die Hypothek an den Grundstücken Nr. 3 und 10 als Gesamthypothek zum vollen Betrage von 12000; dagegen an Nr. 20 nur zu 6000, da ihm gegen D nur ein Ersatzanspruch auf 6000 zusteht.

11. Die Höhe der Ersatzansprüche der Eigentümer der belasteten Grundstücke untereinander kann von vornherein festgesetzt und durch Eintragung in das Grundbuch auch gegen die Rechtsnachfolger der Eigentümer wirksam gemacht werden. Haben z. B. A, B, C unter Verpfändung ihrer Grundstücke als Gesamtschuldner von X ein Darlehn und von dessen Valuta A $^1/_5$, B $^3/_5$, C $^1/_5$ erhalten, so können sie zur Berichtigung der gesetzlichen Ausgleichungspflicht des § 426, wonach die Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, festsetzen, daß die Ersatzpflicht A in Höhe von $^1/_5$, des B in Höhe von $^3/_5$, des C in Höhe von $^1/_5$ besteht. (Vgl. Z. f. d. Not. 45 S. 42.)

12. Der § 1173 findet Anwendung auch auf die Hypotheken des früheren Rechtes, die mit der Anlegung des Grundbuchs zu Hypotheken des BGB. geworden sind, wenn die Befriedigung, die Übertragung, die Vereinigung nach der Anlegung des Grundbuchs eingetreten sind (RG. Rsp. 1 S. 425).

§ 1174.

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesamthypothek zusteht, oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigentümer

dieſen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrags der Geſamthypothek anrechnen zu laſſen.

Vgl. Meikel in Bl. f. RA. 68 S. 112 ff.

1. Der § 1174 ergänzt den § 1164, welcher die Befriedigung des Gläubigers einer Einzelhypothek durch den erſatzberechtigten perſönlichen Schuldner betrifft, für den Fall, daß der Schuldner den Gläubiger einer Geſamthypothek befriedigt, und zwar ausſchließlich für den Fall, daß der perſönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer eines der verhafteten Grundſtücke iſt, den Gläubiger der Geſamthypothek voll befriedigt und nur von einem der Eigentümer der verhafteten Grundſtücke ganz (Abſ. 1) oder teilweiſe (Abſ. 2) Erſatz verlangen kann. Der Befriedigung iſt gleichgeſtellt die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Perſon. Es ſcheiden hier demnach folgende Fälle aus:

a. Iſt der den Gläubiger einer Geſamthypothek befriedigende perſönliche Schuldner zugleich Eigentümer eines der belaſteten Grundſtücke, ſo kommt nicht § 1174, ſondern § 1173 zur Anwendung: Der Schuldner erwirbt die Hypothek an ſeinem Grundſtück als Einzelgrundſchuld, während die Hypothek an den übrigen Grundſtücken erliſcht (§ 1173 Abſ. 1), und er erwirbt, falls er vom Eigentümer eines der mithaftenden Grundſtücke Erſatz verlangen kann, an deſſen Grundſtück in Höhe des Erſatzanſpruchs die Hypothek, welche mit der Hypothek an ſeinem eigenen Grundſtücke Geſamthypothek bleibt, während die Hypothek im übrigen erliſcht (§ 1173 Abſ. 2).

b. Kann der befriedigende perſönliche Schuldner von keinem der Eigentümer der belaſteten Grundſtücke Erſatz verlangen, ſo erliſcht die Forderung und die Geſamthypothek fällt als Geſamtgrundſchuld den ſämtlichen Eigentümern gemeinſchaftlich zu (§ 1172 in Verb. mit § 1163 Abſ. 1 Satz 2).

c. Kann der befriedigende perſönliche Schuldner von ſämtlichen Eigentümern der belaſteten Grundſtücke als Geſamtſchuldnern Erſatz verlangen, ſo erwirbt er in Höhe des Erſatzanſpruchs die Hypothek als Geſamtgrundſchuld (§ 1164), während ſie darüber hinaus den Eigentümern als Geſamtgrundſchuld gemeinſchaftlich zufällt (§ 1172).

2. Im Falle des § 1174, wo der den Gläubiger der Geſamthypothek befriedigende perſönliche Schuldner vom Eigentümer eines der belaſteten Grundſtücke oder von einem Rechtsvorgänger desſelben Erſatz verlangen kann, erwirbt er die Hypothek als Einzelgrundſchuld am Grundſtücke des erſatzpflichtigen Eigentümers, während die Hypothek an den übrigen Grundſtücken kraft Geſetzes, alſo ohne Löſchung, erliſcht. Hat der Schuldner den Gläubiger nur zum Teile befriedigt, ſo verbleibt dem Gläubiger für ſeine Reſtforderung die Geſamthypothek an allen verhafteten Grundſtücken mit dem Vorrechte vor der dem Schuldner zufallenden Erſatzhypothek (§ 1176), während die Hypothek im übrigen, alſo ſoweit ſie dem Gläubiger nicht verbleibt und dem Schuldner nicht zufällt, erliſcht. (§ 1174 Abſ. 1.)

Kann der Schuldner nur wegen eines Teilbetrags der zur Befriedigung des Gläubigers verwendeten Summe von einem der Eigentümer Erſatz verlangen, ſo erwirbt er in Höhe des Teilbetrags an dem Grundſtücke des erſatzpflichtigen Eigentümers eine Einzelgrundſchuld, im übrigen fällt die Hypothek als Geſamtgrundſchuld allen Eigentümern der belaſteten Grundſtücke zu. Hat der Schuldner den Gläubiger nur zum Teile befriedigt und kann er nur wegen eines Teiles dieſes Teiles von einem Eigentümer Erſatz verlangen, ſo verbleibt dem Gläubiger für ſeine Reſtforderung die Geſamthypothek als bevorrechtete, der Schuldner erhält in Höhe ſeines Erſatzanſpruchs eine Einzelgrundſchuld am Grundſtücke des erſatzpflichtigen Eigentümers und die Hypothek fällt, ſoweit ſie nicht dem Gläubiger verbleibt und dem Schuldner als Erſatz gebührt, allen Eigentümern als Geſamtgrundſchuld zu. Hat z. B. der Schuldner A den Gläubiger der auf den Grundſtücken Nr. 1, 2, 3, 4 laſtenden Geſamthypothek von 10 000 in Höhe von 5 000 befriedigt und ſteht ihm gegen den Eigentümer von Nr. 2 ein Erſatzanſpruch von 4 000 zu, ſo verbleibt dem Gläubiger für ſeine Reſtforderung von 5 000 die Geſamthypothek an erſter Stelle, A erhält eine

Einzelgrundschuld von 4000 am Grundstücke Nr. 2, zu deren Betrage die Hypothek an den Grundstücken Nr. 1, 3, 4 erlischt, und den Eigentümern von Nr. 1—4 fällt eine Gesamtgrundschuld von 1000 an ihren Grundstücken gemeinschaftlich zu. Wenn nun die vier Eigentümer die Gesamtgrundschuld gemäß § 1172 Abs. 2 in Verb. mit § 1132 Abs. 2 auf die einzelnen Grundstücke verteilen, so muß sich der ersatzpflichtige Eigentümer von Nr. 2 den Betrag der Ersatzhypothek des A von 4000 auf den ihm gebührenden Teil der Gesamtgrundschuld anrechnen lassen (§ 1174 Abs. 2). Beträgt der Wert von Nr. 2 $^4/_5$, von Nr. 1, 3, 4 je $^1/_{15}$ des Gesamtwerts der Grundstücke Nr. 1—4, so würden von den zu teilenden 5000 auf Nr. 2 4000 und auf Nr. 1, 3, 4 je $333^1/_3$ fallen. Da A sich aber auf die ihm gebührenden 4000 die Ersatzhypothek gleichen Betrags anrechnen lassen muß, erhält er nichts und jeder der Eigentümer von Nr. 1, 3, 4 erhält eine Einzelgrundschuld von $333^1/_3$. Die Teilungsmasse setzt sich zusammen aus dem Betrage der zu teilenden Gesamtgrundschuld und der Ersatzhypothek (1000 + 4000). So die herrschende Meinung (Planck Nr. 5, Biermann Nr. 1 c).

3. Nach § 1174 ist auch der Fall zu beurteilen, wo dem befriedigenden persönlichen Schuldner gegen mehrere oder alle Eigentümer der belasteten Grundstücke Ersatzansprüche in Teilbeträgen zustehen. Der Schuldner erwirbt da keine Gesamtgrundschuld, sondern an jedem Grundstück eine Einzelgrundschuld in Höhe der Ersatzpflicht des Eigentümers; in Höhe des Restes erlischt die Hypothek. Hat der Schuldner A z. B. den Gläubiger einer Gesamthypothek von 10000 befriedigt und steht ihm ein Ersatzanspruch gegen jeden der Eigentümer B, C, D der belasteten Grundstücke zu, gegen B von 1000, gegen C von 3000, gegen D von 4000, so erhält er eine Einzelgrundschuld von 1000 am Grundstücke des B, von 3000 am Grundstücke des C, von 4000 am Grundstücke des D und die Gesamthypothek erlischt am Grundstücke des B in Höhe von 9000, an dem des C in Höhe von 7000, an dem des D in Höhe von 6000. (A. M. Fuchs Nr. 6, Planck Nr. 3 e, Kober Nr. 1 zu § 1174, Meikel S. 114 f., Obernck 1 S. 893.)

4. Der § 1174 findet auch Anwendung auf eine Hypothek, die ein im Miteigentume nach Bruchteilen stehendes Grundstück belastet (vgl. Anm. 5 S. 815 und Planck 3 S. 667 Nr. 6).

5. Vgl. Anm. 5 S. 928.

§ 1175.

Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem.

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird.

I. Der § 1175 geht, wie der § 1172, davon aus, daß die für die Gesamthypothek haftenden Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, und bestimmt im Abs. 1 die Folgen des Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek in ihrem ganzen Betrage für die beiden Fälle: 1) daß der Verzicht sich auf alle Grundstücke erstreckt; 2) daß er sich auf ein Grundstück beschränkt.

1. Im ersten Falle fällt die Gesamthypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Dies entspricht der für die Einzelhypothek geltenden Regel des § 1168 Abs. 1 und dem im § 1172 Abs. 1 für die Gesamthypothek ausgesprochenen Grundsatze. Die Hypothek bleibt in den Händen der Eigentümer Gesamthypothek (vgl. Anm. 2 S. 944). Jedem der Eigentümer steht aber die Befugnis zu, die Zuteilung einer Sonderhypothek an seinem Grundstücke nach Maßgabe des § 1172 Abs. 2 zu verlangen (vgl. 3, 4 S. 945 f.).

2. Im zweiten Falle, wo sich der Verzicht auf die Hypothek an einem der belasteten Grundstücke beschränkt, findet die Regel, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn

der Gläubiger auf sie verzichtet (§ 1168 Abs. 1), keine Anwendung, sondern es erlischt die Hypothek an dem Grundstück, auf welches sich der Verzicht bezieht (§ 1175 Abs. 1 Satz 2). „Denn hier würde der Erwerb der aus der Gesamthaft losgelösten Hypothek durch den Eigentümer die Rechte gleich- oder nachstehender Gläubiger beeinträchtigen" (Denkschr. S. 226). Haftet die Gesamthypothek nur auf zwei Grundstücken, so wird sie infolge des Erlöschens der Mithaft des befreiten Grundstücks zu einer Einzelhypothek, welche dem bisherigen Gläubiger verbleibt. Dieselbe Folge tritt ein, wenn sämtliche Grundstücke bis auf eines aus der Mithaft entlassen werden. Haftet die Gesamthypothek auf mehreren Grundstücken, von denen nur eines durch den Verzicht aus der Mithaft ausscheidet, so bleibt sie an den forthaftenden mehreren Grundstücken als Gesamthypothek bestehen. Die Hypothek erlischt kraft Gesetzes an dem Grundstücke, welches vom Verzichte betroffen wird; einer Löschung im Grundbuche bedarf es hierzu nicht. Aber Voraussetzung des Erlöschens ist ein wirksamer Verzicht und dieser bedarf, neben seiner Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer, der Eintragung in das Grundbuch (§ 1168 Abs. 2). Ist der Verzicht in das Grundbuch eingetragen, so ergibt sich als gesetzliche Folge ohne weiteres das Erlöschen der Hypothek. Der Verzicht wird auf dem Blatte, auf welchem die Hypothek erlischt, in der Spalte „Löschungen", auf den Blättern, auf welchen die Hypothek bestehen bleibt, in der Spalte „Veränderungen" eingetragen. Der Zustimmung des Eigentümers zur Löschung bedarf es nicht (Jacubezky in Gruch. 46 S. 65, Kober Nr. 1 b zu § 1175; a. M. KG. JW. 24 S. A 135, welches sogar zur Eintragung des Verzichts die beglaubigte Zustimmung des Eigentümers verlangt, Planck Nr. 1 c, Biermann Nr. 1 zu § 1175 und Fuchs S. 566 Nr. 7; dagegen Frick im Recht 6 S. 175). Wo die Hypothek durch den Verzicht erlischt, rücken die nacheingetragenen Berechtigten vor.

3. Verzichtet der Gläubiger bei allen mithaftenden Grundstücken auf einen Teilbetrag der Hypothek, so behält er für den Restbetrag die Gesamthypothek an allen mithaftenden Grundstücken mit dem Vorrange vor dem auf die Eigentümer fallenden Teile der Gesamthypothek. Verzichtet der Gläubiger auf den Teilbetrag nur bei einem oder einzelnen der belasteten Grundstücke, so kann die Bevorrechtung des Restbetrags nicht in Frage kommen, weil die Hypothek zu ihrem vom Verzichte betroffenen Restbetrag an den einzelnen Grundstücken erlischt. (§ 1176 in Verb. mit § 1175 Abs. 1.)

4. Dasselbe, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, tritt ein, wenn infolge der Schuldübernahme die Hypothek erlischt (§ 418). Erfolgt die Schuldübernahme bezüglich der ganzen Forderung, für welche die Gesamthypothek besteht, ohne die Einwilligung aller Eigentümer der mithaftenden Grundstücke, so fällt die Gesamthypothek allen diesen Eigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1175 Abs. 1 Satz 1). Betrifft die Schuldübernahme nur einen Teil der Forderung, so fällt der von der Schuldübernahme betroffene Teilbetrag der Hypothek den Eigentümern der mithaftenden Grundstücke zu, der jedoch dem Teile der Gesamthypothek, welcher dem Gläubiger verbleibt, im Range nachsteht (§ 1176). Fehlt zu der Schuldübernahme die Einwilligung nur einzelner Eigentümer der mithaftenden Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesen Grundstücken (§ 1175 Abs. 1 Satz 2, ebenso Kober Nr. 3 zu § 1175).

5. Der Gläubiger einer Gesamthypothek kann die Hypothek einem der Eigentümer der belasteten Grundstücke dadurch zuwenden, daß er zunächst die Hypothek an den anderen Grundstücken durch seinen Verzicht zum Erlöschen bringt (§ 1175) und dann auf die übrigbleibende Einzelhypothek verzichtet, wodurch diese dem Eigentümer zufällt (§ 1168; Boehm S. 265). Will der Gläubiger die Forderung nicht zurückbehalten, so kann er dasselbe auch durch die Übertragung seines Gläubigerrechts auf den Eigentümer erreichen (§ 1173 Abs. 1 Satz 2; Planck 3 S. 668 Lit. e). Will der Gläubiger jedem der Eigentümer einen bestimmten Betrag der Gesamthypothek zuwenden, so muß er die Forderung gemäß § 1132 Abs. 1 auf die einzelnen Grundstücke verteilen und dann auf jede der gebildeten Einzelhypotheken verzichten.

Digitized by Google

6. Dem Verzicht auf die Gesamthypothek an einem der mehreren Grundstücke steht der Verzicht auf die Einzelhypothek an einem Teile des Grundstücks, welcher abveräußert und auf ein neues Blatt übertragen werden soll, gleich. Durch die Abveräußerung und Abschreibung würde eine Gesamthypothek entstehen. In solchen Fällen ist nicht erst die Hypothek auf das neue Blatt mitzuübertragen und dann die Löschung zu bewirken, vielmehr ist das Trennstück frei von der Hypothek abzuschreiben (GBO. § 47 Abs. 2) und bei der Hypothek auf dem Stammgrundstücke zu vermerken, daß das Trennstück aus der Mithaft entlassen ist. Dem Falle des § 1175 Abs. 1 Satz 2 steht es auch gleich, wenn der Gläubiger auf die Hypothek an einem Bruchteil eines im Miteigentume stehenden Grundstücks verzichtet. Dagegen ist jene Bestimmung nicht anwendbar, wenn der Gläubiger einem der Mitschuldner die Forderung erläßt (Anm. II 2 S. 948).

II. Über die Bestimmung des Abs. 2 des § 1175 vgl. die Anm. 2 b und 6 S. 937, 940. Auf den Ausschluß des Gesamthypothekengläubigers gemäß § 1171 kommen nicht der § 1175, sondern die §§ 1172, 1173 in Anwendung (Anm. 3 S. 942 f.).

§ 1176.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden.

1. Im bisherigen preuß. Rechte fehlte eine dem § 1176 BGB. entsprechende Bestimmung. Es war streitig, welche Priorität dem infolge der Teilbefriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer übergehenden Hypothekenteile zustehe (Turnau GBO. I S. 532). Die Rechtsprechung des OTrib. und des RG. stimmte darin überein, daß dem Gläubiger wegen der ihm verbliebenen Resthypothek kein Vorzugsrecht vor der auf den Eigentümer übergegangenen Teilhypothek zustehe, wenn er sich solches bei der Quittierung nicht vorbehalten habe; daß aber, wenn der Eigentümer für die Hypothek persönlich verhaftet sei, seine Verpflichtung, mit seinem ganzen Vermögen für den Ausfall einzustehen, dahin führe, daß er von seinem ihm als gleichberechtigten Anteilhaber zustehenden paritätischen Rechte dem Gläubiger gegenüber im Kollisionsfalle keinen Gebrauch machen könne (OTrib. E. 6 S. 127, Gruch. 2 S. 106, Arch. 44 S. 2, Bd 64 S. 84; RG. E. 2 S. 206, Bd 27 S. 188, Zeitschr. f. preuß. Recht 1 S. 535, Bolze 1 Nr. 235, Gruch. 29 S. 684). Die Frage ist für alle Fälle gleichmäßig durch § 1176 BGB. gelöst; die Resthypothek des Gläubigers hat kraft Gesetzes den Vorrang.

2. Die Bestimmung des § 1176 betrifft alle die Fälle, in denen sich der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner ohne den Willen des Gläubigers vollzieht und ein Teil der Hypothek dem Gläubiger verbleibt. Das Verhältnis liegt hier anders als im Falle der freiwilligen Abtretung eines Teiles der Forderung. Der Gläubiger kann billigerweise verlangen, daß aus dem Rechtsübergange keine weiteren Folgen als die, welche aus dem teilweisen Erlöschen der Forderung sich ergeben würden, gegen ihn gezogen werden. Es muß zu seinen Gunsten derselbe Grundsatz gelten, der für die analogen Fälle des Gesamtschuldverhältnisses und der Bürgschaft im § 426 Abs. 2 Satz 2 und im § 774 Abs. 1 Satz 2 ausgesprochen wird, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, daß insbesondere dem Gläubiger wegen der Resthypothek der Vorrang zusteht. (Mot. III S. 730; vgl. auch § 1143 Abs. 1 Satz 2 u. § 1150 in Verb. mit § 268; KG. JW. 21 S. A 155; dagegen Fuchs S. 567 Nr. 5 a.) Tritt in den Fällen, wo sich Forderung und Schuld in der Person des Schuldners oder des Eigentümers vereinigen, die Vereinigung nur bei einem Teile der Forderung ein (§ 1164 Abs. 2, § 1173 Abs. 1 Satz 2, § 1174 Abs. 1), so findet § 1176 ebenfalls Anwendung. Kann der Eigentümer den ihm zugefallenen Teil der Hypothek nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Restes geltend machen, so besteht ein ähnliches Verhältnis, als wenn dem Gläubiger der Vorrang eingeräumt wäre; aber

Digitized by Google

von einer Rangänderung im eigentlichen Sinne (§ 880) kann — wie E. Fuchs in DJZ. 1905 S. 115 und im Recht 1905 S. 268 unter Widerspruch von OLGR. Fuchs (DJZ. 1905 S. 254) und Oberneck (DNotZ. 1905 S. 270) zutreffend ausführt — keine Rede sein. Im übrigen aber kann den Ausführungen von E. Fuchs nicht überall beigetreten werden. Ist der Eigentümer durch Befriedigung ꝛc. hinsichtlich eines Teiles der Hypothek Eigentümerhypothekar geworden und fällt ihm dann auch der Rest anheim, so hat er nicht zwei Teilhypotheken mit verschiedenem Range, sondern eine einzige Hypothek (oder Grundschuld). Tritt er demnächst einen dem ihm zuerst angefallenen Teile im Betrage gleichen Teil an einen andern ab, so hat der Erwerber, wenn keine anderweiten Vereinbarungen getroffen sind, keinen Anspruch darauf, daß die Resthypothek nicht zu seinem Nachteile geltend gemacht werde. Ebensowenig kann der Eigentümer, wenn er einen dem ihm zuletzt zugefallenen Teile gleichen Betrag abtritt, wegen des ihm verbleibenden Teiles sich auf den § 1176 berufen. Tritt der Eigentümer den ihm angefallenen Teil an einen anderen ab, während der Rest dem bisherigen Gläubiger verbleibt, so steht dieser Teil auch in der Hand des Erwerbers der Resthypothek im Sinne des § 1176 nach. Erwirbt der Eigentümer demnächst die Resthypothek, so kann der Erwerber des Teiles dadurch keinen Vorteil erlangen. Zur Zeit der Abtretung bestanden zwei gesonderte Teile mit verschiedenem Range im Sinne des § 1176 und beim Mangel eines besonderen Abkommens ist der Teil mit der sich aus § 1176 ergebenden Beschränkung der Geltendmachung abgetreten. Der Eigentümer erwirbt die Resthypothek mit dem Vorzuge vor dem abgetretenen Teile. Vgl. auch Hellmut Richter in Lobe's ZBlFG. 5 S. 815.

Vgl. im übrigen Anm. 8 S. 918, Anm. 3 S. 924, Anm. 4 S. 933 f., Anm. 1 S. 944, Anm. 4 S. 949, Anm. 2 S. 955, Anm. 4 S. 957.

3. Der § 1176 findet nur Anwendung bei dem Erwerb eines Hypothekenteils seitens des Eigentümers oder des persönlichen Schuldners *kraft Gesetzes* gegenüber dem Gläubiger des Hypothekenrestes. Tritt der Gläubiger einen Teil seiner Hypothek einem Dritten ab, ohne über das Rangverhältnis des abgetretenen Teiles zum zurückbehaltenen Bestimmung zu treffen, so haben beide Teile gleichen Rang. Erfolgt die Abtretung jedoch an den befriedigenden Eigentümer oder den persönlichen Schuldner, auf welchen der abgetretene Hypothekenteil schon kraft Gesetzes (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1164) übergeht, so findet der § 1176 Anwendung, da es unerheblich ist, in welcher Form (Quittung, Abtretung, Anerkenntnis) die Befriedigung des Gläubigers erklärt wird. Tritt also der Gläubiger einen Teil seiner Hypothek an den Eigentümer ab, der zugleich sein persönlicher Schuldner ist, so bedarf es seiner besonderen Erklärung in der Abtretungsurkunde, wenn der abgetretene Teil gleichen Rang mit der ihm verbleibenden Resthypothek haben soll (KG. Rsp. 10 S. 424). Der § 1176 betrifft nur den Fall, daß ein Hypothekenteil dem Gläubiger verbleibt (KG. JW. 29 S. A 184 Nr. 4). Dieselbe Vorschrift enthält § 1164 Abs. 1 Satz 2 für den Fall, daß die Hypothek auf den befriedigenden Schuldner nur zum Teile übergeht, weil er nur teilweise Ersatz verlangen kann, und zum Teile vom Eigentümer erworben wird. Geht die Hypothek infolge der Befriedigung des Gläubigers auf mehrere Eigentümer mithaftender Grundstücke über und können diese von einem ferneren Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks Ersatz verlangen, so haben die Ersatzhypotheken der befriedigenden Eigentümer auf dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers gleichen Rang. (Planck 3 S. 669 f. Nr. 2 a, b.) Geht die ganze Forderung kraft Gesetzes auf mehrere Personen zu bestimmten Anteilen über, so haben die Anteile gleichen Rang.

4. Die Vereinbarung des Eigentümers mit dem Gläubiger, daß die infolge von Teilzahlungen auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner übergehenden Hypothekenteile im Range dem dem Gläubiger verbleibenden Reste nachstehen sollen, ist als überflüssig nicht eintragungsfähig; wird die Eintragung beantragt, so ist sie abzulehnen (KG. JW. 21 S. A 165, Bd 25 S. A 305, Bd 28 S. A 139, KG. V 439. 04, Biermann zu § 1176; a. M. Fuchs Nr. 5 u. Kober Nr. 2 zu § 1176). Dagegen ist eine Vereinbarung,

daß die dem Gläubiger verbleibende Hypothek nicht den Vorrang haben soll, zulässig und eintragungsfähig (Biermann, Fuchs, Kober; abweichend DJZ. 1902 S. 221). Die Eintragung der Vereinbarung, daß bei Zahlung eines Teiles mehrerer demselben Gläubiger an demselben Grundstücke zustehenden Hypotheken dem gesamten Überreste der Hypotheken der Vorrang vor dem abgezahlten Teilbetrag einer Hypothek verbleiben solle, ist nicht nur zulässig, sondern erforderlich (KG. im Recht 1905 S. 529 Nr. 2104). Bei der Umschreibung des Hypothekenteils auf den Eigentümer oder den Schuldner muß der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers, auch wenn es nicht beantragt ist, vermerkt werden (KG. JW. 25 S. A 303, bayerische Dienstanw. § 448 Nr. III). Einer ausdrücklichen Erwähnung der Rangänderung im Umschreibungsantrage bedarf es nicht, da sie sich aus der dem Grundbuchamte nachzuweisenden Tilgung des Teilbetrags seitens des Eigentümers oder Schuldners von selbst ergibt (KG. Rsp. 6 S. 202). Da es sich nicht um einen eigentlichen Vorrang handelt, wird der Vermerk etwa dahin zu lauten haben: „X Mk. umgeschrieben infolge Befriedigung des Gläubigers . . . auf den Eigentümer . . . Diese Teilhypothek darf nicht zum Nachteile der Resthypothek geltend gemacht werden."

§ 1177.

Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend.

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

I. t. In Preußen erwarb bisher der Eigentümer, welcher die Hypothek tilgte, auch dann, wenn er zugleich der Schuldner war, die Hypothek mit der Forderung, für welche sie bestellt war. Das Forderungsrecht ruhte, solange Eigentum und Hypothek in derselben Hand vereinigt waren, und lebte mit der Aufhebung der Vereinigung wieder auf. Diese Folgen traten auch ein, wenn in anderer Weise sich Hypothek und Eigentum in der Person des Eigentümers oder des Gläubigers vereinigten. Die Befugnisse des Eigentümers beschränkten sich während der Dauer der Vereinigung darauf, daß der Eigentümer die Post auf seinen Namen umschreiben oder über sie verfügen konnte; dagegen konnte der Eigentümer weder Zinsen von sich selbst fordern, noch die Zahlung des Kapitals durch Zwangsversteigerung gegen sich erzwingen. Wurde im Zwangsversteigerungsverfahren das Grundstück dem Ersteher zugeschlagen, so wurde damit die bisherige Vereinigung gelöst und der Subhastat konnte die Hypothek bei der Kaufgelderbelegung für sich liquidieren. Auf die Kautionshypothek fanden die Bestimmungen über die Eigentümerhypothek keine Anwendung. (EigG. §§ 63—67; Turnau I S. 530 Nr. 4, S. 400 Nr. 2.)

2. Im Entw. I war der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer in folgender Weise geregelt. Die Hypothek wurde auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer übertragen, und zwar mit der Forderung, wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner war, ohne die Forderung, wenn er zugleich der persönliche Schuldner war (§ 1094). Der Eigentümer war nicht berechtigt, die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung selbst zu betreiben (§ 1099 Abs. 1, § 1076 Satz 2); er konnte Zinsen von der Hauptsumme nur von der Zeit an fordern, in welcher das Grundstück zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen war (§ 1099 Satz 2). Bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung konnte der Eigentümer die Hypothek für sich geltend machen (§ 1076 Satz 1). Auch wenn die Forderung erloschen war, blieben die Modalitäten der Verzinsung und der Zahlung des Kapitals, welche für die Forderung galten, für die Eigentümerhypothek maßgebend (§ 1098 Abs. 2). Bei der Grundschuld trat die Eigentümerhypothek in Ansehung der Grundschuldsumme und der Zinsen ein (§ 1143). Die Sicherungshypothek erwarb der Eigentümer nur dann, wenn er nicht der persönliche Schuldner war, die Hypothek also mit der Forderung auf ihn überging (§ 1128). (Vgl. Mot. III S. 733, S. 766 Nr. 3, S. 794.)

3. Bei Annahme des § 1177 BGB. hat die Mehrheit der 2. Kommission folgendes erwogen: „Vereinigten sich Hypothek und Eigentum in derselben Person, so seien zwei

Fälle zu unterscheiden. Der erste Fall sei der, daß die Forderung nicht bestehe oder gleichzeitig mit der Vereinigung erlösche, was insbesondere dann eintrete, wenn der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedige, zugleich der persönliche Schuldner sei. Da nun im § 1062 (BGB. § 1113) für den Bestand der Hypothek eine Forderung vorausgesetzt werde, so müßte der Inhalt der Eigentümerhypothek in einer vom Inhalte der gewöhnlichen Hypothek abweichenden Weise bestimmt werden. Es sei jedoch einfacher, die Eigentümerhypothek als Grundschuld zu bezeichnen, da sie sich wie die Grundschuld als eine abstrakte Belastung des Grundstücks darstelle; man müsse den Anschein vermeiden, als sei die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach ein von der Grundschuld verschiedenes Rechtsverhältnis, während sie in Wahrheit der Grundschuld gleichstehe. Es sei deswegen zu bestimmen, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandle, wenn sie sich mit dem Eigentum am belasteten Grundstück in derselben Person vereinige. Der zweite Fall sei der, daß der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum ungeachtet die Forderung fortbestehe. Auch hier trete eine Veränderung des Verhältnisses der Hypothek zu der Forderung und damit eine Änderung der rechtlichen Natur der Hypothek selbst ein. Dies sei auch dann der Fall, wenn dem Eigentümer selbst die Forderung zustehe, so insbesondere, wenn der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedige, nicht der persönliche Schuldner sei und er also durch die Befriedigung die Forderung mit der Hypothek erwerbe. Die Hypothek könne in solchem Falle nicht mehr den Zweck haben, dem Gläubiger Befriedigung wegen der Forderung zu verschaffen, für welche sie bestellt worden sei; was der Eigentümer aus seinem eigenen Grundstücke bei der Zwangsvollstreckung erhalte, das erhalte er nicht als Befriedigung, weil ihm nicht etwas geleistet werde, was bisher außerhalb seines Vermögens war, sondern weil lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt werde. Die Hypothek sichere mithin nicht die Forderung, für welche sie bestellt sei, sondern schränke lediglich die nachstehenden Rechte zugunsten des Eigentümers ein. Auch hier verwandle sich also die Hypothek in eine Grundschuld. Stehe dem Eigentümer zwar die Hypothek, aber nicht die Forderung zu, habe z. B. der Gläubiger zugunsten des Eigentümers auf die Hypothek, nicht aber auf die ihm einem Dritten gegenüber zustehende Forderung verzichtet, so sei die hierdurch bewirkte Trennung der Forderung von der Hypothek eine endgültige. Der Eigentümer könne weder dadurch, daß er die Eigentümerhypothek abtrete oder bei einer Veräußerung des Grundstücks nicht mit übertrage, noch dadurch, daß er auch die persönliche Forderung von dem Gläubiger erwerbe, die Verbindung wiederherstellen. Anders liege das Verhältnis, wenn der Eigentümer mit der Hypothek zugleich die persönliche Forderung erwerbe. In diesem Falle könne der Eigentümer die Forderung und die Hypothek auf einen Dritten übertragen oder bei der Veräußerung des Grundstücks die Forderung und die Hypothek nicht mit übertragen; erfolge dies, ehe die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld im Grundbuche vermerkt sei, so könne angenommen werden, daß die Wiederherstellung der alten Verbindung zwischen der Forderung und der Hypothek gewollt sei, und es wäre unzweckmäßig, eine neue Eintragung zu verlangen, da die noch bestehende Eintragung das Verhältnis so darstelle, wie es gewollt sei. Für den Gesetzgeber gebe es zwei Wege, diesen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Er könne vorschreiben, daß in den erwähnten Fällen die Umwandlung als nicht erfolgt gelte, wenn sie noch nicht im Grundbuche vermerkt sei; er könne aber auch für den Fall, daß dem Eigentümer auch die Forderung zustehe, die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ausschließen und bestimmen, daß dem Eigentümer, solange die Hypothek und die Forderung in seiner Hand vereinigt seien, nur die Rechte eines Grundschuldgläubigers zustehen. Der letzte Weg verdiene als der einfachere den Vorzug. Der weniger rechtskundige Eigentümer übersehe es nicht immer, ob nicht im Laufe der Zeit solche Umstände eintreten, die eine Trennung der Hypothek und der Forderung vom Eigentum an dem Grundstücke zur Folge haben. Er sei demnach genötigt, wenn die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld im Grundbuch auf sein Ersuchen bereits eingetragen sei, die Umwandlung der Grundschuld in die ursprüngliche Form der Hypothek zu beantragen, um die Wiederherstellung der Verbindung zwischen der Hypothek und der Forderung zu erreichen. Es sei deswegen richtiger, für den Fall, daß die Hypothek sich mit der Forderung in der Hand des Eigentümers vereinigt, die Umwandlung auszuschließen; dem Mißverständnis, als habe die Eigentümerhypothek während der Dauer der Vereinigung eine von der Grundschuld abweichende Bedeutung, werde dadurch vorgebeugt, daß man dem Eigentümer während der Dauer der Vereinigung nur die Rechte eines Grundschuldgläubigers beilege." (Prot. III S. 722.)

Die Anwendung der Bestimmungen vom Übergange der Hypothek auf den Eigentümer ist bei Sicherungshypotheken auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist (§ 1185 Abs. 2; vgl. Anm. II 5 dazu).

II. 1. (Abs. 1.) Die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, erfolgt in den Fällen

der §§ 1163 Abs. 1 (nicht im Falle des § 1163 Abs. 2, RG. in Seuff. A. 56 Nr. 250), 1170 Abs. 2. 1168, 1164, 1171 Abs. 2, 1172, 1175 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 1173 (falls der Eigentümer zugleich der Schuldner ist und ihm kein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines mitbelasteten Grundstücks zusteht), § 418 BGB. und des § 868 ZPO. Die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld in den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 1 tritt erst dann ein, wenn endgültig feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, bezw. daß der Hypothekenbrief dem Gläubiger nicht übergeben wird (RG. E. 48 S. 55, KG. JW. 26 S.A 164). Dem Grundbuchrichter muß zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer die beglaubigte Erklärung des als Gläubiger Eingetragenen vorgelegt werden, daß die Forderung nicht entstanden sei und auch nicht zur Entstehung gelangen werde, bezw. daß ihm der Brief nicht übergeben sei und daß er auf dessen Übergabe keinen Anspruch mache. (Vgl. Planck Nr. 4 c u. d zu § 1177.) Dem Eigentümer steht gegen den Gläubiger der Berichtigungsanspruch gemäß §§ 894 ff. zu. Befindet sich der Eigentümer im Konkurs und tritt die Vereinigung während des Konkursverfahrens ein (beerbt z. B. der Gemeinschuldner den Gläubiger), so fällt die Eigentümergrundschuld nicht in die Masse, sondern steht zur freien Verfügung des Gemeinschuldners (Jaeger KO. Nr. 4 zu § 47). Befriedigt aber der Konkursverwalter den Gläubiger (§ 1142, 1143 BGB.) so fällt im Falle des § 1177 Abs. 1 die Forderung und damit auch die Eigentümergrundschuld in die Masse, da sie zwar erst nach der Konkurseröffnung, aber mit Massemitteln erworben ist (Jaeger Nr. 31 zu § 17 KO.).

Der Fall der Vereinigung liegt, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks Miterbe nach einem Hypothekengläubiger wird, solange nicht vor, als die Erbengemeinschaft dauert. Denn bis zur Teilung steht keinem der Miterben ein verhältnismäßiger Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen als sein besonderes Eigentum, über das er verfügen könnte, zu (§§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040 BGB.; KG. JW. 20 S. A 317).

Mit der Vereinigung verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes in eine Grundschuld, ohne daß es dazu der Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch bedarf. Der Eigentümer kann die Umschreibung der Grundschuld auf seinen Namen beantragen, er kann aber auch, weil er eingetragener Inhaber aller Eigentümerhypotheken ist, ohne diese Umschreibung zu verlangen, die Löschung der Grundschuld beantragen und diese in gleicher Weise an einen Dritten abtreten (KG. JW. 20 S. A 190, Bd 21 S. A 159; vgl. Anm. 5 S. 917). Mit dem Entstehen der Eigentümergrundschuld wird das Grundbuch unrichtig. Der Antrag auf Berichtigung durch Umschreiben auf den Namen des Eigentümers bedarf keiner besonderen Form. Bis zur Begebung an einen andern ist die Grundschuld Eigentümergrundschuld im Sinne des § 1196 BGB. Tritt der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an den Grundstückseigentümer, der persönlicher Schuldner ist, ab, so wird die Teilhypothek erst dann zur Eigentümergrundschuld, wenn dem Zessionar entweder an dem Hypothekenbriefe Mitbesitz verschafft oder wenn ein Teilbrief hergestellt und dieser ihm übergeben ist (vgl. S. 887 f. Nr. 5, 6). Als Teilbrief ist nicht ein Teilgrundschuldbrief, sondern ein Teilhypothekenbrief zu bilden, weil sich erst mit dem Augenblicke der Übergabe des Teilbriefs an den Eigentümer der abgetretene Hypothekenteil in eine Grundschuld verwandelt. Wenn in der Zessionsurkunde nichts anderes bestimmt ist, steht die abgetretene Teilhypothek der Resthypothek nach § 1176 nach (KG. JW. 29 S. A 179); dagegen Boehm (Recht 1905 S. 515).

Mit der Umwandlung tritt die endgültige Trennung der Forderung von der Hypothek ein; die Forderung erlischt. Soll die Grundschuld wieder mit einer Forderung verbunden werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß sie gemäß § 1198 in eine Hypothek umgewandelt und dies in das Grundbuch eingetragen und auf dem Briefe vermerkt wird. Die Doppeleintragung der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und die Wiederumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek läßt sich in einem Vermerke zusammenfassen, z. B.: „Die Hypothek ist unter Verwandlung in eine Grundschuld auf den Eigen-

Digitized by Google

tümer X übergegangen und diese Grundschuld ist in eine Hypothek für die Darlehnsforderung des Y von 10 000 nebst 4% Zinsen vom 1. Januar 1901 umgewandelt." (RG. RJA. 1 S. 164; Planck Nr. 4 b zu § 1177.) Griesebach will mit Rücksicht darauf, daß es der Eintragung der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld des Eigentümers nicht bedarf, nur die Rückumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek zur Eintragung bringen, so daß jener Vermerk so zu fassen wäre: „Umgeschrieben in eine Darlehnshypothek des Y von 10 000 nebst 4% Zinsen vom 1 Januar 1901" (DJZ. 1901 S. 207). Vgl. die verschiedenen Ansichten bei Biermann Nr. 1 zu § 1177.

Obwohl die auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangene Hypothek mit einer Forderung nicht mehr verbunden ist, bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die untergegangene Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (§ 1177 Abs. 1 Satz 2). Damit ist die Anwendung der für die Grundschuld in den §§ 1193, 1194 über Kündigung und Zahlung gegebenen Vorschriften ausgeschlossen. Auch § 1138 findet keine Anwendung.

Die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld hat die im § 1198 angegebenen Folgen.

a. Der Eigentümer kann nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben (§ 1197 Abs. 1). Dadurch wird auch im Falle des § 1172 Abs. 1 die Zwangsvollstreckung in alle Grundstücke allen Eigentümern versagt. Eine von einem Eigentümer gemäß § 1173 Abs. 2 erworbene Gesamthypothek kann dagegen in Höhe des Ersatzanspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden, soweit sie auf anderen Grundstücken als dem dieses Eigentümers lastet. Es folgt dies aus § 1132 Abs. 1.

Wird die Zwangsvollstreckung von einem andern als dem Eigentümer betrieben, so wird die Eigentümergrundschuld bei der Feststellung des geringsten Gebots und bei der Aufstellung des Teilungsplans geradeso berücksichtigt, wie die Forderungen anderer Gläubiger (ZVG. §§ 45, 114).

b. Solange der Eigentümer der Gläubiger ist, kann er Zinsen nicht von sich selbst fordern. Ihm gebühren Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (§ 1197 Abs. 2). Vgl. Anm. 3 zu § 1197.

Zur Grundschuld wird die Hypothek erst durch die Vereinigung. Der Gläubiger, der sein Recht an den Eigentümer zediert, tritt also eine Hypothek und nicht eine Grundschuld ab (RG. Rsp. 10 S. 422). Der Ansicht Boehms (im Recht 1905 S. 341), daß der Grundbuchrichter die Umschreibung auf den Eigentümer ablehnen müsse, wenn die Hypothek nicht als Grundschuld abgetreten ist, erscheint nicht richtig.

Vgl. Gierke SR. S. 932 f.

2. (Abs. 2.) Steht dem Eigentümer bei der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in seiner Person auch die Forderung zu (§ 1143, §§ 1171 Abs. 2, 1172, 1173, falls der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist), so tritt während der Dauer der Vereinigung ein Unterschied im rechtlichen Zustande der Hypothek von dem zu 1 angegebenen nicht hervor: der Eigentümer hat die Rechte des Grundschuldgläubigers am eigenen Grundstücke (§ 1177 Abs. 2). Erst wenn die Vereinigung durch Abtretung der Hypothek oder durch Veräußerung des Grundstücks aufgehoben wird, zeigt sich, daß die Hypothek mit der Forderung, für die sie bestellt worden, unberührt geblieben ist. Sie kann ohne weiteres in Verbindung mit der bisherigen Forderung abgetreten oder so vom Eigentümer nach der Veräußerung des Grundstücks für sich zurückbehalten werden. Da eine Rechtsänderung bei der Hypothek, abgesehen von ihrem Übergang auf den Eigentümer, nicht eintritt, so ist die Eintragung einer solchen in das Grundbuch nicht geboten. Auch in diesem Falle bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maß-

gebend; sie können aber geändert werden. Die Änderung muß direkt oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Eintragungsvermerk ausgedrückt werden.

3. Ist der Eigentümer im Konkurse und der Verwalter befriedigt den Gläubiger, so würde im Falle des § 1177 Abs. 2 die Masse die Eigentümergrundschuld ohne Forderung erwerben (Jaeger Nr. 4 zu § 47 KO.). Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung sich bei oder vor Bestellung einer Darlehnshypothek dem Darleiher gegenüber verpflichtet, eine ihm anheimgefallene vorstehende Hypothek löschen zu lassen, so ist der Konkursverwalter hieran gebunden, darf also nicht in anderer Weise über die Eigentümergrundschuld verfügen (RG. E. 19 S. 59, Bd 44 S. 1, JW. 1900 S. 525 Nr. 17).

4. Eine unter der Herrschaft der preuß. Grundbuchgesetze v. 5. Mai 1872 entstandene Eigentümerhypothek hat sich mit dem Inkrafttreten des BGB. in eine Eigentümerhypothek des BGB. (nicht in eine Grundschuld nach Maßgabe des § 1177 Abs. 1 BGB.) verwandelt, da dem Eigentümer, auch wenn er zugleich der persönliche Schuldner war, nach älterem Rechte die Forderung zustand. Der Eigentümer kann daher die Forderung mit der Hypothek abtreten. (RG. JW. 21 S. A 160, JMBl. 1901 S. 35; früher anders RG. RJA. 1 S. 162.)

5. Die Aufrechnung, die der Ersteher als Schuldner des Kaufgeldes mit der ihm gegen die Barmasse zustehenden Hypothekenforderung vollzieht, steht einer freiwilligen Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf die Kaufgelder gleich, zu welcher es bei der Identität von Gläubiger und Ersteher einer besonderen Vereinbarung nicht bedarf. Die Übernahme wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstücke; die persönliche Verbindlichkeit erlischt. So war es nach dem bisherigen preuß. Rechte (ZVG. v. 1883 §§ 116, 124 Nr. 2) und ist es jetzt nach dem Reichsrechte (ZVG. v. 24. März 1897 §§ 91, 118). Während aber nach dem bisherigen Rechte die Hypothek trotz des Erlöschens der persönlichen Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners, wenn sie ungelöscht blieb, als Hypothek fortbestand und nur auf dem Dokumente das Erlöschen der persönlichen Schuldverbindlichkeit vermerkt wurde (Turnau I S. 533 Nr. 3), verwandelt sie sich jetzt gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. in eine Grundschuld und der Ersteher kann nicht mehr die — untergegangene — Forderung abtreten, sondern nur die Post entweder als Grundschuld oder, nach Ersatz der beseitigten Forderung durch eine andere, also nach Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek (BGB. § 1198), als Hypothek abtreten. Das neue Recht findet auch auf Hypotheken des bisherigen Rechtes Anwendung, wenn die Eigentümerhypothek unter seiner (des neuen Rechtes) Herrschaft entstanden ist. (RG. RJA. 2 S. 194.)

6. Vgl. auch Anm. 9 zu § 1163 S. 919.

§ 1178.

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht.

Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs. 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

I. In Preußen fehlte eine ausdrückliche Vorschrift, wodurch der Übergang der Hypothek für verfallene Zinsen und für die Kosten, die nicht durch eine besondere Hypothek gesichert sind, auf den tilgenden Eigentümer ausgeschlossen wurde. Man war aber darüber einig, daß jene Zinsen und Kosten keinen für die Verfügung des Eigentümers geeigneten Gegenstand bilden, daß vielmehr mit ihrer Bezahlung die Hypothek dafür aufgehoben werde (Turnau I S. 524).

§ 1101 Entw. I bestimmte, daß die Vorschriften über den Übergang der Forderung oder der dafür bestellten Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer (§§ 1094—1100) keine Anwendung finden „auf die Forderungen wegen rückständiger Zinsen und auf die Forderungen wegen solcher Kosten, die nicht zu einem bestimmten Betrag in das Grundbuch eingetragen sind", weil die für eine Hypothek des Eigentümers sprechenden Gründe in keiner Hinsicht für die Ausdehnung dieses Instituts auf die bezeichneten Zinsen und Kosten sich geltend machen ließen (Mot. III S. 735). Nach § 1091 Entw. I sollte zur Aufhebung der Hypothek wegen dieser Zinsen und Kosten ein über die Aufhebung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger zu schließender Vertrag genügen, ohne daß die Löschung im Grundbuch erforderlich sei (Mot. III S. 720).

Bei der 2. Lesung war man sachlich hiermit einverstanden, namentlich hielt man auch zur Wirksamkeit des Verzichts auf Rückstände von Zinsen ꝛc. die Löschung im Grundbuche nicht für erforderlich, weil der Erwerber einer Hypothek regelmäßig nicht auf das Vorhandensein von Zinsrückständen ꝛc. rechnen könne (Prot. III S. 614 IV, Bd IV S. 605 XXVII). Der Entw. I und das BGB. haben jedoch verschiedene Wege zu demselben Ziele eingeschlagen: der Entw. I schloß durch § 1101 den Übergang der Forderung wegen rückständiger Zinsen ꝛc. oder der dafür bestehenden Hypothek auf den Eigentümer aus, das BGB. läßt im § 1178 die Vereinigung der Hypothek für Rückstände von Zinsen ꝛc. mit dem Eigentum in einer Person zwar eintreten, aber mit der Vereinigung die Hypothek erlöschen.

II. 1. Der § 1178 enthält eine Ausnahme vom § 889 insofern, als die Hypothek für Rückstände von Zinsen ꝛc. durch ihre Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erlischt und eine Ausnahme von § 875 insofern, als die Hypothek aufgehoben wird, ohne daß es dazu der Löschung im Grundbuche bedarf. Das Erlöschen der Hypothek macht deren Übergang auf den Eigentümer unmöglich. Das Erlöschen der Hypothek wird aber durch Rechte Dritter an der Hypothek verhindert.

Der § 1178 läßt die Hypothek nur für die im Zeitpunkte der Vereinigung (Abs. 1) oder des Verzichts (Abs. 2) bereits fälligen und daher rückständigen Zinsen ꝛc. erlöschen. Die Hypothek für die später fällig werdenden Zinsen ꝛc. bleibt bestehen; der Verzicht darauf unterliegt den Vorschriften des § 1168. Während der Dauer der Vereinigung gebühren dem Eigentümer Zinsen nur in dem besonderen Falle des § 1197 Abs. 2. Der Konkursverwalter, der eine auf einem Massegrundstücke haftende Hypothek bezahlt hat, ist befugt, den gezahlten Betrag mit dem Range der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren zu liquidieren. Dies gilt aber nicht, wenn er nur Zinsen und Kosten bezahlt hat (Celle Rsp. 9 S. 378).

2. Im § 1178 Abs. 1 sind den Rückständen von Zinsen und anderen Nebenleistungen nicht die Rückstände solcher Beträge gleichgestellt, die als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichten sind. Die als Zinsenzuschläge regelmäßig zu zahlenden Amortisationsbeiträge sind nicht Nebenleistungen im Sinne der §§ 1115, 1158, 1159, 1178 BGB., da sie nicht neben dem Kapitale der Hypothekenforderung zu entrichten, sondern diese selbst allmählich zu tilgen bestimmt sind. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den Bestimmungen des HypothekenbankG. v. 13. Juli 1899 § 6 Abs. 2 u. § 21 Abs. 2 (RGBl. S. 375) und deren Begründung (Drucks. d. Rtags Bd 2 S. 937, 944). Wenn in Ansehung der Verjährung die vereinbarten regelmäßigen Amortisationsbeiträge den Zinsen gleichgestellt sind (BGB. §§ 197, 902), so handelt es sich hier um Ausnahmevorschriften, und wenn sie im § 10 Nr. 4 und § 12 Nr. 2, 3 ZVG. zu den Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen, welche als Zuschlag zu den Zinsen behufs allmählicher Kapitalstilgung zu entrichten, gerechnet sind, so hat man sich lediglich im Ausdrucke vergriffen und nicht beabsichtigt, mit jenen Worten den rechtlichen Charakter der wiederkehrenden Leistungen zu bestimmen. Zutreffend bemerken Fischer-Schäfer (ZVG. S. 189; vgl. auch Jaeckel ZVG. S. 49 ff.): Soweit die zu den neben dem Kapitale zu entrichtenden Nebenleistungen, die rechtlich unter den Begriff der Kapitalrückzahlung fallen, wie die nach Umfang und Fälligkeit wirtschaftlich die äußere Form eines Zinszuschlags annehmenden Amortisationsbeiträge, nicht mehr rückständig, sondern vom Eigentümer

bezahlt sind, ist der dadurch berichtigte Kapitalteil als Grundschuld auf den Eigentümer ebenso, wie in jedem anderen Falle einer Kapitalabtragung, übergegangen. Für die so getilgten Teile des Kapitals wird demnach durch § 1178 BGB. die Eigentümerhypothek nicht ausgeschlossen. (KG. JWBl. 1902 S. 216, RJA. 3 S. 137, früher anders, Rsp. 4 S. 70; Gierke SR. S. 929, Planck 3 S. 677 Nr. 1 a, S. 531 Nr. 4 b, Kober Nr. 1 b zu § 1178, Fuchs S. 572 Nr. 3; Bruck EigHyp. S. 240 f.; Eccius in Gruch. 44 S. 529, Bd 45 S. 26 Anm. 14, S. 452; jetzt auch Oberneck in Gruch. 47 S. 334; Posen in Rsp. 1903 S. 143, Dronke in DJZ. 7 S. 243; a. M. Biermann SR. S. 394 Nr. 1, Kretzschmar 1 S. 327, Bonschab in Seuff. Bl. f. RA. 1902 S. 457). Das RG. (E. 54 S. 88) hat erkannt, daß die bei Hypotheken über amortisierbare Darlehen in Gestalt von Zuschlägen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge nicht Nebenleistungen, sondern Kapitalabzahlungen sind, die bei der Eintragung der Hypothek nach § 1115 BGB. als Rückzahlungsbedingungen im Grundbuch angegeben werden müssen. Danach ist als sicher anzunehmen, daß das RG. jene Beträge auch nicht als Nebenleistungen im Sinne des § 1178 ansehen und von der Zulässigkeit der Eigentümergrundschuld an den getilgten Hypothekenteilen ausgehen wird.

Da die Hypothek von dem erworben wird, welcher im Zeitpunkte des Erlöschens der Forderung Eigentümer des belasteten Grundstücks ist (vgl. S. 918 Nr. 6), so können bei Amortisationshypotheken im Falle mehrfach eingetretenen Eigentumswechsels Schwierigkeiten entstehen, die sich noch erhöhen, wenn die Amortisationsbeiträge nicht immer vom Eigentümer, sondern vom persönlichen Schuldner, vom Bürgen oder von einem dazu Berechtigten gezahlt sind (vgl. §§ 1164, 774, 268, 1150). Es muß da festgestellt werden, von wem und wann die Beträge entrichtet sind, weil sich danach bestimmt, von wem die Hypothek bezw. der Hypothekenteil erworben ist. Der Gläubiger entledigt sich seiner Berichtigungspflicht am einfachsten dadurch, daß er über jede Zahlung eine formgerechte Quittung erteilt. Da dies aber regelmäßig unterbleibt, so muß der Gläubiger in der beim Abtause der Amortisationszeit zu erteilenden Quittung über die ganze Post die Person des Zahlenden unter Angabe der Zahlungszeil bezeichnen. Die sich aus solcher Quittung nach dem Gesetz ergebenden Folgerungen hat dann das Grundbuchamt zu ziehen. Tut der Gläubiger mehr, als ihm nach dem Gesetz (§ 368), obliegt, indem er dem Eigentümer eine Abtretungserklärung, einen Verzicht auf die Hypothek, eine Löschungsbewilligung ausstellt, dann muß er auch die Verantwortung für die Richtigkeit der von ihm gezogenen Folgerungen übernehmen. Dem Grundbuchamte wird allerdings durch solche abstrakten Erklärungen die Prüfungspflicht erleichtert, da es dadurch der Nachforschung nach dem unterliegenden Tatbestand und der Feststellung der sich daraus ergebenden Folgen überhoben wird. Hat der Gläubiger dagegen in seiner Quittung den Tatbestand aufgedeckt, so muß das Grundbuchamt untersuchen, von welchen Personen die Amortisationshypothek ganz oder zum Teile erworben ist. Haben sich mehrere Eigentümer nach einander an der Tilgung der Hypothekenforderung beteiligt, so bedarf es zur Löschung sowohl wie zur Überschreibung der Hypothek auf den gegenwärtigen Eigentümer der Zustimmung aller Vorgänger im Eigentume, welche Amortisationsbeiträge geleistet haben und nicht in formgerechten Urkunden bei der Veräußerung des Grundstücks ihren Anteil an der Hypothek auf den neuen Erwerber übertragen haben. (Z. f. d. Not. ꝛc. in Bayern 1901 S. 149.) Um den hieraus ergebenden Mißständen abzuhelfen, schlägt Harnier (DJZ. 10 S. 591) d. l. f. die Aufnahme folgender Bestimmung vor: „Beim Eigentumsübergang geht eine Eigentümergrundschuld, welche nicht als solche im Grundbuch eingetragen ist, kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer über."

Die Amortisationsbeiträge der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten haben nach den in Kraft gebliebenen satzungsmäßigen Vorschriften (EG. z. BGB. Art. 167; PrAG. z. GBO. Art. 21) nicht die Wirkung der Tilgung der hypothekarisch gesicherten Pfandbriefforderung zu dem jedesmal gezahlten Betrage, sondern begründen nur einen Anspruch auf den Amortisationsfonds, der als Bestandteil des beysandbrieften Gutes beim Eigentumswechsel auf den neuen Eigentümer übergeht. Erst nach vollständiger Tilgung des Kapitals kann der Schuldner löschungsfähige Quittung, bis dahin nur jährliche Abrechnungen verlangen. Das Erlöschen der Forderung und damit die Voraussetzung der Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 3 BGB.) tritt erst dann ein, wenn das Schuldverhältnis nach Maßgabe der schließlichen Abrechnung endgültig abgewickelt ist. (KG. JB. 20 S. A 206; vgl. Bd II Anm. 3 f Abs. 2 zu Art. 21 AusfG. z. GBO.). Die Annahme Kretzschmar's (1 S. 327), daß die Entstehung der Eigentümerhypothek, auch abgesehen von diesen Fällen, bis zur völligen Amortisation durch Vertrag ausgeschlossen werden könne, scheitert an dem

Grundsatze, daß im Liegenschaftsrechte die Beteiligten die gesetzlichen Bestimmungen nicht ändern können. Die Einräumung des Vorrangs für die jeweilige Restforderung einer amortisierbaren Hypothek vor den abgetragenen Beträgen einer andern amortisierbaren Hypothek ist eintragungsfähig (KG. JW. 26 S. A 145). — Vgl. auch Hirsch in Gruch. 49 S. 766 ff.

Auf die einzelnen Leistungen bei Rentenschulden finden die für die Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften und damit auch der § 1178 Anwendung (§ 1200); wird doch auch durch die Rentenzahlungen die Ablösungssumme nicht verringert. Dasselbe gilt für die einzelnen Reallastleistungen (§ 1107). — Einen Unterschied zwischen Vertragszinsen und Verzugszinsen macht § 1178 nicht (vgl. S. 759 Nr. 1 Abs. 3).

3. „Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind", sind zwar nach dem Wortlaute nicht bloß solche, für die das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek haftet, sondern auch solche, die der Eintragung bedürfen, wie die Kosten der vom Eigentümer bewilligten Eintragung (vgl. Anm. 2 Abs. 2 S. 760); es wird jedoch mit guten Gründen die Ansicht verteidigt, daß unter den Kosten des § 1178 nur die Kosten des § 1118 verstanden werden dürfen (Planck Nr. 1 b, Kober Nr. 1 d, Biermann Nr. 1 zu § 1178, Bruck S. 241 A. 3; a. M. Fuchs Nr. 4 c zu § 1178). Ist für Kostenforderungen eine besondere Hypothek unter Angabe des Höchstbetrags bestellt (§ 1190), so fällt sie nicht unter die Vorschriften des § 1178, sondern folgt der Regel, daß sie mit dem Erlöschen der Forderungen vom Eigentümer erworben wird (§ 1163; RG. V B 241. 05; Planck Nr. 1 b, c zu § 1178).

4. Wird das Erlöschen der Hypothek für Rückstände von Zinsen ꝛc. nach § 1178 Abs. 1 Satz 2 durch Rechte Dritter verhindert, so bleibt die Hypothek als dem Eigentümer zustehend bestehen, solange dem Dritten Rechte daran (Pfandrecht, Nießbrauch) zustehen. Sie erlischt aber ohne weiteres, wenn das Recht des Dritten wegfällt (vgl. z. B. § 1161) oder wenn der Dritte dem Verzichte des Gläubigers zustimmt.

5. Der Abs. 2 des § 1178 betrifft die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek für Rückstände von Zinsen ꝛc. durch Verzicht des Gläubigers. Hier tritt die Abweichung von der Regel des § 1168 Abs. 2 ein, daß der Verzicht nicht der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Zum Verzichte genügt die einseitige formlose Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Durch den Verzicht erwirbt zwar der Eigentümer nach der Regel des § 1168 Abs. 1 die Hypothek, aber im Falle des § 1178 erlischt durch die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person die Hypothek ohne Löschung im Grundbuche. Nur dann, wenn einem Dritten ein Recht an der Hypothek zusteht, muß dessen Zustimmung dem Verzichte des Gläubigers hinzutreten, damit die Hypothek erlischt. Die Zustimmung kann nur dem gegenüber mit Wirksamkeit erklärt werden, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Daß sie nicht auch (vgl. § 876 Satz 3) dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden kann, erklärt sich daraus, daß das Erlöschen der Hypothek im Falle des § 1178 im Grundbuche nicht vermerkt, das Grundbuchamt also mit der Sache nicht befaßt wird. — Der Verzicht auf rückständige Amortisationsraten unterliegt der Regel des § 1168, erfordert also Eintragung in das Grundbuch.

§ 1179.

Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

1. Der Gedanke, dem nachstehenden Gläubiger das Vorrücken durch Ausschließung der Eigentümerhypothek bei der vorstehenden Post zu sichern, ist nicht neu. Darüber, ob und in welcher Weise derselbe sich verwirklichen lasse, gingen jedoch in Preußen die Ansichten auseinander. Richtiger Meinung nach stellte die Übernahme einer Verpflichtung, welcher sich der Eigentümer gegenüber einem jüngeren Hypothekengläubiger durch die Verpflichtung unterworfen hat, über eine voreingetragene Post, falls er sie bezahle, nicht weiter zu verfügen, eine Beschränkung des Eigentümers für den Fall dar, daß er in die Lage komme,

Gläubigerrechte inbezug auf die voreingetragene Post auszuüben, welche Wirksamkeit gegen den redlichen Zessionar des Eigentümers nur durch Eintragung zu der vorstehenden Post in Spalte „Veränderungen" unter Vermerkung auf dem darüber gebildeten Hypothekendokumente erlangte (Joh. 8 S. 258; KG. JW. 18 S. 87). Das KG. forderte zu der Eintragung außer dem Antrage des Eigentümers oder des nachstehenden Gläubigers auch die Einwilligung des vorstehenden Gläubigers und die Vorlegung des Briefes über dessen Hypothek (Joh. 7 S. 260). Eine andere Auffassung trat beim OTrib. hervor (Gruch. 22 S. 908). Die Beschränkung konnte darauf erstreckt werden, daß der Eigentümer auch nicht berechtigt sein sollte, die Löschung der vorstehenden Hypothek herbeizuführen. Sie war dann von praktischer Bedeutung namentlich dadurch, daß der Eigentümer verhindert wurde, das vom vorstehenden Gläubiger einem nachstehenden eingeräumte Vorrecht durch Löschung der nachgestellten Post illusorisch zu machen. Zu diesem Zwecke bedarf es der Beschränkung jetzt nicht mehr (BGB. § 880 Abs. 4).

2. Im Entw. I findet sich eine dem § 1179 BGB. entsprechende Vorschrift nicht. Bei der 2. Lesung wurde das Bedürfnis anerkannt, die vom Eigentümer übernommene Verpflichtung zur Löschung der Hypothek und damit das Aufrücken der nachstehenden Hypothek dinglich sicherzustellen. Man dachte dabei namentlich an den Fall, daß die erste Hypothek allmählich durch Teilzahlungen erlösche, ferner an den Fall, daß hinter einem Kaufschillingsrest eine weitere Hypothek eingetragen werde, in der Erwartung, daß der Eigentümer allmählich den Kaufschilling abzahle und daß dann die nachstehende Hypothek durch das Aufrücken für den Gläubiger eine größere Sicherheit biete; endlich komme es bei Erbauseinandersetzungen nicht selten vor, daß die Erben, um die Veräußerung der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke zu vermeiden, den Hof rc. einem einzelnen Miterben übertrügen und für die übrigen Miterben Hypotheken eintragen ließen, in der Erwartung und Absicht, daß der Eigentümer allmählich die vorstehenden Hypotheken abtrage und dadurch den Miterben, indem deren Hypotheken aufrücken, eine reale Sicherheit für ihre Erbteile verschaffe. Dagegen wurde geltend gemacht, es entstehe die Gefahr, daß die ganze Eigentumerhypothek tatsächlich illusorisch gemacht werde; denn der Gläubiger, der bei den Verhandlungen regelmäßig der stärkere Teil sei, werde darauf bestehen, daß der Eigentümer sich verpflichte, die vorstehenden Hypotheken, falls sie an ihn gelangten, zur Löschung zu bringen. Außerdem werde das Hypothekenrecht ohne zwingende Notwendigkeit ganz außerordentlich kompliziert, indem eine weitere Form der Hypothek geschaffen werde, welche die Übersichtlichkeit des Hypothekenrechts sehr erschwere. Eventuell genüge jedenfalls eine Vormerkung, die nach § 883 ohne weiteres zulässig sei. Diese Bedenken hatten bei der Mehrheit der Kommission keinen Erfolg. Nach Bejahung der Bedürfnisfrage die Parteien lediglich auf den § 883 zu verweisen, sei bedenklich, da die Anwendung dieser Vorschrift nur auf Grund einer mindestens sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek möglich sei. Im Hinblick auf die hervorgehobenen Bedenken beschränkte man sich darauf, die Zulässigkeit einer Vormerkung gesetzlich vorzuschreiben. (Prot. III S. 605—607; vgl. auch Planck Nr. 1 zu § 1179.)

3. Über den Vorbehalt im Art. 194 EG. z. BGB. vgl. Anm. 5 zu § 1185 a. E.

4. Der § 1179 findet auf alle Fälle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume (§§ 1163, 1168 Abs. 1, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2, 1172, 1173, 1175—1177) Anwendung, insbesondere auch auf den Fall, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt (KG. JW. 26 S. A 163). Aus dem Wortlaut „einem anderen gegenüber" ergibt sich, daß die Verpflichtung mit der Wirkung des § 1179 nicht nur dem nachstehenden Gläubiger, sondern einem jeden gegenüber, der ein Interesse daran hat, übernommen werden kann, z. B. gegenüber dem, welcher das Grundstück erwerben und dem Eigentümer die Verfügung über die nicht zu übernehmenden Hypotheken entziehen will. Auch dem Hypothekengläubiger selbst gegenüber kann sich der Eigentümer zur Löschung dessen eigener Hypothek verpflichten, damit demselben durch die Vormerkung der bessere Rang für eine erst noch zu erwerbende Nachhypothek gesichert wird (München RJA. 3 S. 129; a. M. Saar im Recht 1901 S. 170). Die Verpflichtung kann nicht nur durch Vertrag sondern auch durch letztwillige Verfügung begründet werden (Planck Nr. 2 zu § 1179). Sie kann sowohl bei Bestellung der Hypothek, auf welche sie sich bezieht, als auch später, z. B. bei Bestellung einer Nachhypothek (München Asp. 4 S. 490) oder bei Abschluß eines Veräußerungsvertrags über das Grundstück übernommen und zur Eintragung gebracht werden. Die Vormerkung kann aber nur bei einer schon eingetragenen Hypothek, nicht für den Fall eingetragen werden, daß eine Hypothek mit gleichem oder besseren Range, wie die Post, zu deren Gunsten die Vormerkung bewilligt

ist, künftig einmal entstehen sollte. Denn die Vormerkung ist nur bei einem Rechte buchungsfähig, das durch sie betroffen wird; solange es an einem solchen Rechte fehlt, bietet das Grundbuch auch keine geeignete Stelle für die Vormerkung. (RG. JW. 23 S. A 156.) Die Verpflichtung des Eigentümers zur Löschung kann auf alle Fälle der Vereinigung erstreckt oder auf einzelne von ihnen beschränkt werden. Der Eigentümer kann sich zur Löschung z. B. nur für den Fall verpflichten, daß er die Hypothek durch Beerbung oder Befriedigung des Gläubigers erwirbt, und die Verpflichtung kann mit dieser Beschränkung vorgemerkt werden. (Sekler, Vormerk. S. 44.) Der § 1179 findet auch auf die Gesamthypothek Anwendung (Sekler, Vormerk. S. 49 f.; vgl. Anm. 2 S. 944 f.).

5. Voraussetzung, Rang und Wirkung der Vormerkung ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen über Vormerkungen. Die Eintragung erfolgt entweder auf Grund der Bewilligung des Eigentümers oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 885). Der Bewilligung des Gläubigers der Hypothek, auf die sich die Vormerkung bezieht, bedarf es nicht, da sein Recht von der Vormerkung nicht betroffen wird, ihm vielmehr nach wie vor alle Verfügungen über die Hypothek zustehen (RG. JW. 26 S. A 161). Zur Begründung des Antrags auf Erlaß der einstweiligen Verfügung genügt die Glaubhaftmachung der Verpflichtung des Eigentümers zur Löschung; nicht erforderlich ist die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Anspruchs (ZPO. § 920 Abs. 2, § 936; BGB. § 885 Abs. 1 Satz 2). Die Verpflichtung zur Löschung wirkt gegen Dritte mit dem Zeitpunkte der Eintragung der Vormerkung (§ 883 Abs. 3). Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über die von dieser betroffene Hypothek vom Eigentümer oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch auf Löschung vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2). Der vorgemerkte Anspruch auf Löschung steht, wenn er einem Hypothekengläubiger eingeräumt ist, auch seinem Sondernachfolger zu.

Der Eigentümer und sein Nachfolger im Eigentume werden in der Verfügung über die ihnen anfallende Hypothek durch die Vormerkung dahin beschränkt, daß sie ohne Einwilligung des Berechtigten nur die Löschung der Hypothek bewirken dürfen. Durch die Löschungsverpflichtung erwirbt der Berechtigte einen bedingten Anspruch. Tritt die Bedingung, die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person ein, sei es, daß die Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, oder daß der Eigentümer den Gläubiger befriedigt oder beerbt, oder daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet oder dem Eigentümer die Hypothekenforderung erläßt, oder daß der Gläubiger das verpfändete Grundstück erwirbt: dann kann der Berechtigte vom Eigentümer verlangen, daß er die Hypothek zur Löschung bringe. Von dem, welchem der Eigentümer ein Recht auf die von ihm erworbene Hypothek eingeräumt hat, kann die Zustimmung zur Löschung erzwungen werden (vgl. § 888 mit Anm. S. 226 f). Nur das Recht auf Löschung steht dem Berechtigten zu. Ist dieser ein nacheingetragener Gläubiger, so hat er infolge der Löschung der vorstehenden Hypothek den Vorteil, daß er mit seiner Hypothek vorrückt; denn an Stelle der gelöschten Hypothek darf eine andere nicht eingetragen werden. Hierin erschöpft sich aber sein Anspruch; er hat kein Recht darauf, daß ihm der zur Löschung zu bringende Betrag in irgend einer Art zufalle. (RG. E. 57 S. 209.) Er tritt nicht etwa, wie bei der Rangänderung (§ 880), in die Stelle der dem Eigentümer zugefallenen Hypothek. Dies ist von Bedeutung für den Fall, daß nicht dem unmittelbar folgenden, sondern einem späteren Gläubiger gegenüber die Verpflichtung zur Löschung übernommen ist. Nach der Löschung rücken dann zunächst die zwischeneingetragenen Gläubiger vor und ihnen folgt erst der Berechtigte. Die zwischeneingetragenen Gläubiger können aber auf Grund der einem anderen gegenüber übernommenen Löschungsverpflichtung die Löschung nicht verlangen; sie nehmen nur infolge des Aufrückens aller der gelöschten Hypothek nachstehenden Gläubiger an dem Vorteile des Berechtigten teil.

Da die Löschungsvormerkung des § 1179 die Entstehung der Eigentümerhypothek

nicht hindert, sondern nur zur Folge hat, daß der durch sie Berechtigte eintretendenfalls die Löschung der auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek verlangen kann, um dadurch sein gleich- oder nachstehendes Recht im Range zu verbessern: so folgt, daß dieser, wenn er aus dem Zwangsversteigerungserlöse volle Deckung seines Anspruchs erhält und also kein Interesse mehr daran hat, wem der Betrag der Eigentümerhypothek zugeteilt wird, nicht dem Liquidate des Eigentümers oder dessen Gläubigers unter dem Vorgeben widersprechen kann, der Betrag gebühre dem nachfolgenden Berechtigten (Dresden. Seuff. Arch. 60 S. 248).

Wird ein Realgläubiger, zu dessen Gunsten eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 eingetragen ist, wegen seines erlöschenden Rechtes zwar durch den Versteigerungserlös gedeckt, aus diesem aber nicht befriedigt, weil das Bargebot nicht berichtigt ist, so muß bei der Sicherungshypothek für die Forderung des Berechtigten an den Ersteher (ZVG. §§ 128, 118) auch die Löschungsvormerkung eingetragen werden, damit dem Realgläubiger das Recht erhalten bleibe, auch gegenüber der aus der Sicherungshypothek einmal künftig entstehenden Eigentümergrundschuld seine Rangverbesserung geltend zu machen und bei einer späteren Zwangsversteigerung des Grundstücks an Stelle des Inhabers der Eigentümergrundschuld Befriedigung zu erhalten (Dresden. Seuff. Arch. 60 S. 251).

6. Infolge der Erweiterung der Eigentümerhypothek (vgl. §§ 1163, 1168 Abs. 1, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2, 1172, 1173, 1175—1177) wird voraussichtlich von dem § 1179 häufiger Gebrauch gemacht werden. Wird die Eintragung der Vormerkung vom Eigentümer bewilligt, so hat die Vormerkung die Natur einer endgültigen Eintragung, der nichts mehr zu folgen hat. In solchem Falle kann der Vermerk lauten: „zu Nr. . . . Der Eigentümer hat sich dem . . . gegenüber verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Vorgemerkt am . . .“ Erfolgt die Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung, so wird, um sie als vorläufige zu kennzeichnen, der Vermerk so lauten können: „zu Nr. . . . Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes des . . . auf Löschung der Hypothek, wenn diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Auf Grund der einstweiligen Verfügung vom . . . eingetragen am . . .“ Bei einer Briefhypothek bedarf es der Vorlegung des Briefes, da durch die Vormerkung zwar nicht eine die Hypothek in ihrer gegenwärtigen, wohl aber in ihrer künftigen rechtlichen Gestalt ergreifende Verfügungsbeschränkung kundgegeben wird (KG. JW. 21 S. A 175). Den Brief hat der die Eintragung Beantragende vorzulegen; der Grundbuchrichter kann die Vorlegung von dem Briefinhaber nicht erzwingen (KG. RJA. 6 S. 164). Die Vormerkung ist, auch wenn sie nicht erst nach der Eintragung der Hypothek eingetragen wird, zu der von ihr betroffenen Hypothek in Abt. III Spalte „Veränderungen“ einzutragen (AVf. v. 20. Novbr. 1899 § 12 Abs. 2, § 14 Abs. 1 Nr. 3; nicht auch in der Abt. II, wie Fuchs zuläßt S. 575 Nr. 8, dagegen Biermann SR. S. 396 Nr. 1 b). Die Eintragung ist dem Eigentümer, dem durch die Vormerkung Gesicherten und dem eingetragenen Gläubiger bekannt zu machen (GBO. § 55).

7. Der Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Vormerkung nach § 1179 BGB. eingetragen ist, hat die Befugnis, das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschließung des Gläubigers einer ihm vorgehenden oder gleichstehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld gemäß § 1170 BGB. zu beantragen, wenn er einen vollstreckbaren Schuldtitel für seinen Anspruch erlangt hat (ZPO. § 984 Abs. 2; vgl. Anm. 2 b S. 937).

8. Das KG. (JW. 20 S. A 206, 319, Bd 23 S. A 146) hält bei hypothekarischen Darlehen der Hannoverschen Landeskreditanstalt in Hannover auf Grund deren in den Satzungen enthaltenen, durch Art. 167 EG. z. BGB. und Art. 21 PAG. z. GBO. aufrecht erhaltenen Sonderrechts die Festsetzung für sachenrechtlich zulässig und eintragungsfähig, daß der Eigentümer bis zur Tilgung des Kapitals nicht befugt sei, über den abgetragenen Teil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen. Es hält aber nicht für zulässig, daß die Verfügung des Eigentümers bis zur Tilgung anderer, auf dem betreffenden Grundstücke haftenden Kapitalien der Landeskreditanstalt ausgeschlossen oder beschränkt werde, weil dies des satzungsmäßigen Anhalts entbehre und nicht im Einklange mit dem Rechte der Eigentümerhypothek nach BGB. stehe. Vgl. G. v. 15. Juni 1904 (GS. S. 137).

9. In der Praxis wird auf Grund des § 1179 die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung der Verpflichtung des Eigentümers, einem anderen das Vorrecht vor der Hypothek einzuräumen, wenn sie sich mit dem Eigentume in einer Person vereinigt, als in der weitergehenden Verpflichtung zur Löschung enthalten, zugelassen (LdG. Köln. Zeitschr. f. d. Not. 1901 S. 103; Sekler Vormerk. S. 47). Es ist dies umsoweniger bedenklich, als der Eigentümer durch die Eintragung der Vormerkung nach § 1179 an jeder Verfügung über die Hypothek, die nicht in der Löschung besteht, also auch an der Rangänderung der Hypothek und sogar an der Zustimmung zu ihrem Rangrücktritt insoweit verhindert wird, als solche Verfügung dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam ist (vgl. Biermann WB. S. 140, SR. Nr. 1 c zu § 1179, Männer S. 50 Anm. 18, S. 316 Anm. 80.)

Dagegen steht der Eintragung einer Vormerkung des Inhaltes, daß der Eigentümer verpflichtet sei, die Hypothek auch dann löschen zu lassen, wenn sie nach Veräußerung des belasteten Grundstücks, etwa gemäß § 1164 zur Sicherung eines Ersatzanspruchs gegen den Erwerber, auf ihn übergehen sollte, der § 40 GBO. entgegen. Hier handelt es sich um die bloße Möglichkeit eines künftigen Erwerbes, für den es einstweilen an jeder rechtlichen Grundlage fehlt, und die GBO. gestattet nicht, bei einem einzutragenden Rechte eine Belastung oder Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung im voraus für den Fall einzutragen, daß eine bestimmte Person einmal das Recht erwerben sollte. (München RJA. 3 S. 129.) Ferner kann der Anspruch des Hypothekengläubigers aus einer Verpflichtung des Eigentümers, zugunsten aller seiner gegenwärtigen und zukünftigen Hypotheken jede vor- oder gleichstehende Hypothek, falls sie ganz oder teilweise dem Eigentümer oder einem Dritten zugefallen sein oder zufallen sollte, zur Löschung zu bringen, nicht durch Vormerkung gesichert werden (KG. Rsp. 2 S. 387). Ebensowenig ist die Verpflichtung des Eigentümers vormerkungsfähig, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie einem Dritten zufallen sollte. Der Anspruch, der aus ihr erwachsen könnte, ist nicht sachenrechtlich auf die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke (der Hypothek), sondern höchstens obligatorisch darauf gerichtet, daß der Eigentümer für die Löschung durch den Dritten sorge oder dafür einstehe, da er den Dritten nicht durch seine Handlung verpflichten kann; ein solcher Anspruch fällt weder in den Rahmen des § 1179 noch unter die allgemeine Bestimmung des § 883. (KG. JW. 23 S. A 155.) Die Bedingung des § 1179 wird daher dann nicht erfüllt, wenn die Hypothek nicht dem derzeitigen, sondern dem bei Eintragung der Vormerkung vorhanden gewesenen Eigentümer zufällt (München Rsp. 4 S. 490). Auch die Verpflichtung des Eigentümers, an Stelle einer Vormerkung keine definitive Hypothek zu bewilligen oder der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine definitive nicht zuzustimmen, ist nicht eintragungsfähig, weil es sich hierbei um eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Befugnis des Eigentümers zur Verfügung über das Grundstück handelt, die nach § 137 nur als persönliche, nicht als dingliche begründet werden kann. Auch die Verpflichtung des Eigentümers, eine Hypothekenvormerkung zur Löschung zu bringen, damit die folgenden Hypotheken aufrücken, ist nicht buchungsfähig, da der § 1179 als Ausnahmevorschrift nicht auf eine Vormerkung, über die der Eigentümer gar nicht anders, als indem er sie zur Löschung bringt, verfügen kann, angewendet werden darf (vgl. S. 199 g). (KG. Rsp. 6 S. 123.) Auch die Vereinbarung, daß der Eigentümer die Hypothek löschen müsse, wenn er sie nicht als Eigentümer, sondern erst nach der Veräußerung des Grundstücks zur Sicherung eines Ersatzanspruchs nach § 1164 erwerbe, ist nicht eintragungsfähig (Oberneck in Gruch. 47 S. 338). Überhaupt ist die Verpflichtung nur vormerkungsfähig, wenn sie die Entstehung einer Eigentümerhypothek zur Bedingung hat (KG. Rsp. 10 S. 425). Dagegen ist die Verpflichtung, unter gewissen Voraussetzungen einen Grundstücksteil zu entpfänden, keine unzulässige Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 BGB. Der Antrag auf Eintragung einer solchen Verpflichtung ist unter dem Gesichtspunkte der Vormerkung zu prüfen. (KG. JW. 23 S. A 152, Sekler Vormerk. S. 47; a. M. Saar im Recht 1901 S. 170 f.). Vgl. auch Oberneck in Gruch. 47 S. 336 ff.)

10. Auch wenn keine Vormerkung gemäß § 1179 eingetragen ist, kann der andere oder dessen Rechtsnachfolger (z. B. Zessionar) vom Eigentümer — oder, wenn dieser in Konkurs geraten ist, vom Konkursverwalter — die Erfüllung der von ihm vertragsmäßig übernommenen persönlichen Verpflichtung, die Löschung der ihm als Eigentümer angefallenen Hypothek zu bewilligen, verlangen (RG. E. 52 S. 5; vgl. S. 919 Nr. 9 und S. 964 Nr. 3).

11. Art. 194 EG. z. BGB. findet in Preußen keine Anwendung (vgl. S. 718 Lit. B).

§ 1180.

An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden. Zu der Änderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

Steht die Forderung, die an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu, so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und des § 876 finden entsprechende Anwendung.

I. Der aus dem § 62 PEigG. in den § 1002 Entw. I aufgenommene Satz: „An die Stelle einer erloschenen Hypothek kann eine andere nicht eingetragen werden" ist bei der 2. Lesung gestrichen, weil es als selbstverständliche Konsequenz der Gestaltung, welche die Hypothek im BGB. erhalten hat, angesehen wurde, daß im Falle des Erlöschens einer vorstehenden Hypothek die nachstehenden Hypothekengläubiger vorrücken (Prot. III S. 614 V). Die Versuche, dem Eigentümer die Befugnis zu verschaffen, an der Stelle der erloschenen Hypothek eine neue eintragen zu lassen, oder ihm die Löschung einer Hypothek unter gleichzeitiger Eintragung einer neuen Hypothek an derselben Stelle oder unter dem Vorbehalt einer solchen Eintragung zuzulassen, haben keinen Erfolg gehabt, weil ein dringendes praktisches Bedürfnis für derartige Sonderbestimmungen nicht anerkannt wurde. Man hielt, neben dem im § 881 zugelassenen Vorbehalte, die Bestimmung für ausreichend, daß eine Hypothek durch Rechtsgeschäft zur Sicherung einer anderen Forderung bestimmt werden könne, für deren Sicherung sie ursprünglich nicht bestellt worden sei. (Prot. III S. 594 § h, S. 721 Nr. 2 c, S. 726.)

Hiernach ist ausgeschlossen, daß der Eigentümer 1) an die Stelle einer gelöschten Hypothek eine andere eintragen läßt; 2) mit der Löschung einer Hypothek zugleich die Eintragung einer anderen Hypothek an der Stelle der gelöschten beantragt; 3) seine Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek (§ 1183) unter dem Vorbehalt erteilt, einer anderen Hypothek von gleichem Betrage den Rang der aufgehobenen einzuräumen. Dem Eigentümer ist auch nicht das Recht gegeben, an die Stelle einer unwirksamen Hypothek eine andere eintragen zu lassen, selbst wenn die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist. In solchem Falle ist der Eigentümer nur befugt, die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Hypothek herbeizuführen (GBO. §§ 22, 54).

Die Berichtigung einer im Grundbuch unrichtig bezeichneten Forderung erfolgt nicht nach § 1180, sondern nach § 894 BGB. und § 22 GBO.

II. 1. Die Vorschrift des § 1180 beruht auf folgenden Erwägungen: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, nicht aber auf die persönliche Forderung, so verwandelt sich die dem Eigentümer erworbene Hypothek (§ 1168) in eine Grundschuld (§ 1177). Hegt nun der Eigentümer den Wunsch, die Verbindung der dinglichen Belastung mit einer persönlichen Forderung in der Weise wiederherzustellen, daß er die ursprüngliche Hypothek zur Sicherung für eine andere Forderung bestellt, so könnte er diesen Zweck nur dadurch erreichen, daß er gemäß § 1198 die Grundschuld in eine Hypothek umwandelt, die zur Sicherung für

eine andere Forderung dienen soll. Um dem Eigentümer diesen Umweg zu ersparen, ist ihm im § 1180 gestattet, die Eigentümerhypothek direkt zur Sicherung für eine andere Forderung zu bestellen. Hierzu genügt naturgemäß ein Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger, dessen Forderung fortan durch die Hypothek gesichert werden soll. Ein gleiches Bedürfnis besteht auch dann, wenn die Hypothek, die für die Sicherung einer Forderung bestellt werden soll, einem Dritten zusteht. In diesen Fällen wäre es eine ganz überflüssige Weiterung, den bisherigen Gläubiger erst zu einem Verzicht auf die Hypothek zu nötigen; es muß genügen, wenn der bisherige Gläubiger dem Vertrage zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger, zu dessen Sicherung die Hypothek fortan dienen soll, seine Zustimmung erteilt. Mit dem § 1153 steht diese Regelung nicht im Widerspruche. Die Übertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung ist ein Rechtsakt, wodurch ein Gläubiger an seine Stelle einen anderen setzt; hier handelt es sich jedoch darum, daß die Belastung geändert wird, die Hypothek einen anderen Inhalt erhält. (Prot. III S. 726.) Die Forderungsänderung bedarf daher nach § 877 der Eintragung in das Grundbuch und kann nach § 883 vorgemerkt werden.

Ist in den Satzungen eines Kreditvereins die Bestimmung getroffen (und in dem Eintragungsvermerke bezogen), daß bei den von ihm bewilligten Amortisationsdarlehnshypotheken die Tilgungszuschläge in einen Tilgungsfonds fließen, also nicht von selbst die Darlehnsschuld mindern, daß der Schuldnereigentümer vielmehr Quittung oder Löschungsbewilligung erst nach völliger Tilgung des Darlehns verlangen dürfe, und gibt die Kreditanstalt dem Eigentümer an Stelle des durch den Tilgungsfonds gedeckten Teilbetrags des Darlehns ein neues Darlehn, so ist der Fall des § 1180 gegeben. Die ursprüngliche Forderung soll durch eine neue ersetzt, nicht eine zur Grundschuld gewordene Teilhypothek wieder in eine andere Hypothek umgewandelt werden. Der § 1180 soll gerade ein Mittel gewähren, ohne den Umweg über die Grundschuld die Hypothek mit einer anderen Forderung zu verbinden (Prot. III S. 726). Der Grundbuchrichter darf daher nicht entgegen dem Antrag eintragen, daß die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen und in eine Hypothek umgewandelt sei. (RG. JW. 23 S. A 146.)

2. Die nach § 1180 Abs. 1 erforderliche Einigung des Eigentümers und des bisherigen Gläubigers wird unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 schon vor der Eintragung bindend. Ist die Eintragung bewirkt, dann kommt es nicht darauf an, ob die Einigung in einer der Formen des § 873 Abs. 2 geschlossen ist; denn durch die Eintragung wird auch die formlose Einigung bindend (RG. E. 60 S. 259). Ist die Hypothek, welcher eine andere Forderung untergelegt werden soll, mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist dessen Zustimmung zu der Einigung erforderlich (§ 876). Die bindend gewordene Einigung wird, sobald die Eintragung bei dem Grundbuchamte beantragt ist, nicht dadurch unwirksam, daß der Eigentümer oder der Gläubiger in der Verfügung beschränkt wird (§ 878; vgl. Anm. 3 Abs. 3 S. 147). Die bindend gewordene Einigung gilt, wenn der Eigentümer vor der Eintragung in Konkurs verfallen ist, auch der Konkursmasse gegenüber, so daß der Konkursverwalter nicht Löschung der Hypothek aus dem Grunde fordern kann, weil die erste Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei (Jena Rsp. 5 S. 8). Der Zustimmung der nacheingetragenen Berechtigten bedarf es nicht, da deren Rechte durch den Wechsel der Forderung bei der vorstehenden Hypothek nicht berührt werden. Die Mitwirkung des vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners der ausscheidenden Forderung ist nicht erforderlich, da dieser infolge des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek durch § 1165 geschützt ist. Steht die Forderung einem Mündel zu, so bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr. 13).

Im Falle des § 1180 Abs. 2 muß der Einigung des Eigentümers und des neuen Gläubigers, auf die im übrigen die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung finden, die Zustimmung des bisherigen Gläubigers hinzutreten. Wird diese dem Grundbuchamte gegenüber erklärt, so ist der bisherige Gläubiger sofort daran gebunden. Wird sie demjenigen

gegenüber abgegeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt, so wird sie vor der Eintragung erst dann für den Eigentümer bindend, wenn er sie dem Begünstigten in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form ausgehändigt hat. (§ 1180 Abs. 2, § 875 Abs. 2.) Neben der Zustimmung bedarf es einer Abtretungserklärung (§ 1154) des bisherigen Gläubigers nicht. Der neue Gläubiger erwirbt die Hypothek jedoch, wenn sie Briefhypothek ist, gemäß § 1117 erst mit der Übergabe des Briefes oder ihres Ersatzes. Ist die neue Hypothek eine Buchhypothek für ein Darlehn, so findet darauf § 1139 Anwendung. (Planck Nr. 4 b zu § 1180, Oberneck 1 S. 686; a. M. Biermann Nr. 2 c zu § 1180). Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist dessen Zustimmung zur Erklärung des bisherigen Gläubigers erforderlich (§ 876). Dem Eigentümer stehen gegenüber der neuen Forderung die Einreden *ihres* persönlichen Schuldners zu (§ 1137); Einreden aus dem früheren Schuldverhältnisse kommen überhaupt nicht mehr in Betracht.

Ob die Hypothek als Grundschuld auf dem Wege des § 1180 einem neuen Gläubiger übertragen werden kann, ist zweifelhaft, da es an einer Bestimmung, die dies zuließe, fehlt. Übrigens ist der Umweg, auf dem sich dies mit Sicherheit erreichen läßt, nicht erheblich: der bisherige Gläubiger verzichtet auf die Hypothek, welche damit dem Eigentümer als Grundschuld zufällt (§§ 1168, 1177), und der Eigentümer tritt sie als Grundschuld dem neuen Gläubiger ab. (Fuchs S. 578 Nr. 4; vgl. auch Biermann Nr. 3, Kober Nr. 2 b zu § 1180 und Oberneck 1 S. 686.)

3. An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann nicht nur *eine* andere Forderung, sondern können auch mehrere Forderungen zu gleichen oder verschiedenen Beträgen, mit gleichem oder verschiedenem Range, für denselben oder für verschiedene Gläubiger gesetzt werden. Die mehreren Forderungen dürfen aber mit ihrem Gesamtbetrage den Betrag der ursprünglichen Forderung nicht übersteigen. Auf die Zins- und Zahlungsbestimmungen für die neue Forderung findet der § 1119 Anwendung. Es steht ferner nichts entgegen, daß nur ein Teil der ursprünglichen Forderung durch eine andere Forderung ersetzt wird. Ebensowenig wird mehreren hintereinander stehenden Gläubigern zu versagen sein, daß sie an die Stelle der mehreren Forderungen eine oder mehrere Forderungen, letztenfalls unter Regelung der Rangordnung, setzen. Es kann auch die Forderung *eines Dritten* untergeschoben werden; die Hypothek besteht dann für fremde Schuld (RG. E. 60 S. 259). Es handelt sich *nicht* um die Unterschiebung einer anderen Forderung, wenn die Hypothek vor der Valutierung eingetragen wird, also nach § 1163 zunächst Eigentümergrundschuld ist, sondern durch die nachträgliche Valutierung wird sie ohne weiteres zur Hypothek, die für die ursprüngliche Forderung besteht (RG. V 574. 04). Ist eine eingetragene Darlehnsforderung erhöht, so darf, auch wenn Nachhypotheken nicht vorhanden sind, die Eintragung nicht auf Grund des § 1180 in der Weise erfolgen, daß bei der ursprünglichen Hypothek der Betrag der Erhöhung hinzugerechnet wird, z. B. „An Stelle der bisherigen Forderung von 130 000 Mk. ist eine neue Forderung aus Darlehn im Betrage von 200 000 Mk. unter den obigen Zins- und Zahlungsbedingungen getreten ist" —, sondern es muß eine neue Hypothek mit dem Betrage der Erhöhung unter neuer Nummer eingetragen werden. Oberneck (DNotV. 5 S. 358) geht aber wohl in der Annahme zu weit, daß die inkorrekte Eintragung der Erhöhung unwirksam sei und der § 54 GBO. Anwendung finde, da weder das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist, noch die Eintragung nach ihrem Inhalt sich als unzulässig erweist. Handelt es sich doch nur um eine unrichtige Art der Eintragung.

4. Zwei Beispiele.

a. Vor dem Grundbuchamt erscheinen: 1) A (der Eigentümer, 2) B (der bisherige Gläubiger), 3) 4) C und D (die neuen Gläubiger), 5) E (dem die Forderung des B verpfändet ist). Dieselben erklären übereinstimmend:

„Im Grundbuche von . . . Band V Blatt 183 ist in Abt. III unter Nr. 4 ein Darlehn von 50 000 Mk. mit 4 % Zinsen für B eingetragen. An die Stelle von 30 000 Mk. dieser Forderung wird 1) eine Kaufgelderforderung des C aus dem Vertrage vom . . .

von 20 000 Mk. nebst 3½ % Zinsen vom heutigen Tage ab, zahlbar nach dreimonatiger Kündigung, 2) eine Darlehnsforderung des D von 10 000 Mk. nebst 3 % Zinsen vom 1. Juli 1901 ab, zahlbar nach sechsmonatiger Kündigung, jedoch nicht vor Ablauf von vier Jahren, gesetzt, während die Hypothek für 20 000 Mk. der bisherigen Forderung des B fortbesteht. In der Rangordnung nimmt die Forderung des B von 20 000 Mk. die erste, die Forderung des C von 20 000 Mk. die zweite, die Forderung des D von 10 000 Mk. die letzte Stelle ein. Das Pfandrecht des E bleibt bei der Forderung des B von 20 000 Mk. bestehen und wird auf die Forderungen des C und D erstreckt. Die hiernach erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch einschließlich der Löschung der wegfallenden Zinsprozente werden beantragt. Der bisherige Hypothekenbrief verbleibt dem B für den Teilbetrag von 20 000 Mk., für jede der Forderungen des C und D, über welche Schuldurkunden nicht ausgestellt sind, soll ein neuer Brief erteilt und dem betreffenden Gläubiger ausgehändigt werden."

b. Vor dem Grundbuchamt erscheinen: 1) A (der Eigentümer), 2), 3), 4), B, C, D (die bisherigen Gläubiger), 5) E (der neue Gläubiger) und erklären:

„Im Grundbuche von . . . Band V Blatt 183 sind in Abt. III unter Nr. 1 für B eine Forderung von 30 000 Mk., unter Nr. 2 für C eine Grundschuld von 40 000 Mk. und unter Nr. 3 für D eine Forderung von 12 300 Mk. eingetragen. An die Stelle der Forderungen Nr. 1 und 3 wird unter Hinzurechnung des Betrags der Grundschuld Nr. 2 und unter Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek eine Darlehnsforderung des E von 80 000 Mk. nebst 3½ % Zinsen von heute ab, rückzahlbar nach einjähriger, nur zum 1. Januar zustehenden Kündigung, gesetzt. Die Hypothek für den Überrest von 2 300 Mk. der Forderung Nr. 3 wird aufgehoben und gelöscht. Die Hypothekenbriefe über die Posten Nr. 1 und 2 werden übergeben. Die Erteilung eines Briefes über die neue Forderung von 80 000 Mk. wird ausgeschlossen. Die hiernach erforderlichen Eintragungen werden beantragt."

In diesem Falle kann der in der Spalte Veränderungen einzutragende Vermerk lauten: „Zu Nr. 1, 2, 3. An die Stelle der Forderung Nr. 1 von 30 000 Mk. und des Teilbetrags von 10 000 Mk. der Forderung Nr. 3 sowie des Betrags der Grundschuld Nr. 2 von 40 000 Mk. ist, unter Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek, eine Darlehnsforderung des E von 80 000 Mk. nebst 3½ % Zinsen, rückzahlbar nach einjähriger, nur zum 1. Januar zustehenden Kündigung, gesetzt. Der Rest der Forderung Nr. 3 von 2 300 Mk. ist gelöscht. Die Erteilung eines Hypothekenbriefs ist ausgeschlossen. Eingetragen am . . ." — Die beiden Hypothekenbriefe sind unbrauchbar zu machen, die damit verbundenen Schuldurkunden abzutrennen und den betreffenden Gläubigern zurückzugeben (GBO. § 69). Die Eintragung ist dem Eigentümer und den Gläubigern B, C, D, E bekannt zu machen (GBO. § 55).

5. Die Anwendung des § 1180 ist bei Sicherungshypotheken nicht ausgeschlossen (RG. E. 60 S. 259; vgl. Anm. 6 zu § 1190). Soll einer Gesamthypothek eine andere Forderung untergelegt werden, so bedarf es der Einigung des Gläubigers mit sämtlichen Eigentümern der verhafteten Grundstücke. Werden gleichzeitig mehrere neue Forderungen an die Stelle der bisherigen gesetzt und diese auf die einzelnen Grundstücke verteilt, so ist das in Nr. 3 Bemerkte zu beachten.

Auf Grund- und Rentenschulden findet § 1180 keine Anwendung. Einer Grund- oder Rentenschuld kann eine Forderung nur durch Umwandlung in eine Hypothek untergelegt werden (§ 1198).

Der bloß vorgemerkten Hypothek darf eine andere Forderung nicht untergeschoben werden (Sekler S. 159 g).

6. Die Unterlegung einer anderen Forderung an Stelle der bisherigen kann mit dinglicher Wirkung gegen einen jeden nur durch Einigung und Eintragung erfolgen. Die Vereinbarung des Gläubigers mit dem Eigentümer darüber, daß die Hypothek fortan für eine andere als die eingetragene Forderung bestehen soll, hat aber ihre obligatorischen Wirkungen für die Vertragschließenden, auch wenn sie formlos getroffen wird; denn die Vorschriften des § 873 Abs. 2 gelten nur für die Einigung, nicht aber für den Kaufalvertrag (S. 101). Aus solcher Vereinbarung entsteht namentlich nicht nur die klagbare Verpflichtung beider Teile, die zur Eintragung der Forderungsänderung erforderlichen Erklärungen in der Form des § 29 GBO. abzugeben, sondern der Eigentümer muß auch gegenüber dem Gläubiger die Haftung der Hypothek für die neue Forderung gelten lassen. (RG. JW. 1902 Beil. zu Nr. 21, 22 S. 194).

7. Die Verpflichtung des Eigentümers, eine Hypothek für den Fall, daß sie ihm zufällt, dem Gläubiger für eine andere Forderung zu bestellen, kann vorgemerkt werden (RG. Rsp. 6 S. 150).

8. Übergangsrecht. Die unter früherem preuß. Rechte bestellte Kautionshypothek erlosch mit Tilgung der Forderung. Es konnte an Stelle dieser Forderung also eine andere nicht untergeschoben werden, wenn dadurch nacheingetragene Gläubiger beeinträchtigt wurden. Eine solche unstatthafte Unterschiebung ist auch durch Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts nicht wirksam geworden. (RG. Gruch. 48 S. 1029.)

§ 1181.

Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek. Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei.

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt.

Literatur. Hartmann. Die Grundstücksgesamthypothek in der Zwangsversteigerung. Leipzig, 1903.

I. 1. Nach dem Entw. I ergab sich die Vorschrift des § 1181 Abs. 1 BGB. aus der Regel im § 1092 Entw. I: „Mit dem Erlöschen der Forderung erlischt die für dieselbe bestehende Hypothek." Der Abs. 2 des § 1181 BGB. war im Abs. 2 des § 1078 Entw. I in anderer Fassung enthalten.

Der Abs. 2 des § 1181 BGB. entspricht dem § 42 Abs. 2 PEigG. v. 1872. Unter Befriedigung aus dem Grundstücke wurde nur eine im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück oder dessen Zubehöre gewährte, nicht die Befriedigung durch den Eigentümer verstanden (RG. E. 47 S. 266).

2. Bei der Formulierung des § 1181 BGB. in der 2. Lesung war folgende Auffassung maßgebend. Im 1113 ist die Hypothek als eine Belastung des Grundstücks charakterisiert, kraft deren der Gläubiger die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem belasteten Grundstücke verlangen kann. Es wird demgemäß ein bestimmter Wertteil des Grundstücks ausgeschieden und dem Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung zur Verfügung gestellt. Ist dieser Zweck erreicht, der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so ist das hypothekarische Recht seinem Inhalte nach erschöpft, die Hypothek muß demzufolge mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erlöschen. Dies bringt der Abs. 1 des § 1181 zum Ausdrucke. Werden die Wertteile mehrerer Grundstücke ausgeschieden und dem Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung wegen einer und derselben Forderung zur Verfügung gestellt, so ist zwar auch die Auffassung mit der Konstruktion der Hypothek im § 1113 nicht unvereinbar, daß zwar die Berechtigung des Gläubigers, der nur einmal Zahlung verlangen kann, mit seiner Befriedigung aus dem einen oder dem anderen der belasteten Grundstücke erlischt, daß aber dadurch in Ansehung der Grundstücke, welche zu dieser Befriedigung nicht herangezogen sind, die Belastung ihre Bedeutung nicht verliert, vielmehr der einmal ausgeschiedene Wertteil dieser Grundstücke nach Erledigung der dem Gläubiger daran eingeräumten Rechte der anderweiten Verfügung des Eigentümers unterliegt. Diese Auffassung würde aber zu offenbaren Unbilligkeiten in den Fällen führen, in denen die Gesamthypothek infolge der Parzellierung eines mehrfach belasteten Grundstücks entstanden ist. Dies legt es nahe, das Verhältnis der Gesamthypothek anders aufzufassen, nämlich so, daß die Summe, mit welcher die mehreren Grundstücke belastet sind, nur einmal verlangt werden kann und daß die Belastung jedes einzelnen Grundstücks unter der auflösenden Bedingung erfolgt, daß sie erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem anderen der mitverhafteten Grundstücke erlangt hat. Diese Auffassung entspricht der Gestaltung, welche die Hypothek im § 1113 erhalten hat. Die Hypothek hat lediglich den Zweck, dem Gläubiger wegen einer Geldforderung Befriedigung zu sichern. Ist die Befriedigung erfolgt, so ist die Hypothek ihrem Wesen nach erschöpft. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn dem Gläubiger zu seiner Sicherheit eine Gesamthypothek bestellt ist, da sie gleichfalls nur den Zweck verfolgt, den Gläubiger wegen einer Forderung zu befriedigen, und sich mit Erreichung dieses Zweckes ihrem Inhalte nach erschöpft. Wenn sich mithin der Abs. 2 des § 1181 bei richtiger Auffassung auch von selbst ergibt, so empfiehlt sich doch gegenüber der anderen, wenigstens denkbaren, Auffassung zur Abschneidung von Zweifeln die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in das BGB. (Prot. III S. 620 ff.)

II. Der Grundsatz des § 1181, wonach die Hypothek an allen belasteten Grundstücken ohne Löschung erlischt, erleidet eine Einschränkung, wenn die belasteten Grundstücke nicht demselben Eigentümer gehören und der Eigentümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke Ersatz verlangen kann. Diesen Fall regelt der § 1182. Hiervon wird im folgenden abgesehen.

1. Durch § 1147 BGB. ist zum Ausdrucke gebracht, daß der Gläubiger mit der Verwirklichung seines Hypothekenrechts *lediglich* auf den Weg der Zwangsvollstreckung verwiesen wird. Eine Befriedigung aus dem Grundstücke liegt demnach nicht vor, wenn ohne Zwangsvollstreckung gezahlt wird, sei es auch mit Geldern, die der Schuldner durch den Verkauf des Grundstücks oder eines Teils davon oder solcher Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, erlangt hat. Nicht auf das Zugeldemachen der von der Hypothek ergriffenen Gegenstände kommt es an, sondern nur auf deren Zugeldemachen durch Zwangsvollstreckung. Woher der Hypothekenschuldner sich das Geld zur Bezahlung der Hypothek verschafft, ist gleichgültig; die Zahlung hat nur die Wirkung, daß die Forderung zum gezahlten Betrage getilgt wird, die Hypothek erlischt nicht. Die Befriedigung des Hypothekengläubigers hat verschiedene Rechtsfolgen, je nachdem sie durch den Eigentümer (oder den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner) oder aus dem Grundstück erfolgt. Während die Befriedigung in den ersten Fällen den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer bezw. den Schuldner bewirkt (§§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1173, 1174), erlischt die Hypothek, wenn der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt wird (§ 1181). (RG. E. 56 S. 322.)

2. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt nach § 1147 im Wege der *Zwangsvollstreckung*, regelmäßig durch *Zwangsversteigerung* und *Zwangsverwaltung* des Grundstücks (ZPO. § 866 Abs. 1). Die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt (BGB. §§ 1120 ff.), unterliegen aber auch, soweit sie nicht Zubehör des Grundstücks sind, der *Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen*, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (ZPO. § 865 Abs. 2; vgl. Anm. 5 u. 6 S. 869 f.). Dem Gläubiger stehen also zum Zwecke seiner Befriedigung drei Wege offen: die Zwangsversteigerung, die Zwangsverwaltung des Grundstücks und die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Seine Befriedigung aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, steht der Befriedigung aus dem Grundstücke gleich (§ 1181 Abs. 3). Sie hat mithin dieselben Wirkungen bezüglich des Erlöschens der Hypothek (§ 1181 Abs. 1, 2), wie die mit Hilfe der beiden anderen Zwangsvollstreckungsarten erfolgte. Namentlich bewirkt auch die Befriedigung mittels Mobiliarzwangsvollstreckung, daß die Hypothek auf allen Grundstücken, auf denen sie eingetragen ist, kraft Gesetzes erlischt, daß also nichts übrig bleibt, was Gegenstand der Eigentümerhypothek sein könnte, daß die der erloschenen Hypothek nachstehenden Berechtigten im Range vorrücken und daß, solange die Hypothek ungelöscht bleibt, das Grundbuch unrichtig ist. Im Verfahren der Mobiliarzwangsvollstreckung findet allerdings ein Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Löschung der erloschenen Hypothek, wie es für das Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren vorgeschrieben ist (ZVG. §§ 130, 158), nicht statt; aber einem jeden, dessen Recht dadurch beeinträchtigt wird, daß die erloschene Hypothek im Grundbuche nicht gelöscht ist, steht der Berichtigungsanspruch auf Zustimmung zur Löschung der Hypothek nach § 894 BGB. zu, also namentlich den Eigentümern aller verhafteten Grundstücke und den der erloschenen Hypothek nacheingetragenen Berechtigten, welche ihren Anspruch auch durch Herbeiführung der Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 sichern können. Die Ansicht Boehm's (S. 274 Nr. III), daß Eigentümerhypothek eintrete, wenn der Gläubiger sich aus Gegenständen befriedigt, die der Mobiliarzwangsvollstreckung unterliegen, ist in dieser Allgemeinheit mit dem § 1181 Abs. 3 nicht zu vereinigen. Nur wenn der Schuldner-Eigentümer auf die persönliche Schuldklage des Gläubigers zur Bezahlung

der Forderung, für welche die Hypothek besteht, verurteilt ist und der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners Befriedigung erlangt, wird man annehmen dürfen, daß infolge dessen der Schuldner-Eigentümer die Hypothek nach der Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 2 erwirbt ohne Rücksicht darauf, daß etwa zu den beweglichen Sachen, die zur Befriedigung des Gläubigers verwendet sind, auch solche oder nur solche gehört haben, auf die sich die Hypothek erstreckt. Denn hier bleibt das Hypothekenrecht des Gläubigers ganz außer Betracht; die Zwangsvollstreckung erfolgt in die beweglichen Gegenstände des Schuldners nicht, weil sich darauf die Hypothek erstreckt, sondern lediglich deshalb, weil sie zum Vermögen des Schuldners gehören. Ebenso Planck Nr. 2a, Biermann Nr. 1, Kober Nr. 4; a. M. Fuchs Nr. 5 zu § 1181.) „Auf alle außerhalb der Zwangsvollstreckung in die der Hypothek unterliegenden Gegenstände sich vollziehenden Arten der Befriedigung findet § 1181 nicht Anwendung, auch wenn die Befriedigung aus Mitteln welche aus dem Grundstücke stammen (Mietzinsen ꝛc.), erfolgt" (Neumann 1 Anm. A 1 1 zu § 1181). Namentlich erwirbt der Eigentümer die Hypothek, deren Gläubiger mit Geldern befriedigt ist, die für abgebrannte Gebäude des Pfandgrundstücks von der Versicherungsgesellschaft gezahlt sind, sei es, daß diese auf Anweisung des Eigentümers an den Gläubiger gezahlt oder daß der Gläubiger unter Berufung auf sein Pfandrecht an der Forderung nach § 1282 die Versicherungssumme von der Versicherungsgesellschaft gefordert und bezahlt erhalten hat. Auch in letzterem Falle liegt keine Zwangsvollstreckung, also keine Befriedigung aus dem Grundstücke, sondern nur eine Berichtigung der Forderung des Gläubigers durch den Eigentümer als den Gläubiger der eingegangenen Versicherungsforderung vor (§ 1288 Abs. 2). (RG. E. 47 S. 266, Bd 56 S. 322.) Unerheblich ist, daß etwa die Wiederherstellung des versicherten Gebäudes unterblieben und infolgedessen einem nacheingetragenen Gläubiger die Sicherheit geschmälert ist. Ob der letztere in solchem Falle gegen den Versicherer Anspruch auf nochmalige Zahlung der Versicherungssumme hat, bestimmt sich nach den §§ 1127 ff. Keinenfalls kann er die Vorhypothek des befriedigten Gläubigers (Eigentümerhypothek) aus dem Grunde anfechten, daß sie durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück oder aus Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erloschen sei. Eine Befriedigung aus dem Grundstücke würde nach § 1147 dann vorliegen, wenn der Hypothekengläubiger sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus der Versicherungsforderung befriedigt hätte, was zufolge § 865 Abs. 2 ZPO. auch durch Pfändung hätte bewerkstelligt werden können (RG. E. 56 S. 322).

3. Die Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt bei normalem Verlaufe des Verfahrens, d. h. wenn bei der Zwangsversteigerung der Ersteher seiner Verpflichtung zur Berichtigung des Bargebots durch Zahlung oder durch Hinterlegung unter Ausschließung der Rücknahme genügt (ZVG. §§ 49, 107 Abs. 2, 3), durch Auszahlung des Versteigerungserlöses (das. § 117), bei der Zwangsverwaltung durch Zahlung des Verwaltungs-Überschusses an den Gläubiger (das. §§ 155—158). Wie die Befriedigung aus dem Grundstücke wirkt

a. die Übertragung der Forderung gegen den Ersteher. Berichtigt der Ersteher das Bargebot nicht oder ist der Zuschlag unter Bewilligung von Zahlungsfristen erteilt (ZVG. §§ 60, 61), so wird durch Anordnung des Vollstreckungsgerichts die Forderung gegen den Ersteher auf den berechtigten Gläubiger übertragen (das. § 118 Abs. 1). Die Übertragung wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstücke (§ 118 Abs. 2). Der Gläubiger erhält aber für seine durch den Zuschlag erloschene Hypothek (das. § 91) nicht bloß eine persönliche Forderung gegen den Ersteher, sondern es wird für diese Forderung eine Sicherungshypothek an dem versteigerten Grundstücke mit dem Range des Anspruchs des Gläubigers gleichzeitig mit der Eintragung des Erstehers als Eigentümers eingetragen (das. § 128 Abs. 1 Satz 1, § 130 Abs. 1). Mit der Eintragung entsteht die Hypothek (das. § 128 Abs. 3 Satz 1). An die Stelle der Forderung gegen den früheren Schuldner tritt die Forderung gegen den Ersteher, an die Stelle der früheren Belastung, mag sie auch eine gewöhnliche Hypothek oder eine Grund- oder Rentenschuld gewesen sein,

tritt die Sicherungshypothek mit der Forderung gegen den Ersteher. Die Forderung ist gegen den Ersteher, der Anspruch aus der Sicherungshypothek gegen den Ersteher und jeden späteren Eigentümer vollstreckbar (das. § 132 Abs. Satz 1). Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Beschlusses, durch welchen der Zuschlag erteilt ist. In der Vollstreckungsklausel ist der Berechtigte sowie der Betrag der Forderung anzugeben; der Zustellung einer Urkunde über die Übertragung der Forderung bedarf es nicht (das. § 132 Abs. 2). Die Sicherungshypothek hat zwei Besonderheiten. Wird das Grundstück von neuem versteigert, so ist der zur Deckung der Hypothek erforderliche Betrag auch dann bar zu berichtigen, wenn die Hypothek bei der neuen Versteigerung in das geringste Gebot fällt (das. § 128 Abs. 4). Vereinigt sich die Sicherungshypothek mit dem Eigentum in einer Person, so kann sie nicht zum Nachteil eines Rechtes, das nach dem Gesetz oder nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibt (das. §§ 52, 59), oder zum Nachteil einer für die Forderung eingetragenen Sicherungshypothek geltend gemacht werden (das. § 128 Abs. 3 Satz 2). Diese Besonderheiten werden dadurch erhalten, daß bei der Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch ersichtlich gemacht wird, daß sie auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist (das. § 130 Abs. 1 Satz 2). Hierdurch erübrigt sich auch die Zuziehung der bezeichneten Beteiligten bei einer etwaigen Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, so daß es auch hier bei der Regel des § 1186 Satz 2 BGB. verbleibt.

Wird die Übertragung der Forderung gegen den Ersteher angeordnet, weil dieser das Bargebot, ohne daß Fristen bewilligt sind, nicht berichtigt hat, so kann der Gläubiger die Folge, daß die Übertragung wie die Befriedigung aus dem Grundstücke wirkt, dadurch abwenden, daß er vor dem Ablaufe von drei Monaten dem Vollstreckungsgerichte gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung gegen den Ersteher beantragt (ZVG. § 118 Abs. 2 Satz 2). Hierzu kann der Gläubiger namentlich dadurch veranlaßt werden, daß er für seine erloschene Hypothek einen zahlungsfähigen Schuldner hat, den er sich erhalten will, daß er dagegen zu befürchten hat, durch den Ersteher und aus dem Grundstücke nicht befriedigt zu werden (Mittelstein S. 219).

Die Übertragung von Forderungen gegen den Ersteher auf Zahlung von Beträgen, um die sich das Bargebot beim etwaigen Nichtbestehen von Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden oder anderen Rechten, die bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt sind, erhöht, hat nicht die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstücke (ZVG. §§ 50, 51, 125); der § 1181 findet darauf also keine Anwendung.

b. Bei der Zwangsversteigerung bleibt, abgesehen von der Überbau- und der Notwegrente (BGB. §§ 912—917), kraft Gesetzes ein Recht nur so weit bestehen, als es bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt (ZVG. § 44) und nicht durch Zahlung zu decken ist (das. § 49 Abs. 1); im übrigen erlöschen die Rechte (das. § 52). Es kann jedoch das Fortbestehen eines Rechtes, das sonst erlöschen würde, durch die Versteigerungsbedingungen festgesetzt werden (das. § 59) und es bleibt ein Recht am Grundstücke bestehen, wenn dies zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher vereinbart ist, bevor das Grundbuchamt durch das Vollstreckungsgericht um Berichtigung des Grundbuchs ersucht ist (das. § 91 Abs. 2, 3). Bleibt ein Recht kraft Gesetzes oder auf Grund der Versteigerungsbedingungen bestehen, so wird dadurch in dem Schuldverhältnisse so wenig wie in der Belastung des Grundstücks oder der mehreren Grundstücke etwas geändert: die bisherige persönliche Schuld bleibt bestehen, das Recht erlischt weder am versteigerten Grundstücke noch an den nicht versteigerten mithaftenden Grundstücken. Bleibt dagegen ein Recht am Grundstück auf Grund der Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher bestehen, so wirkt die Vereinbarung wie die Befriedigung aus dem Grundstücke: der bisherige persönliche Schuldner wird frei und das Recht erlischt auf den mithaftenden Grundstücken (das. § 91 Abs. 3 Satz 2). Dies hat seinen Grund darin, daß der Gläubiger, obwohl er Befriedigung durch Zahlung aus dem Versteigerungs-

erlöse verlangen konnte, das Fortbestehen des Rechtes am Grundstücke vorgezogen hat. Ob der Ersteher in den drei Fällen des Fortbestehens der Hypothek (§§ 52, 59, 91) in die persönliche Schuldverbindlichkeit an Stelle des bisherigen Schuldners eintritt, bestimmt sich nach § 53 ZVG. in Verbindung mit § 416 BGB. bezw. nach § 414 BGB. Vgl. im übrigen den Anhang zu § 1296 BGB. unter Lit. B.

4. Der § 1181 findet nur Anwendung, wenn der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt wird. Fällt die Hypothek aus, so erlischt sie zwar auf dem zwangsversteigerten Grundstücke (ZVG. § 91), sie besteht aber auf den mithaftenden nicht versteigerten Grundstücken und den Gegenständen, auf die sie sich erstreckt (§ 1181 Abs. 3), fort. Wird der Gläubiger nur zum Teile befriedigt, so erlischt sie auf dem versteigerten Grundstücke ganz und auf den mithaftenden Grundstücken zum Betrage der Teilbefriedigung, im übrigen besteht sie auf den mithaftenden Grundstücken fort.

5. Über das Schicksal der persönlichen Schuldverbindlichkeit vgl. Anm. 7 S. 861. Diese erlischt weder, noch wird sie durch Zwangsversteigerung des Grundstücks fällig (RG. E. 39 S. 322).

6. Ist für die Zinsen und Kosten einer Kapitalhypothek auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels eine selbständige neue Sicherungshypothek auf andere als die mit der Kapitalhypothek belasteten Grundstücke des Schuldners eingetragen, ohne daß im Grundbuche die Mithaft vermerkt ist, so liegt doch materiell das Rechtsverhältnis einer Gesamthypothek vor. Die Sicherungshypothek erlischt daher nach § 1181 Abs. 2 auch auf den mit ihr belasteten Grundstücken, wenn wegen derselben Zinsen und Kosten, wofür sie eingetragen ist, der Gläubiger bei der Zwangsversteigerung des für die Kapitalhypothek haftenden Grundstücks befriedigt ist. Ob unter Umständen die auf einen Dritten übertragene Sicherungshypothek als fortbestehend gilt, bestimmt sich nach den §§ 891 ff. BGB. (RG. JW. 18 S. 96.)

7. Das Erlöschen der Hypothek tritt im Falle des § 1181 kraft Gesetzes ein; der Löschung bedarf es nur zur Berichtigung des Grundbuchs. Über das Verfahren beim Grundbuchamte vgl. Anm. 11 zu § 1182.

§ 1182.

Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden.

I 1. Die Regel des § 1181 Abs. 2, wonach eine Gesamthypothek an allen dafür verhafteten Grundstücken erlischt, wenn der Gläubiger aus einem von ihnen befriedigt ist, wird im § 1182 für den Fall durchbrochen, daß der Eigentümer des im Wege der Zwangsvollstreckung versteigerten Grundstücks vom Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. Dann erlischt die Hypothek auf dem anderen Grundstücke nicht, sondern geht in Höhe des Ersatzanspruchs auf den Eigentümer des versteigerten Grundstücks über. Diese Bestimmung ist aus folgenden Erwägungen der 2. Komm. (Prot. III S. 624 III), welchen der Bundesrat beigetreten ist (Denkschr. S. 224), hervorgegangen:

Die Gesamthypothek entsteht meist in der Weise, daß der Eigentümer entweder mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung verpfändet oder zwar die Hypothek nur auf ein Grundstück eintragen läßt, demnächst aber das Grundstück teilt, ein Vorgang, der die Übertragung der auf dem Stammgrundstücke haftenden Hypotheken auf die abgezweigten

Grundstücke zur Folge hat. Im letzten Falle kann eine Unbilligkeit gegen den mit der Hypothek in Anspruch genommenen Parzellenerwerber entstehen, wenn eine Vereinbarung getroffen ist, wonach der Eigentümer des Stammgrundstücks bei Veräußerung des Trennstücks sich verpflichtet hat, den Gläubiger wegen einer auf das Trennstück zur Gesamthaft übertragenen Hypothek zu befriedigen. An solche Vereinbarung ist der Gläubiger nicht gebunden; es liegt sogar die Versuchung nahe, daß der Gläubiger gegen eine entsprechende Abfindung sich bewegen läßt, seine Befriedigung aus dem Trennstücke zum Nachteile dessen Eigentümers zu suchen. Würde an die Befriedigung des Gläubigers auch das Erlöschen der Hypothek auf dem Stammgrundstücke geknüpft, so würde der Eigentümer des letzteren eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangen und der Eigentümer des Trenngrundstücks auf einen unsicheren obligatorischen Ausgleichungsanspruch angewiesen sein. Es liegt nahe, den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Befriedigung des Gläubigers erfolgt, in Höhe seines Ausgleichungsanspruchs in die Rechte des Gläubigers nach Analogie des § 426 Abs. 2 eintreten zu lassen. Deshalb bestimmt § 1182, daß die Hypothek an dem dem Ersatzpflichtigen oder einem seiner Rechtsnachfolger gehörenden Grundstück auf den Ersatzberechtigten kraft Gesetzes übergeht. Verbleibt dem Gläubiger, weil er nur teilweise befriedigt ist, ein Teil der Hypothek, so kann die Hypothek des Ersatzberechtigten nicht zum Nachteile der Hypothek des Gläubigers geltend gemacht werden (§ 1182 Satz 2). Da die Ersatzhypothek als Einzelhypothek am Grundstücke des Ersatzpflichtigen an die Stelle der darauf eingetragenen Gesamthypothek tritt, so würden die auf diesem Grundstücke gleich- oder nachstehenden Realgläubiger dadurch benachteiligt werden; denn sie durften von vornherein mit der Möglichkeit, vorzurücken, rechnen, da das Grundstück dem vor oder gleichzeitig mit ihnen eingetragenen Hypothekengläubiger nur unter der Bedingung zur Verfügung gestellt war, daß er seine Befriedigung nicht aus einem anderen Grundstück erlange, also beim Nichteintritte dieser Bedingung die ihnen gleich- oder vorstehende Gesamthypothek erlöschen werde. Deshalb ist bestimmt, daß die Ersatzhypothek nicht zum Nachteile der im Range gleich- oder nachstehenden Rechte geltend gemacht werden kann.

Die Anträge, Bestimmungen aufzunehmen, daß die Ersatzhypothek auch nicht zum Nachteil eines Gläubigers, zu dessen Gunsten vor dem Übergange die Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt sei, und auch dann nicht geltend gemacht werden könne, wenn das Konkursverfahren vor dem Übergang eröffnet sei, weil auch jener Gläubiger und die Konkursgläubiger das Recht erlangt hätten, aus dem Grundstücke befriedigt zu werden, soweit der Erlös nicht für die Gesamthypothek verwendet werden müsse, welche erschöpft sei, wenn ihr Betrag einmal aus einem der belasteten Grundstücke gezahlt worden sei: sind abgelehnt. Es wurde entgegnet: „Der Gedanke sei der, daß die nachstehenden Realberechtigten dagegen geschützt werden sollten, daß sich ihnen gegenüber die Gesamthypothek verdoppele, weil sie von vornherein eben nur hinter einer Gesamthypothek die Eintragung erlangt hätten. Für die nur persönlichen Gläubiger liege die Sache anders, da sie, soweit nicht etwa die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts beständen, auch nichts dagegen ausrichten könnten, wenn der Eigentümer neue Hypotheken eintragen lasse. Es bestehe schon vor der Vollstreckung in eines der mehreren mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ein bedingter Anspruch des Eigentümers des einen Grundstücks gegen den des anderen und für diesen Anspruch die Hypothek, welche nach § 1182 übertragen werde. Der Unterschied zwischen der Rechtsstellung des dinglichen und derjenigen des persönlichen Gläubigers dürfe nicht verdunkelt werden." Anderseits wurde die Richtigkeit dieser Auffassung bestritten. (Prot. VI S. 257—259 IX.)

Ob das Institut der Ersatzhypothek, das sicher zu Verwickelungen und Streitigkeiten führen wird, dem Ersatzberechtigten praktisch von Nutzen sein wird, nachdem die Fürsorge für die nachstehenden Berechtigten dahin geführt hat, sie diesen im Range nachzustellen, ist sehr zu bezweifeln. Ist der ersatzpflichtige Eigentümer zahlungsfähig, so wird der Ersatzberechtigte auch durch Verfolgung seines obligatorischen Anspruchs zur Ausgleichung gelangen; hat er nichts, so wird sein Grundstück regelmäßig zum vollen Werte belastet sein und der Ersatzberechtigte kann sich an seiner, hinter die im Zeitpunkte des Übergangs vorhandenen nachstehenden Rechte im Range zurücktretenden, Ersatzhypothek nicht erholen. Der Vorrang der gleichstehenden Berechtigten erscheint begründet, weil sie eben dem Gesamthypothekengläubiger gleichstehen (Lang S. 313).

2. Zunächst mag ein Beispiel die Rechtsfolgen des § 1182 veranschaulichen.

A hat auf seinen Grundstücken Nr. 1 und 2 für C eine Gesamthypothek von 30000 eintragen lassen, dann Nr. 2 an B verkauft, welcher 4000 der Gesamthypothek in Anrechnung

auf den Kaufpreis übernommen hat. B hat seiner Verpflichtung, den C mit 4000 zu befriedigen (§ 415 Abs. 3), nicht genügt; er hat später auf Nr. 2 zwei neue Hypotheken von 15 000 und 20 000 unter Nr. 2 und 3 eintragen lassen und dann das Grundstück Nr. 2 an D veräußert. C bringt das Grundstück Nr. 1 zur Zwangsversteigerung, wird in Höhe von 25 000 befriedigt und fällt mit 5000 aus. Infolgedessen erlischt die Gesamthypothek auf Nr. 1 ganz, auf Nr. 2 in Höhe von 11 000; es bleiben davon auf Nr. 2 bestehen als Rest der Gesamthypothek eine Einzelhypothek von 5000 für C und als Ersatzhypothek für A wegen seines Anspruchs auf Ausgleichung gegen den Rechtsvorgänger B des D eine Einzelhypothek von 4000. Die Rangordnung auf dem Grundstücke Nr. 2 stellt sich so: zuerst kommt C mit 5000, dann folgen die Hypotheken Nr. 2 und 3 mit zusammen 35 000, endlich die Ersatzhypothek des A von 4000. Hat das Grundstück Nr. 2 einen Wert von 30 000, so ist die Ersatzhypothek, weil ihr 40 000 vorgehen, wertlos. Die etwa in der Zeit nach der Befriedigung des C eingetragenen Rechte behalten ihren bisherigen Rang, stehen also der Ersatzhypothek von 4000 nach. Ist in dem vorausgesetztem Falle das Grundstück Nr. 2 des D zwangsversteigert und dabei C mit 25 000 befriedigt, so erlischt die Gesamthypothek auf dem Grundstück Nr. 1 nur in Höhe der 4000, die B übernommen hatte, dem C verbleibt auf Nr. 1 an erster Stelle ein Rest von 5000 seiner Gesamthypothek, auf D geht von der letzteren, falls B ihm seinen Ersatzanspruch von 21 000 gegen A abgetreten hat, zu diesem Betrag eine Einzelgrundschuld über, welche den etwa in der Zeit bis zur Befriedigung des C auf dem Grundstücke Nr. 1 eingetragenen Berechtigten im Range nachsteht.

Wollen die Vertragschließenden sich dagegen sichern, daß ihre eventuellen Ersatzansprüche nicht gegen spätere Eintragungen auf dem mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke zurücktreten müssen, so können sie dies dadurch erreichen, daß sie sich eine Sicherungshypothek zu dem Betrage, bis zu welchem ihnen ein Ersatzanspruch erwachsen kann, auf dem mithaftenden Grundstücke bestellen lassen, also A auf dem Grundstücke des B eine solche in Höhe von 4000, B auf dem Grundstücke des A eine solche in Höhe von 26000. (Vgl. Hachenburg, Vorträge S. 349, Bruck S. 213 ff., Lang S. 313 f., Kober Nr. 4 a zu § 1182.)

3. Über den Ersatzanspruch vgl. Anm. 7 S. 951. Soweit ein Ersatzanspruch besteht, geht die Hypothek in dem Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger der Gesamthypothek aus dem einen Grundstücke befriedigt wird (vgl. Anm. 3 S. 978), auf dem andern Grundstücke kraft Gesetzes auf den Eigentümer des versteigerten Grundstücks über. Einer Umschreibung im Grundbuche bedarf es hierzu auch bei einer Buchhypothek nicht. Um aber zur Verfügung über die Ersatzhypothek berechtigt zu sein, muß der Ersatzberechtigte, wenn eine Buchhypothek in Frage steht, seine Eintragung als Gläubiger bewirken und, wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, den Besitz des Hypothekenbriefs bezw. eines Teilhypothekenbriefs und der übrigen im § 1155 bezeichneten Urkunden sich verschaffen.

4. Daß der § 1182 auch für Grund- und Rentenschulden gilt, kann nicht bezweifelt werden. Wenn aber Biermann (SR. S. 402 Nr. 3), Planck (3 S. 689 Nr. 6) und die übrigen Bearbeiter des Sachenrechts — außer Fuchs S. 585 Lit. c und Bruck S. 213 — meinen, der Ersatzberechtigte erwerbe in solchem Falle eine Sonderhypothek und nicht eine Sondergrundschuld, so ist dem nicht beizutreten. Wie die Fassung des § 1182 — auch der §§ 1164, 1173, 1174 — ergibt, erwirbt der Eigentümer des versteigerten Grundstücks nicht für seine Ersatzforderung eine Hypothek am mithaftenden Grundstücke mit dessen Eigentümer oder einem seiner Rechtsvorgänger als persönlichem Schuldner, sondern die am mithaftenden Grundstücke bestehende Hypothek geht wegen (oder vermittels) des Ersatzanspruchs in dessen Höhe auf den ersatzberechtigten Eigentümer des versteigerten Grundstücks über, indem aus ihr infolge ihres Erlöschens auf dem versteigerten Grundstück eine Einzelhypothek wird. Ist sie eine Hypothek, so geht sie als solche (mit der persönlichen Forderung) auf den Ersatzberechtigten über, wenn dieser nicht der persönliche Schuldner (§ 1143), und unter Umwandlung in eine Grundschuld, wenn dieser der persön-

liche Schuldner ist (§ 1177 Abs. 1); ist sie eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, so geht sie in dieser Belastungsform über. Wie im Falle des § 426 Abs. 2 der ausgleichungsberechtigte Gesamtschuldner infolge der Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung gegen die übrigen Schuldner erwirbt und gegen diese die Rechte des bisherigen Gläubigers geltend machen kann, so erwirbt nach § 1182 der ausgleichungsberechtigte Eigentümer des Grundstücks, aus welchem der Gläubiger befriedigt ist, die Hypothek an dem mithaftenden Grundstücke, wie sie infolge der Befriedigung des Gläubigers besteht, und kann sie gegen den Eigentümer des mithaftenden Grundstücks geltend machen. Schließt man sich der Auffassung an, daß der Ersatzberechtigte in der bisherigen Gesamthypothek auf dem mithaftenden Grundstück eine dingliche Sicherheit für seine Ersatzforderung erwirbt ohne Unterschied, ob jene Belastung eine Hypothek oder eine Grundschuld oder Rentenschuld ist, so muß man annehmen, daß mit ihrem Übergange, wenn sie eine Hypothek, die Unterlegung der Ersatzforderung an Stelle der bisherigen, infolge der Befriedigung des Gläubigers erloschenen Forderung und, wenn sie eine Grundschuld oder Rentenschuld, deren Umwandlung in eine Hypothek sich kraft Gesetzes vollzieht. Wie hat man sich bei einer Rentenschuld die Umwandlung kraft Gesetzes in eine Hypothek vorzustellen? Die Antwort Biermann's (Nr. 3 zu § 1182) genügt nicht.

5. Nach dem Wortlaut des § 1182 wäre es möglich, daß der Eigentümer des mithaftenden Grundstücks die bisherige Gesamthypothek als Ersatzhypothek an seinem eigenen Grundstücke behielte. Wäre z. B. auf den Grundstücken Nr. 1 und 2 des A eine Gesamthypothek von 5000 eingetragen und verkaufte A dem B beide Grundstücke und ließe sie ihm auf, indem er sich verpflichtete, die Gesamthypothek zur Löschung zu bringen; später käme es zur Zwangsversteigerung von Nr. 1, weil A seiner Löschungspflicht nicht genügt hatte, und bei der Kaufgelderverteilung erhielten die 5000 volle Deckung: dann würde die Gesamthypothek nur am Grundstücke Nr. 1 erlöschen, dagegen auf B als den Eigentümer des versteigerten Grundstücks wegen seines Ersatzanspruchs an A als seinen Rechtsvorgänger beim mitverhafteten Grundstücke Nr. 2 auf diesem Grundstück übergehen. Solcher Fall ist aber nicht dem § 1182 zu unterstellen. Denn diese Vorschrift bezweckt nicht, dem Eigentümer eine Hypothek an seinem Grundstücke zu erhalten, sondern dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks eine dingliche Sicherheit für seinen Ersatzanspruch in der auf dem mithaftenden nicht versteigerten Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers bestehenden Hypothek zu gewähren. (Planck Nr. 3 zu § 1182.)

II. Berichtigung des Grundbuchs.

Das Vollstreckungsgericht hat die sich im Zwangsversteigerungsverfahren bei einer Gesamthypothek ergebenden Rechtsänderungen ausschließlich für das versteigerte Grundstück festzustellen und demgemäß die Berichtigung des Grundbuchs auch nur in dieser Beschränkung zu veranlassen. Die bei den mithaftenden nicht versteigerten Grundstücken gemäß §§ 1181, 1182 BGB. kraft Gesetzes eintretenden Änderungen hat es nicht zu berücksichtigen. Insbesondere unterliegen seiner Beurteilung und Fürsorge nicht die Fragen, ob die Gesamthypothek infolge der Befriedigung deren Gläubigers auf den mithaftenden Grundstücken erlischt, und ob und inwieweit dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines der andern Grundstücke oder einen Rechtsvorgänger desselben zusteht. Auch auf Antrag der Beteiligten hat sich das Gericht auf Verhandlungen hierüber nicht einzulassen und es darf beim Grundbuchamt in dieser Beziehung nichts veranlassen. (RG. RJA. 3 S. 48.)

Da das Grundbuchamt lediglich das Ersuchen des Gerichts auszuführen hat, ist ein selbsttätiges Eingreifen darüber hinaus ausgeschlossen. Es hat weder das Recht noch die Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Ersuchens des Gerichts nachzuprüfen; es ist auch dazu nicht einmal in der Lage, weil ihm das Kaufgelderverteilungsprotokoll nicht mitgeteilt wird.[1]

[1] Die im § 174 Entw. I e. ZVG. und im § 131 der Bundesratsvorlage enthaltene

Nur hat es nach § 49 Abs. 2 GBO. von Amts wegen im Grundbuche das Erlöschen einer Mitbelastung zu vermerken. Hiermit und mit der Erledigung des Ersuchens des VGerichts ist die Amtspflicht des Grundbuchamts erschöpft. Alles übrige, die Löschung der Gesamthypothek auf den mithaftenden Grundstücken und deren Umschreibung in eine Ersatzhypothek für den Eigentümer des versteigerten Grundstücks zu bewirken, ist den Parteien überlassen. (KG. RJA. 2 S. 134 und Bd II Ergänz. II § 2 Nr. 19 f.)

Nach § 130 ZVG. ist das Grundbuchamt vom VGerichte zu ersuchen: „die durch den Zuschlag erloschenen Rechte zu löschen". Durch den Zuschlag erlöschen diejenigen Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben (§§ 91, 52, 59). Da die Gesamthypothek an den mithaftenden *nicht* versteigerten Grundstücken nicht durch den Zuschlag, der ja nur für das versteigerte Grundstück erteilt wird, sondern erst durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse des versteigerten Grundstücks erlischt (BGB. § 1181 Abs. 2), so folgt, daß das Ersuchen des VGerichts um Löschung sich nur auf die am versteigerten Grundstück erloschenen Rechte zu erstrecken hat.[1] Ein weitergehendes Ersuchen ist abzuweisen (KG. RJA. 3 S. 48).

Hieraus ergibt sich für das Verfahren des VGerichts und des Grundbuchamts folgendes, und zwar ohne Unterschied, ob die für die Gesamthypothek verhafteten Grundstücke demselben Eigentümer oder ob sie verschiedenen Eigentümern gehören.

1. Auf dem versteigerten Grundstücke wird die Gesamthypothek auf das Ersuchen des VGerichts, welches ergehen muß, mag der Gläubiger bei der Kaufgelderverteilung befriedigt oder ausgefallen sein, gelöscht. Von Amts wegen hat das Grundbuchamt bei den mithaftenden Grundstücken nur zu vermerken, daß die Hypothek am versteigerten Grundstück erloschen ist. Der Grund des Erlöschens ist dabei nicht anzugeben, da er sich aus § 91 ZVG. dahin ergibt, daß das Recht nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen geblieben ist.

2. Das VGericht hat sich nicht darum zu kümmern, ob die am versteigerten Grundstück erloschene Gesamthypothek auch an den anderen Grundstücken erloschen ist; es berührt diese Frage in seinem Ersuchen an das Grundbuchamt nicht. Dieses kann daher bei den anderen Grundstücken, abgesehen von dem zu 1 erwähnten Offizialvermerke, keine Eintragung anordnen.

a. Will der Eigentümer des mitverhafteten nicht versteigerten Grundstücks — in folgendem kurz das andere Grundstück genannt — die Löschung auf seinem Grundstücke herbeiführen, so hat er dies beim Grundbuchamte zu beantragen und dazu neben der Ausfertigung des Kaufgelderverteilungsprotokolls die beglaubigte Zustimmung des Eigentümers des versteigerten Grundstücks beizubringen, weil diesem gegen ihn oder einen seiner Rechtsvorgänger ein Ersatzanspruch zustehen kann (BGB. § 1182). Gehören das versteigerte Grundstück und das andere Grundstück demselben Eigentümer (vgl. Anm. 1 5), so genügt selbstverständlich sein beglaubigter Antrag (GBO. § 27) neben dem Verteilungsprotokolle zur Löschung. Im Löschungsvermerke bedarf es der Angabe des Grundes der Löschung nicht. Ist der Gläubiger aus dem Erlöse des versteigerten Grundstücks nur zum Teile befriedigt, so ändert sich dadurch das Verfahren des VGerichts und des Grundbuchamts nicht; denn auch hier erlischt die Gesamthypothek am versteigerten Grundstücke ganz und bleibt auf dem anderen Grundstücke wegen des möglichen Ersatzanspruchs ganz bestehen. Will der Eigentümer des anderen Grundstücks an diesem die Teillöschung bewirken, so hat er ebenfalls seinen Antrag beim Grundbuchamte durch Vorlegung des Verteilungsprotokolls und der Zustimmung des Eigentümers des versteigerten Grundstücks zu begründen. Auch hier genügt der einfache Löschungsvermerk unter Angabe des Betrags.

Bestimmung, daß dem Ersuchen des VGerichts an das Grundbuchamt eine Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses und des Protokolls über den Verteilungstermin beizufügen sei, ist in der Reichstagskommission mit der Absicht gestrichen, dadurch klarzustellen, daß für das Grundbuchamt lediglich das Ersuchen des VGerichts als solches maßgebend ist.

[1] § 173 Entw. I e. ZVG. und § 126 des später im Reichsjustizamt ausgearbeiteten Entwurfs schrieben — wie § 125 PrZVG. v. 1883 — vor, daß das VGericht das Grundbuchamt um Löschung der erloschenen Hypothek auch beim mithaftenden nicht versteigerten Grundstücke zu ersuchen habe. Diese Vorschrift ist vom Bundesrat in seinem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe nicht beibehalten, vermutlich um auszudrücken, daß die Herbeiführung der Löschung dem Parteibetrieb überlassen bleibe.

b. Die der Gesamthypothek auf dem anderen Grundstücke nachstehenden Berechtigten haben kein Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs; denn soweit die Gesamthypothek nicht Ersatzhypothek geworden, ist sie ohne Löschung erloschen, soweit sie Ersatzhypothek geworden, kann sie nicht zu ihrem Nachteile geltend gemacht werden (BGB. § 1182 Satz 2; vgl. Fuchs S. 587 Lit. c).

c. Will der Eigentümer des versteigerten Grundstücks seinen Ersatzanspruch im Grundbuche zur Geltung bringen, so hat er den Antrag auf Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen bei dem anderen Grundstücke dadurch zu begründen, daß er die Befriedigung des Gläubigers der Gesamthypothek aus seinem versteigerten Grundstücke durch das Verteilungsprotokoll und seinen Ersatzanspruch durch ein Anerkenntnis des Eigentümers des anderen Grundstücks oder durch dessen Bewilligung der Umschreibung nachweist. Der Vermerk im Grundbuche kann lauten: „Bei der Zwangsversteigerung des mithaftenden Grundstücks Band . . . Blatt . . . ist der Gläubiger befriedigt und die Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) zum Betrage von . . . auf den Eigentümer X vermöge seines Ersatzanspruchs übergegangen." Das sich aus § 1182 Abs. 2 ergebende Rangverhältnis wird nicht eingetragen (vgl. Anm. 4 S. 959 f.).

3. Ist der Gläubiger der Gesamthypothek nicht durch Zahlung aus dem Erlöse des versteigerten Grundstücks, sondern durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher befriedigt, so hat das VGericht das Grundbuchamt um Löschung der Gesamthypothek und um Eintragung einer entsprechenden Sicherungshypothek mit dem Range des Anspruchs auf dem versteigerten Grundstücke zu ersuchen (ZVG. §§ 118, 128, 130; vgl. 3a S. 978). Auch in diesem Falle hat das Grundbuchamt nur von Amts wegen bei den anderen Grundstücken zu vermerken, daß die Mithaft des versteigerten Grundstücks erloschen ist (GBO. § 49 Abs. 2). Stellt sich nachträglich heraus, daß durch die Übertragung der Forderung an den Ersteher nicht die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück eingetreten ist (ZVG. § 118 Abs. 2; vgl. Anm. 3a Abs. 2 S. 979), so hat weder das VGericht noch das Grundbuchamt dieserhalb etwas zu veranlassen. Es ist Sache dessen, auf den die Forderung an den Ersteher infolge des Verzichts des Gläubigers übergeht, die Eintragung des Übergangs beim Grundbuchamt unter Vorlegung der ihm vom VGericht mitgeteilten Verzichterklärung zu betreiben.

4. Bleibt eine Gesamthypothek infolge der Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher bestehen, so erlischt sie zwar kraft Gesetzes, soweit nicht dem bisherigen Eigentümer des versteigerten Grundstücks ein Ersatzanspruch zusteht, an den anderen Grundstücken (vgl. § 91 ZVG. und Anm. 3b S. 979). Da das VGericht dem Grundbuchamte hiervon keine Mitteilung macht, so ist dieses aber nicht in der Lage, irgend eine Eintragung zu verfügen. Den Eigentümern der anderen Grundstücke bleibt überlassen, die Löschung auf ihren Grundstücken zu bewirken, und dem Subhastaten, seinen Ersatzanspruch bei den anderen Grundstücken durch Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen im Grundbuche zur Geltung zu bringen. In diesem Falle tritt, abweichend von der Regel, eine Vervielfältigung der Hypothek ein: sie bleibt auf dem versteigerten Grundstück als Einzelhypothek, auf dem nicht versteigerten Grundstück als Gesamthypothek, und zwar auf allen Grundstücken zum vollen Betrage, bestehen.

5. Bleibt die Gesamthypothek kraft Gesetzes oder auf Grund der Versteigerungsbedingungen bestehen (ZVG. §§ 52, 59; vgl. Anm. 3b S. 979), so tritt dadurch keine Veränderung in den Belastungsverhältnissen ein und Eintragungen in das Grundbuch werden dadurch nicht erforderlich. Ergibt sich jedoch im Laufe des Verfahrens, daß eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Gesamthypothek nicht zur Entstehung gelangt oder daß sie erloschen ist, so hat das VGericht das Grundbuchamt um ihre Löschung zu ersuchen (ZVG. § 130 Abs. 2). Auch hier richtet sich das Ersuchen nur gegen das versteigerte Grundstück, da das VGericht grundsätzlich mit der Regulierung der Belastungsverhältnisse der anderen Grundstücke nicht befaßt ist. Es bleibt den Eigentümern der letzteren die Herbeiführung der Löschung bei ihren Grundstücken überlassen.

Ist bei Festsetzung des geringsten Gebots eine Gesamt-Hypothek, -Grundschuld oder -Rentenschuld berücksichtigt, so bleibt dieses Recht zunächst als gesamthaftendes zwar bestehen, es ist aber möglich, daß es später nach den Vorschriften der §§ 1173—1175, 1181, 1182 BGB. an dem versteigerten Grundstück erlischt, ohne daß der Ersteher etwas zu leisten hatte. Um zu verhüten, daß in solchen Fällen der Ersteher einen Vorteil hat, welcher den nachstehenden, nicht zur Hebung gelangenden Berechtigten gebührt, hatte das PrZVG. v. 1883 die Übernahme einer Ersatzhypothek durch den Ersteher eingeführt (§ 58 Abs. 1, §§ 59, 107 Abs. 2; Turnau I S. 419 e). Die sich hieraus ergebenden Zweifel und Verwickelungen sucht das RZVG. dadurch zu vermeiden, daß es eine entsprechende Erhöhung des vom Ersteher zu bezahlenden Bargebots eintreten läßt, sofern der Ersteher nicht etwa persönlich haftet und nicht durch das Erlöschen des Rechtes auf dem versteigerten Grundstücke bereichert

Digitized by Google

wird (ZVG. § 50). Durch den Teilungsplan ist festzustellen, wem der Mehrbetrag des Bargebots zugeteilt werden soll. Die Zuschreibung ist dadurch auszuführen, daß die Forderung gegen den Ersteher übertragen wird. Ist ungewiß oder streitig, ob der weitere Betrag zu zahlen ist, so erfolgt die Zuteilung und Übertragung unter der entsprechenden Bedingung (das. § 125). Für die Forderung gegen den Ersteher hat das VGericht die Eintragung einer Sicherungshypothek zu bewirken (das. § 130). Damit ist seine und des Grundbuchamts Tätigkeit abgeschlossen. Alles übrige ist den Beteiligten (Ersteher, Gläubiger, Eventualberechtigten) überlassen. (Vgl. über die einzelnen möglichen Fälle Jaeckel ZVG. Anm. 5 zu § 51.)

6. Über die Behandlung der Hypothekenbriefe hat das ZVG. im § 127 folgende Vorschrift: „Wird der Brief über eine infolge der Versteigerung erloschene Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld vorgelegt, so hat das Gericht ihn unbrauchbar zu machen. Ist das Recht nur zum Teile erloschen, so ist dies auf dem Briefe zu vermerken." Eine besondere Vorschrift über das Verfahren in dem Falle, daß eine Gesamt-Brief-Hypothek ꝛc. von dem gänzlichen oder teilweisen Erlöschen betroffen wird, enthält das ZVG. nicht. Bei solcher Hypothek trifft der Satz 1 des § 127 nur dann zu, wenn sämtliche mithaftenden Grundstücke versteigert sind. Nur dann kann eine Unbrauchbarmachung des Briefes in Frage kommen, wenn die Hypothek auf sämtlichen Grundstücken erloschen ist. Da das Erlöschen der Hypothek am versteigerten Grundstück, abgesehen von dem Falle, wo der Gläubiger aus diesem nicht befriedigt ist, ihr Erlöschen an den anderen Grundstücken gemäß der Regel des § 1181 Abs. 2 BGB. dann nicht zur Folge hat, wenn dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einen Rechtsvorgänger desselben zusteht (BGB. § 1182), so muß das VGericht, weil es mit der Erörterung der Ersatzfrage nicht befaßt ist, stets das Bestehen eines Ersatzanspruchs voraussetzen. Es darf daher nicht unter Anwendung des § 127 Satz 1 ZVG. den Brief, welcher für den Ersatzberechtigten seine Bedeutung behält, unbrauchbar machen, sondern es hat, da es an einer anderen Bestimmung fehlt, auf dem Briefe unter Anwendung des Satzes 2 des § 127 das Erlöschen der Hypothek am versteigerten Grundstücke zu vermerken. Nur dann, wenn gemäß § 59 Abs. 2 GBO. ein besonderer Brief für das versteigerte Grundstück erteilt ist, hat es diesen unbrauchbar zu machen, während es die Briefe über die anderen Grundstücke unberührt läßt. Das VGericht hat den Brief über die Gesamthypothek demjenigen, welcher ihn eingereicht hat, oder mit dessen Zustimmung dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks zurückzugeben. Das Grundbuchamt erhält den Brief nicht mit dem Ersuchen des VGerichts um Löschung, da dessen Vorlegung weder zu diesem noch zu einem anderen vom VGerichte zu verfolgenden Zwecke erforderlich ist (ZVG. §§ 131, 136). Es bekommt den Brief erst dann zu Gesichte, wenn von den Beteiligten die Berichtigung des Grundbuchs der mithaftenden nicht versteigerten Grundstücke bei ihm beantragt wird (vgl. Anm. 2 u. 3 S. 984 f.). Dann muß die Vorlegung des Briefes erfolgen, damit darauf die erfolgten Eintragungen vermerkt werden (GBO. §§ 42, 62). Bleibt eine Gesamthypothek auf Grund einer Vereinbarung (ZVG. § 91) auf dem versteigerten Grundstück und als Ersatzhypothek des Subhastaten auf den mitverhafteten nicht versteigerten Grundstücken anderer Eigentümer bestehen, so müssen neue Briefe gebildet werden. Mit dem Briefe über die übernommene Hypothek ist die Urkunde über die Übernahmevereinbarung, mit dem anderen Briefe die ursprüngliche Urkunde zu verbinden.

§ 1183.

Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

1. Der § 1183 ergänzt in Verbindung mit den §§ 1192, 1199 die Vorschrift des § 875 für die Fälle, in denen das aufzuhebende Recht eine Hypothek (auch Sicherungshypothek), Grundschuld oder Rentenschuld ist. Es genügt dann zur Aufhebung nicht die Aufhebungserklärung des Gläubigers und die Löschung im Grundbuche (§ 875), sondern es muß die Zustimmung des Eigentümers hinzukommen. Wie der § 875 betrifft der § 1183 nur die Aufhebung der Hypothek ꝛc. durch *Rechtsgeschäft*. Das Erlöschen der Hypothek ꝛc. kraft des Gesetzes erfolgt unabhängig von den Erfordernissen der §§ 885 und 1183. Nach der nicht unbedenklichen Annahme des RG. (RJA. 3 S. 41) hat die bloße, nicht mit Quittung verbundene Löschungsbewilligung die Bedeutung der Aufhebung.

2. Da dem Eigentümer die Möglichkeit offen bleiben muß, die Hypothek zu erwerben, so kann der Gläubiger durch seine Verzicht- oder Aufhebungserklärung die Hypothek nicht aufheben, vielmehr muß daneben die Zustimmung des Eigentümers verlangt werden. Dadurch wird den Besonderheiten der Hypothek gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des § 875 Rechnung getragen. Nur *eine* rechtsgeschäftliche Erklärung ist zur Aufhebung der Hypothek abzugeben, und zwar vom Eigentümer des Grundstücks, daß er sein Recht aufgebe. Ihre Wirksamkeit wird allerdings dadurch bedingt, daß der Gläubiger sein Recht aufgegeben hat. Steht dem Eigentümer die Hypothek bereits zu, so bedarf es der Erklärung des Gläubigers nicht mehr. Neben der Aufhebungserklärung des Eigentümers bedarf es nicht noch seines beim Grundbuchamte zu stellenden Löschungsantrags (welchen § 1091 Abs. 1 Entw. I forderte), denn dieser Antrag hat nicht die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern ist nur als ein formeller, die Tätigkeit des Grundbuchamts in Bewegung setzender Akt aufzufassen. Hat der Eigentümer die Erklärung, die Hypothek aufzuheben, dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber abgegeben, so hat er sich damit des Rechtes begeben, über die Hypothek in anderer Art zu verfügen. Es steht ihm dann nur noch die Befugnis zu, die Löschung der Hypothek zu betreiben. (Vgl. Prot. III S. 615 VI.)

3. Es bedarf keiner Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über die Aufhebung der Hypothek nach der Vorschrift des § 873, sondern es genügen die einseitige Aufhebungserklärung des Gläubigers dem Grundbuchamt oder dem gegenüber, zu dessen Gunsten sie erfolgt (§ 875), und die einseitige Zustimmungserklärung des Eigentümers dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber. Beide Erklärungen müssen, ohne daß sie Bestandteile eines zweiseitigen Vertrags zu sein brauchen, zusammenkommen, damit die Aufhebung der Hypothek durch deren Löschung im Grundbuche bewirkt wird. Da für die Erklärungen, welche die Beteiligten in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts abzugeben haben, eine bestimmte Wortfassung nicht vorgeschrieben ist, insbesondere nicht verlangt wird, daß sie sich gerade den im Gesetze gebrauchten Worten anschließen, so findet die allgemeine Vorschrift des § 133 BGB. Anwendung, wonach bei der Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Die durch Auslegung gewonnene tatsächliche Feststellung, daß in den Erklärungen des Gläubigers und des Eigentümers die Bewilligung der Löschung und die zur Aufhebung der Hypothek erforderliche Zustimmung des Eigentümers enthalten und zum Ausdruck gebracht sind, kann daher mit der Revision nicht angefochten werden. (RG. E. 52 S. 411.)

Der Eigentümer kann seine Zustimmung dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger mündlich oder schriftlich zugehen lassen. Daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen sei, wird weder zu seiner Zustimmung noch zu seinem Antrag auf Löschung gefordert. Zustimmung und Antrag können wirksam auch vom Erben des eingetragenen Eigentümers erklärt werden. (RG. RJA. 3 S. 41, JW. 23 S. A 236; a. M. Biermann Nr. 4.) Auf die Wirksamkeit der Zustimmung ist es ohne Einfluß, daß der Eigentümer nach der Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130). Der § 878 findet hier keine Anwendung; auch ohne daß seine Voraussetzungen erfüllt sind, muß der Konkursverwalter die von dem Eigentümer vor der Eröffnung des Konkurses unwiderruflich erklärte Zustimmung gelten lassen (RG. E. 52 S. 411). Die Zustimmung des Eigentümers kann der Aufhebungserklärung des Gläubigers vorhergehen oder nachfolgen. Bedeutung erlangt sie aber erst durch den Hinzutritt dieser, da sie allein nicht zur Aufhebung führen kann.

Seine Zustimmung kann der Eigentümer dem Grundbuchamte gegenüber auch durch den Löschungsantrag erklären. Da durch solchen Antrag zugleich eine nach materiellem Rechte zur Löschung erforderliche Erklärung ersetzt wird, unterliegt er den Formvorschriften des § 29 GBO. Hat der Eigentümer seine Zustimmung bereits in der Form des § 29

GBO. erklärt, so genügt für die Löschung sein privatschriftlicher Antrag unter Beilegung der formgerecht erklärten oder der gemäß des § 894 ZPO. durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Aufhebungserklärung des Gläubigers (GBO. § 30). Auch der Gläubiger kann unter Beilegung seiner formgerechten Aufhebungserklärung (Löschungsbewilligung) und der formgerechten Zustimmungserklärung des Eigentümers oder dessen rechtskräftiger Verurteilung dazu (ZPO. § 894) die Löschung formlos in Antrag bringen (GBO. §§ 30, 13). (Vgl. RG. RJA. 3 S. 35.)

Steht das mit der aufzuhebenden Hypothek belastete Grundstück im Miteigentume, so ist die Zustimmung aller Miteigentümer, auf deren Anteilen die Hypothek haftet, erforderlich, wenn nicht nach gesetzlicher Vorschrift die Zustimmung des einen Miteigentümers durch die des anderen ersetzt wird, wie die Zustimmung der Ehefrau durch die des Ehemanns zur Löschung einer auf dem gütergemeinschaftlichen Grundstücke haftenden Hypothek (RG. JW. 20 S. A 209, Bd 22 S. A 140). Auch bei Herabsetzung des Zinsfußes ist zur Löschung der Zinsprozente die Zustimmung aller Miteigentümer, deren Anteile belastet sind, erforderlich (RG. Rsp. 8 S. 209). Zur Aufhebung einer Gesamthypothek ist die Zustimmung der Eigentümer aller belasteten Grundstücke erforderlich, wenn sie auf allen Grundstücken aufgehoben werden soll (RG. RJA. 1 S. 120). Zur Aufhebung auf nur einem der Grundstücke unter Forthaltung der übrigen bedarf es der Zustimmung keines der Eigentümer, da die Hypothek in solchem Falle nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 am freigegebenen Grundstück erlischt. (Planck Nr. 2 d zu § 1183; a. M. Kretzschmar 1 S. 149.)

4. Die Hypothek wegen der Rückstände von Zinsen rc. erlischt nach § 1178 kraft Gesetzes, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Dazu bedarf es weder der Zustimmung des Eigentümers noch der Löschung im Grundbuche. (Vgl. Anm. zu § 1178.) Auch zur Aufhebung der Hypothekenvormerkung bedarf es der Zustimmung des Eigentümers nicht, da diese nicht zur Eigentümerhypothek werden kann (Anm. 8 S. 199; ebensowenig zur Vormerkung des Rechts auf Aufhebung der Hypothek (Biermann Nr. 3 zu § 1183).

5. Der Eigentümer kann seine Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek nicht unter dem Vorbehalt erteilen, einer anderen Hypothek von gleichem Betrage den Rang der aufgehobenen einzuräumen (vgl. Anm. 1 S. 972).

6. Hat der Gläubiger die Aufhebungserklärung mit der Absicht erteilt, daß sie nur zur Aufhebung der Hypothek, nicht aber zur Übertragung der Hypothek auf den Eigentümer dienen soll, so kann sie nur zur Löschung der Hypothek führen; sie hat daher, solange die zur Aufhebung der Hypothek erforderliche Zustimmung des Eigentümers fehlt, für sich allein noch keine rechtliche Wirkung, sondern erlangt diese erst in Verbindung mit der Zustimmung des Eigentümers. Dies ist namentlich von Bedeutung, wenn der Gläubiger die Aufhebung seiner Hypothek zugunsten eines neuen Gläubigers erklärt, der sich mit dem Eigentümer über die Bestellung einer anderweitigen Hypothek unter der Bedingung geeinigt hat, daß vorher die bestehende Hypothek aufgehoben werde; der neue Gläubiger ist dann dagegen gesichert, daß der Eigentümer die Aufhebungserklärung des Gläubigers zu einem anderen Zwecke als zur Löschung verwertet. Mit der Aufhebungserklärung des Gläubigers ist sein Verzicht auf die Hypothek nicht zu verwechseln, welcher den Erwerb der Hypothek seitens des Eigentümers zur Folge hat (§§ 1168, 1175). (RG. JW. 25 S. A 317). Der Verzicht des Gläubigers berechtigt zwar auch den Eigentümer zur Aufhebung der Hypothek durch Löschung, aber er dient nicht ausschließlich diesem Zwecke, sondern auf Grund des Verzichts kann der Eigentümer über die Hypothek auch durch Abtretung oder Verpfändung rc. verfügen. Während der Verzicht, der nur durch Eintragung in das Grundbuch Wirksamkeit erlangt, erst nach seiner Eintragung den Eigentümer zur Verfügung über die Hypothek und zur Löschung berechtigt, führt die Aufhebungserklärung des Gläubigers in Verbindung mit der Zustimmung des Eigentümers ohne Zwischeneintragung zur Löschung. Vgl Anm. 6 S. 935 und RG. Rsp. 6 S. 208. Verzicht und Aufhebung sind einseitige Rechtsgeschäfte.

Digitized by Google

7. In Übereinstimmung mit § 1183 schreibt § 27 GBO. vor, daß eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks gelöscht werden darf; beide Erklärungen werden aber vom BGB. als einseitige Rechtsgeschäfte behandelt, die sich selbständig gegenüberstehen (Prot. III S. 615 f; RG. JW. 24 S. A 218, Bd. 25 S. A 275).

8. Neben der Zustimmung des Eigentümers bedarf es in den Fällen, in welchen der Gläubiger der Hypothek ꝛc. von einem anderen als dem Eigentümer, vom persönlichen Schuldner (§§ 1164, 1174) oder von einem dazu berechtigen Dritten (§§ 1150, 268), vom Eigentümer eines der mehreren verhafteten Grundstücke, oder aus einem der mehreren verhafteten Grundstücke (§§ 1173, 1182) befriedigt wird, der Zustimmung des anderen zur Löschung, da auf diesen die Hypothek kraft Gesetzes übergeht oder doch übergehen kann, dessen Recht also von der Löschung betroffen wird (GBO. § 19).

9. Ein Grundstück entpfänden bedeutet, es von dem Pfandrechte befreien, insbesondere bezüglich seiner die Hypothek aufheben und löschen zu lassen. Verpflichtet sich der Gläubiger bedingt oder unbedingt zur Entpfändung (Freilassung oder Freigabe) eines Grundstücks oder Grundstücksteils, so hat er bei der Aufhebung der Hypothek durch Erteilung der Löschungsbewilligung mitzuwirken (BGB. § 1183; GBO. §§ 19, 27). Hierbei handelt es sich nicht um eine Verfügungsbeschränkung, eine Behinderung in der dinglichen Verfügungsmacht, sondern lediglich um die Übernahme einer obligatorischen Verbindlichkeit, über das eingetragene Recht in der vorgeschriebenen Weise zu verfügen. Auf derartige Verpflichtungen paßt nicht die Norm des § 137 BGB., sondern der § 883 BGB. Demnach kann der Anspruch aus einer Verpflichtung des Gläubigers zur Enthaftung des Grundstücks durch eine Vormerkung gesichert werden, wenn deren Voraussetzungen (§ 885) vorliegen. Verpflichtet sich z. B. der Gläubiger für den Fall, daß das Pfandgrundstück geteilt und für die auf ihm stehenden beiden Häuser Nr. 1 und 2 je ein besonderes Grundbuchblatt eröffnet werden sollte, das Grundstück mit dem Hause Nr. 2 zu entpfänden, sofern seine Hypothek auf dem Grundstücke mit dem Hause Nr. 1 hinter einer gewissen Summe zu stehen komme, und bewilligt und beantragt er die Eintragung dieser Verpflichtung, so ist diese Absicht, den Anspruch dinglich zu sichern, in der entsprechenden Rechtsform der Vormerkung zu verwirklichen. (RG. JW. 23 S. A 153.)

Sicherungshypothek.

Vorbemerkungen.

I. Eine Hypothek kann nur auf dem Wege die im Interesse des Realkredits nötige Verkehrsfähigkeit erlangen, daß der Schutz, welchen der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Erwerbung dinglicher Rechte gewährt, bei der Hypothek auf die Forderung erstreckt wird. Die Beteiligten brauchen aber von vornherein gar nicht die Absicht zu haben, in der Hypothek einen Verkehrsgegenstand zu schaffen, können vielmehr einzig und allein mit der Hypothekbestellung bezwecken, Sicherheit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten. Das ist namentlich der Fall, wenn für die aus der Amtsführung eines Vormundes oder eines Beamten oder für die aus einem laufenden Geschäftsverkehr entstehenden Forderungen eine Hypothek eingetragen wird, wenn also die Hypothek nur für die dem Mündel, dem Staate, dem Kreditgeber bei Beendigung des Verhältnisses zustehende Forderung bestellt sein soll. Dann kann die Hypothek nur insoweit geltend gemacht werden, als die Forderung, zu deren Sicherheit sie eingetragen wurde, wirklich zur Entstehung gelangt und nicht bereits wieder aufgehoben ist. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs muß insoweit, als der dingliche Anspruch von der Forderung abhängt, ausgeschlossen sein, weil sonst der Eigentümer einem Sondernachfolger des Gläubigers gegenüber in eine Lage geraten könnte, die jenem Zwecke zuwiderlaufen und mit der Gerechtigkeit sich nicht vereinigen lassen würde.

Dem hiernach vorhandenen Bedürfnis wurde bisher durch die sog. Kautionshypothek Rechnung getragen. Die Vorschriften darüber waren äußerst spärlich. Das PrALR. hatte im § 14 I 20 die Bestimmung: „Soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, so weit können dergleichen Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sichergestellt werden." Die Seite des Spezialitätsprinzips, wonach die eingetragene Forderung in ihrem Betrage bestimmt begrenzt sein muß, wurde erst später anerkannt. Anfänglich konnten, abgesehen von zwei Ausnahmen (ALR. II 18 § 431; V. v. 14. Januar 1813, GS. S. 3), in allen Fällen Kautionen zu unbestimmter Höhe eingetragen werden (ALR. I 20 §§ 485, 486; HypO. I § 56, II § 109 Nr. 5, § 192; Joh. 1 S. 41). Das PEigG. bestimmte dann im § 24: „Wenn die Größe eines Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Kautions-Hypotheken), so muß der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll." Außerdem enthielt dieses Gesetz nur noch im § 67 den Satz, daß die §§ 63—66, welche die Eigentümerhypothek betrafen, auf Kautionshypotheken keine Anwendung finden. Die Kautionshypothek wurde eingetragen zur Sicherung eines bestehenden oder zukünftigen Anspruchs, dessen Größe zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt war. Bis zum Höchstbetrage der Kautionshypothek haftete das Grundstück, aber die Hypothek konnte nur in dem Umfang und so weit geltend gemacht werden, als sich der Anspruch aus dem Geschäftsverkehre, für den sie bestellt war, herausstellte. Genügte der Schuldner einer Kautionshypothek seinen Verbindlichkeiten, so wurde damit nicht die Hypothek getilgt, vielmehr war die Hypothek überhaupt nicht entstanden. (RG. JW. 1882 S. 106.) — Die Praxis ließ die Kautionshypothek nicht nur für objektiv unbestimmte Ansprüche, deren Existenz und Höhe zur Zeit der Eintragung noch nicht zu übersehen war, wenn sie auch schon bestanden, sondern auch in den Fällen zu, wenn die Beteiligten eine an sich bestimmbare und bestimmte Forderung als eine unbestimmte, von späterer Feststellung abhängige behandelt wissen wollten, wo also die Unbestimmtheit des Anspruchs auf dem subjektivem Belieben der Beteiligten beruhte. Es wurde deshalb für statthaftet erachtet, daß die Beteiligten trotz der Möglichkeit einer festen Verkehrshypothek nur die Eintragung einer Kautionshypothek wollten und damit sich für die Hypothek als ein bloßes Sicherungsrecht entschieden, das nur durch den Nachweis des gesicherten Anspruchs getragen und durch die diesem entgegenstehenden Einreden beseitigt werden sollte. (Joh. 8 S. 224. KG. JW. 17 S. 79.) Für die Eintragung von Forderungen im Zwangsvollstreckungs- und Arrestverfahren wurden bisher in Preußen die feste Hypothek und die Vormerkung, nicht die Kautionshypothek, verwendet (ZVG. v. 1883 § 2 Nr. 1, §§ 6—12).

Der Entw. I e. BGB. enthielt unter der Überschrift „Sicherungshypothek" in den §§ 1125—1134 Bestimmungen über die lediglich zur Sicherung von Forderungen dienende Hypothek und über die Kautionshypothek als einer Unterart davon sowie über die Zwangshypothek und die Arresthypothek. „Das charakteristische Merkmal der Sicherungshypothek des Entwurfs liegt darin, daß der gute Glaube des Grundbuchs nicht für die Forderung gilt, für welche die Hypothek bestellt ist. Die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber. Praktisch äußert sich dies namentlich darin, daß der Schuldner alle Einreden, welche ihm aus der Forderung zustehen, insbesondere auch die nach der Eintragung der Hypothek entstandenen Einreden nicht nur gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger, sondern auch gegenüber jedem späteren Erwerber der Hypothek geltend machen kann. Eine derartige Hypothek ist nach dem Entwurf in zweifacher Weise möglich, entweder als gewöhnliche Kautionshypothek, bei der nur ein Höchstbetrag für eine ihrem Betrage nach zunächst noch unbestimmte Forderung eingetragen wird, oder aber als Sicherungshypothek im engeren Sinne, bei der zwar eine Hypothek zu einem festen Betrage für eine bestimmte Forderung eingetragen wird, bei welcher aber dem Eigentümer vorbehalten bleibt, Einreden aus der Forderung gegenüber jedem Gläubiger, auch gegenüber dem gutgläubigen Zessionar geltend zu machen." (Prot. III S. 689.)

Bei der 2. Lesung wurde streitig, ob formell als Sicherungshypothek nur eine Kautionshypothek zuzulassen sei, bei der die Feststellung der Forderung sich nicht nur auf deren Umfang, sondern auch auf deren Existenz erstrecken müsse. Die Mehrheit beschloß jedoch, „daß neben der Kautionshypothek eine Hypothek zu einem festen Betrag unter Zufügung eines Zinssatzes solle eingetragen werden können, bei welcher dem Eigentümer seine Einreden aus der Forderung auch gegen den gutgläubigen Erwerber erhalten bleiben." Sie fand es der Gerechtigkeit entsprechend, daß der Eigentümer nicht gezwungen werde, sich Gefahren auszusetzen, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbunden seien. Er müsse vielmehr in die Lage versetzt werden, bei Eintragung der Hypothek sich alle Einreden auch gegen den gutgläubigen Erwerber der Hypothek zu erhalten, welche ihm gegen die zugrunde liegende Forderung entstanden seien oder erwachsen würden. Dem entspreche die Sicherungshypothek des Entwurfs, welche dem Schuldner die Möglichkeit gewähre, sich die wesentlichen Vorteile des Grundbuchs zunutze zu machen, ohne dessen Gefahren zu übernehmen. (Prot. III S. 680—682.)

Digitized by Google

Im BGB. ist aus dem Entw. I als Sicherungshypothek nicht nur die Kautionshypothek beibehalten (§ 1190), sondern es ist den Beteiligten auch in solchen Fällen, in denen eine ihrem Grunde und Betrage nach bestimmte Forderung hypothekarisch gesichert werden soll, die Möglichkeit gegeben, statt einer verkehrsfähigen Brief- oder Buchhypothek eine Sicherungshypothek zu begründen (§ 1184). Außerdem ist als Sicherungshypothek die Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem Orderpapier aufgenommen (§§ 1187—1189), welche dem bisherigen preuß. Rechte fremd und von der I. Kommission der Spezialgesetzgebung vorbehalten war (Anm. I zu § 1187—1189). Dagegen sind die Vorschriften über die Zwangshypothek und die Arresthypothek, wenngleich diesen Hypotheken die rechtliche Natur der Sicherungshypothek belassen ist, in die Zivilprozeßordnung verwiesen (Prot. III S. 700—703, 711).

II. 1. Das Charakteristische der Sicherungshypothek des BGB. besteht darin, daß sie rein akzessorisch ist. Durch ihre Eintragung wird zwar die dingliche Haftung des Grundstücks endgültig in Höhe des Betrags der eingetragenen Forderung begründet, so daß die Hypothek auch bestehen bleibt, wenn sich ergibt, daß die Forderung ganz oder zum Teile keinen rechtlichen Bestand hat. Die eingetragene Forderung wird durch die Hypothek nur so weit gesichert, als sie besteht. Ist die Forderung nicht entstanden oder weggefallen, so wird ihr Bestand durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht geschützt. Soweit sie sich als unwirksam erweist, steht die Hypothek dem Eigentümer zu (§ 1163). Diese im § 1184 Abs. 1 hervorgehobene Besonderheit ist einer jeden Sicherungshypothek eigen. Die Sicherungshypothek, welche für eine ihrem Betrage nach bestimmte Forderung eines bestimmten Gläubigers bestellt ist (Sicherungshypothek im engeren Sinne), unterscheidet sich hierdurch allein von der gewöhnlichen Hypothek. Bei der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem anderen indossablen Papiere (Inhaberhypothek) kommt als weiteres Unterscheidungsmerkmal die Unbestimmtheit der Person des Gläubigers (§§ 1187—1189) und bei der Kautionshypothek die Unbestimmtheit des Betrags der Forderung (§ 1190) hinzu.

2. Bei der Sicherungshypothek im engeren Sinne kann ihre Besonderheit nur dadurch erkennbar gemacht werden, daß sie im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet wird. Sie muß deshalb mit dieser Bezeichnung eingetragen sein, um gegenüber einem mit der Sachlage unbekannten Dritten als Sicherungshypothek zu gelten (§ 1184 Abs. 2). Bei der Inhaberhypothek und bei der Kautionshypothek ergibt sich aus den im Eintragungsvermerk enthaltenen besonderen Merkmalen, bei der einen daraus, daß eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem anderen indossablen Papiere, bei der anderen daraus, daß der Höchstbetrag einer noch festzustellenden Forderung eingetragen ist, ohne weiteres, daß sie nach dem Gesetze die Eigenschaft der Sicherungshypothek haben. Diese beiden Arten der Hypothek gelten deshalb als Sicherungshypotheken jedem Dritten gegenüber auch dann, wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet sind (§ 1187 Satz 2, § 1190 Abs. 3). Vgl. Anm. 3 zu § 1184.

3. Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen (§ 1185 Abs. 1). Die Abtretung der dadurch gesicherten Forderung erfordert daher, wie die einer jeden durch Buchhypothek gesicherten Forderung, außer der Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem neuen Gläubiger die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch (§ 1154 Abs. 3, § 873). Diese Konsequenz war im Entw. I gezogen, jedoch war im § 1129 Abs. 4 — wie § 1190 Abs. 4 BGB. — die Abtretung der Forderung ohne Eintragung mit der Rechtsfolge zugelassen, daß die Hypothek auf den neuen Gläubiger nicht übergehe. Bei der 2. Lesung wollte man das Erfordernis der Eintragung für die Abtretung nicht anerkennen, weil es bei der Buchhypothek eng zusammenhänge mit der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung, dieser Grund aber nach der Natur der Sicherungshypothek bei dieser nicht zutreffe, weil es auch für den praktisch wichtigsten Anwendungsfall der Sicherungshypothek, die Kautionshypothek, der

Auffassung des Lebens nicht entspreche. Es wurde deshalb für empfehlenswert erachtet, die gesetzliche Regel für die Abtretung einer durch Sicherungshypothek gesicherten Forderung so zu gestalten, daß sie für die Kautionshypothek passe, nicht aber für diese eine Ausnahme notwendig mache (Prot. III S. 684 D). Infolge davon findet sich im § 1094 Entw. II als für alle Arten der Sicherungshypothek geltend, die Bestimmung: „Im Falle der Übertragung der Forderung kann der Übergang der Sicherungshypothek ausgeschlossen werden. Die Ausschließung hat die Wirkung eines Verzichts auf die Hypothek." Dagegen fehlten selbstverständlich besondere Vorschriften für die Abtretung bei der Inhaberhypothek und bei der Kautionshypothek. In dem vom Bundesrate dem Reichstage vorgelegten Entwurfe (§§ 1167—1173) ist dann durch Weglassung des § 1094 Entw. II und Hinzufügung von Vorschriften, wie sie im § 1187 Satz 3 und § 1190 Abs. 4 BGB. beibehalten sind, die Abtretung wieder so geregelt, wie im Entw. I. Mangels einer abweichenden Vorschrift verbleibt es hiernach für die Abtretung der durch Sicherungshypothek im engeren Sinne gesicherten Forderung bei der Regel des § 1154 Abs. 3, daß dazu die Eintragung der Abtretung erforderlich ist. Vgl. im übrigen Anm. 4 zu § 1185.

§ 1184.

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek).

Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden.

Literatur. Cuandt. Die schlichte Sicherungshypothek nach neuem deutschen Reichsrecht. Berlin, 1904. Böckel. Die Sicherungshypothek, Diss. Jena 1901.

1. Der im Abs. 1 enthaltene Satz, daß das Recht des Gläubigers aus der Sicherungshypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, wird durch die Ausschließung der Anwendung des § 1138 auf die Sicherungshypothek (§ 1185 Abs. 2) dahin vervollständigt, daß dem Eigentümer alle auf die Forderung bezüglichen Einreden auch gegen den gutgläubigen Erwerber der Hypothek zustehen. Nur die Einrede der Verjährung ist durch § 902 ausgeschlossen.

2. Aus § 1184 Abs. 1 ergibt sich für den Begründungsvertrag, daß die Absicht der Vertragschließenden, eine Sicherungshypothek zu schaffen, außer Zweifel gestellt sein muß, wenn auch der Gebrauch des Wortes „Sicherungshypothek" nicht erforderlich ist. „Wenn das Gesetz zur Entstehung der Hypothek die Eintragung in das Grundbuch erfordert (§§ 873, 1113, 1115), so muß es dasselbe Erfordernis auch für die in der Sicherungshypothek enthaltene Beschränkung der Hypothek aufstellen. Die Sicherungshypothek muß als solche bei der Eintragung bezeichnet werden, um Täuschungen über den Inhalt des eingetragenen Rechtes zu verhüten. Unterbleibt die Bezeichnung im Widerspruche mit der Eintragungsbewilligung, so liegt es nahe, dem Gläubiger eine den Vorschriften über die Sicherungshypothek nicht unterworfene Hypothek zuzuschreiben. In Wirklichkeit entspricht jedoch diese Auffassung nicht der Bedeutung des Eintragungsprinzips. Vielmehr ist in dem unterstellten Falle mehr eingetragen, als nach der Bewilligung des Eigentümers eingetragen werden durfte, das Grundbuch mithin unrichtig und der Gläubiger nach § 894 verpflichtet die Berichtigung zu bewilligen; erst in der Hand eines Dritten, dem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, wird die Hypothek zu einer gewöhnlichen Hypothek. Der praktische Unterschied zwischen dieser und jener Auffassung beschränkt sich übrigens darauf, daß nach der letzten der Berichtigungsanspruch nicht stattfindet. Hiervon abgesehen, ist das Ergebnis dasselbe, da der Eigentümer die ihm gegen die Forderung zustehenden Einwendungen, solange über sie nicht verfügt ist, stets unbeschränkt, im Falle der Verfügung zugunsten eines mit der Sachlage unbekannten Dritten aber, auch bei materiell vorhandener,

obschon aus dem Grundbuche nicht ersichtlicher Sicherungshypothek, gegen den dinglichen Anspruch nicht geltend machen kann." (Mot. III S. 764.) Deshalb, weil die Bezeichnung als Sicherungshypothek unterlassen ist, ist die Eintragung nicht nichtig, sondern der Eigentümer hat nur einen Berichtigungsanspruch auf Änderung der Bezeichnung (Gierke SR. S. 898 Anm. 3; a. M. Planck Nr. 3 b, Biermann Nr. 2 a zu § 1184).

Auch das Urteil, wodurch nach § 894 ZPO. die Einigung und die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ersetzt wird, muß auf Bestellung einer Sicherungshypothek lauten, wenn eine solche bestellt werden soll. Ist der Eigentümer schlechthin zur Bestellung einer Hypothek verurteilt, so muß eine gewöhnliche Hypothek eingetragen werden.

Sobald der Grundbuchrichter den Widerspruch zwischen der Eintragung und der Eintragungsbewilligung oder dem Urteile bemerkt, muß er von Amts wegen nach § 54 Abs. 1 GBO. einen Widerspruch eintragen und den Besitzer des Briefes zur Vorlegung nach § 62 GBO. anhalten.

3. In gewissen Fällen ist den Beteiligten die ihnen der Regel nach zustehende Wahl zwischen einer gewöhnlichen Hypothek und einer Sicherungshypothek nicht gestattet, sondern es entsteht durch die Eintragung kraft Gesetzes nur eine Sicherungshypothek oder es darf nur eine Sicherungshypothek eingetragen werden. Eine Inhaberhypothek und eine Höchstbetragshypothek gelten als Sicherungshypotheken, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet sind (§ 1187 Satz 2, § 1190 Abs. 3). Nur Sicherungshypotheken dürfen eingetragen werden: für die Forderung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung und zur Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück (ZPO. §§ 866—868, 932); im Zwangsversteigerungsverfahren auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts gemäß §§ 130, 145 ZVG. für die Forderung gegen den Ersteher (das. §§ 118, 128, 129, 134), und zwar wegen der diesen Sicherungshypotheken nach § 128 Abs. 3 Satz 2, §§ 129, 131 Abs. 1 Satz 1 anhaftenden Besonderheiten mit dem Bemerken, daß die Eintragung auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist (§ 130 Abs. 1 Satz 2, § 145; vgl. Anm. 3 a S. 978); für den Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Vormund, Pfleger oder Beistand auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts gemäß § 54 RGFG.; für die nach Landesrecht gemäß Art. 91 EG. z. BGB. einzutragenden Forderungen des Fiskus ꝛc. Sicherungshypotheken entstehen ohne Einigung und Eintragung in den Fällen des § 1287 BGB. und des § 848 ZPO. (vgl. Nr. 4 b, c S. 275 f.). Die Einräumung einer Sicherungshypothek kann verlangt werden für die Forderungen des Unternehmers eines Bauwerks aus dem Vertrage (BGB. § 648). Selbstverständlich kann für solche Forderungen eine gewöhnliche Hypothek bestellt werden. Vom Vorbehalte des Art. 91 EG. z. BGB. ist in Preußen kein Gebrauch gemacht.

4. „Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet" (BGB. § 238 Abs. 2).

5. Die Übergangsvorschriften in Ansehung der Kautionshypotheken alten Rechtes, der älteren hessischen nicht umgewandelten Hypothek, der rheinischen Privilegien und Hypotheken sind in den Art. 192, 193, 195 EG. z. BGB. und im Art. 33 PAG. z. BGB. enthalten (vgl. Nr. VI S. 714).

§ 1185.

Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen.

Die Vorschriften der §§ 1138, 1139, 1141, 1156 finden keine Anwendung.

1. Nach früherem preuß. Rechte wurde auch über Kautionshypotheken ein Hypothekenbrief ausgefertigt, wenn nicht darauf verzichtet wurde (GBO. v. 1872 § 122). Die im § 1185 Abs. 1 BGB. enthaltene Vorschrift über den Ausschluß der Erteilung des Hypothekenbriefs bei der Sicherungshypothek ist aus dem § 1127 Entw. 1 übernommen (Prot. III S. 682 f.). In den Motiven (III S. 765) wird sie so gerechtfertigt: „Das Institut des

Hypothekenbriefs bezweckt lediglich die Erleichterung des Verkehrs mit Hypotheken. Es kann daher auf die nicht für diesen Verkehr bestimmte Sicherungshypothek nicht ausgedehnt werden. In dem geltenden Rechte findet sich freilich eine entsprechende Bestimmung nicht. Hierauf ist aber kein Gewicht zu legen, da die Landesgesetzgebung überhaupt weder das eine noch das andere Institut mit voller Konsequenz und Klarheit entwickelt hat. Betont man den Gegensatz zwischen der gewöhnlichen (verkehrsfähigen) Hypothek und der Sicherungshypothek so scharf, wie das BGB., so kann man, ohne das Wesen der letzteren zu verdunkeln, auch nicht auf eine bezügliche Anweisung an die Buchbehörde sich beschränken; vielmehr muß die Unzulässigkeit der Bildung des Hypothekenbriefs als materieller Rechtssatz für die Sicherungshypothek ausgesprochen und hierdurch die Unanwendbarkeit der den Hypothekenbrief betreffenden Vorschriften auf die Form der Hypothek außer Zweifel gestellt werden." Auf Sicherungshypotheken finden demgemäß nicht Anwendung die §§ 1116, 1117, 1140, 1145, 1152, 1154 Abs. 1 u. 2, 1155, 1160—1162, 1163 Abs. 2, 1168 Abs. 3, 1170 Abs. 2 Satz 2, 1171 Abs. 2 Satz 2 und die §§ 1144, 1150, 1167, soweit sie sich auf den Hypothekenbrief beziehen.

Da die Ausschließung der Erteilung des Briefes für alle Sicherungshypotheken durch das Gesetz angeordnet ist, kann auch durch die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger eine Sicherungshypothek nicht als Briefhypothek begründet werden, und bedarf es daher der Eintragung der Ausschließung in das Grundbuch, welche § 1116 Abs. 2 Satz 3 für gewöhnliche Hypotheken vorschreibt, nicht. Aus der Bezeichnung „Sicherungshypothek" ergibt sich ohne weiteres, daß ein Hypothekenbrief nicht erteilt ist. Die Eintragung wird dem Gläubiger und dem Eigentümer bekannt gemacht (GBO. § 55).

II. Im § 1185 Abs. 2 wird bestimmt, welche von den auf die Buchhypothek bezüglichen Vorschriften von der Anwendung auf die Sicherungshypothek ausgeschlossen sind. Im übrigen unterliegt die Sicherungshypothek den Vorschriften über die gewöhnliche Hypothek. Der Abs. 2 des § 1125 Entw. I, der dies ausdrücklich hervorhob, ist bei der 2. Lesung als überflüssig gestrichen.

1. Das Wesen der Sicherungshypothek besteht darin, daß für sie der Grundsatz wonach bei der gewöhnlichen Hypothek die Forderung gerade so wie ein eingetragenes dingliches Recht unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs tritt, keine Geltung hat. Dieser Grundsatz (§§ 891—899) hat zugleich mit der für die Richtigkeit des Buchinhalts streitenden Vermutung, welche sich von ihm nicht trennen läßt, im § 1138 dahin seinen Ausdruck gefunden, daß für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden die Vorschriften der §§ 891—899 gelten. Mit dem Begriffe der Sicherungshypothek (§ 1184) ist die Anwendung des § 1138 nicht zu vereinigen. (Mot. III S. 764; Prot. III S. 682 A.)

Der Gläubiger kann sich zur Begründung der dinglichen Klage aus der Sicherungshypothek für das Bestehen der Forderung nicht auf die Vermutung des § 891 berufen, sondern muß das Entstehen der Forderung nachweisen. Er muß sich alle Einwendungen gegen die Forderung entgegenstellen lassen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Grundbuch eingetragen sind oder ihm beim Erwerbe der Sicherungshypothek bekannt waren, mögen sie zu den im § 1137 bezeichneten Einreden gehören oder Einwendungen gegen das Bestehen der Forderung sein, mögen sie vor der Übertragung der Forderung oder nachher entstanden sein. Dagegen gelten die Vermutungen des § 891 auch für Sicherungshypotheken insoweit, als sie das Entstehen und Bestehen des eingetragenen dinglichen Rechtes und das Nichtbestehen des gelöschten Rechtes betreffen und als sie den eingetragenen Gläubiger und keinen anderen bis dahin zur Geltendmachung des dinglichen Rechtes legitimieren, daß der Gegenbeweis vom Eigentümer erbracht wird (so auch Oberneck 1 S. 950). Auch die Einreden des § 1157, die sich nicht gegen die Forderung, sondern gegen das dingliche Recht richten, stehen dem Eigentümer zu, da der § 1157 von der Anwendung auf Sicherungshypotheken nicht ausgeschlossen ist. Auch der Gläubiger einer Sicherungshypothek kann

sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegen Einwendungen berufen, die sich gegen die Hypothek richten, z. B. gegen die Einwendung, daß die Hypothek nicht bestehe, weil der, welcher sie als eingetragener Eigentümer des Grundstücks bestellt hat, nicht der wirkliche Eigentümer gewesen sei, oder weil die Eintragung nicht auf einer Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger oder weil sie auf einer nichtigen Einigung beruhe. Der Eigentümer kann sich dergleichen Einwendungen durch Eintragung eines Widerspruchs erhalten und sichern (§ 892). Der wirkliche Gläubiger muß gemäß § 893 die an den eingetragenen Gläubiger erfolgte Leistung und ein von dem Eigentümer mit diesem geschlossenes Rechtsgeschäft, sofern dies nur das dingliche Recht und nicht die Forderung betrifft, gegen sich gelten lassen (Planck Nr. 1 b Abs. 2, Fuchs Nr. 4; a. M. Biermann Nr. 2 a zu § 1185). Vgl. auch Anm. zu §§ 1137, 1138 und über die Behandlung der Sicherungshypothek in der Zwangsversteigerung Lafrenz in Gruch. 46 S. 335.

2. Der § 1139 bezweckt, den Eigentümer gegen die Gefahren zu schützen, welche für ihn damit verbunden sind, daß der § 1138 die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Forderung ausdehnt, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist. Der § 1138 aber ist begriffsmäßig von der Anwendung auf die Sicherungshypothek ausgeschlossen. Die Bestimmungen des § 1139 können daher gleichfalls auf sie nicht angewendet werden. (Mot. III S. 766 Nr. 2; Prot. III S. 682 A.) Der Eigentümer kann den Empfang des Darlehns auch gegen den späteren Gläubiger in Abrede stellen, ohne daß ein Widerspruch eingetragen ist.

3. Aus der akzessorischen Natur der Hypothek ergibt sich, daß die Fälligkeit der Forderung als Voraussetzung des dinglichen Anspruchs gegen den Schuldner eingetreten sein muß, mithin, wenn die Forderung auf Kündigung steht, nur durch eine dem Schuldner vom Gläubiger oder diesem von jenem erklärte Kündigung herbeigeführt werden kann. Wenn hiervon im § 1141 abgewichen ist, so ist dies lediglich mit Rücksicht auf den Hypothekenverkehr geschehen. Diese Rücksicht aber macht sich bei der Sicherungshypothek nicht geltend. Von einer Übertragung des § 1141 auf diese ist daher abgesehen. Es bleibt also bei der Rechtskonsequenz, daß bei der Kündigung einer Forderung, für die eine Sicherungshypothek bestellt ist, außer dem Gläubiger nur der Schuldner, der Eigentümer dagegen, der nicht der Schuldner ist, weder aktiv noch passiv, weder als der, der kündigen, noch als der, dem gekündigt werden darf, in Betracht kommt. (Mot. III S. 765.)

Die unter Kündigung stehende Forderung (vgl. Anm. 1 S. 852), für die eine Sicherungshypothek besteht, ist nur dadurch fällig zu machen, daß der Gläubiger dem Schuldner oder der Schuldner dem Gläubiger kündigt. Ist der Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so ist die Kündigung des Eigentümers oder an den Eigentümer weder erforderlich noch genügend. Nur auf Grund einer Kündigung des Schuldners oder an den Schuldner kann die dingliche Klage gegen den Eigentümer erhoben werden. Dem Eigentümer braucht nicht einmal eine Anzeige von der erfolgten Kündigung gemacht zu sein (vgl. Prot. III S. 683 C). Doch muß der Gläubiger dann die Kosten des Rechtsstreits tragen, wenn der Eigentümer den Anspruch sofort anerkennt, weil dieser durch sein Verhalten zur Klage keine Veranlassung gegeben hat (ZPO. § 93). Gegen die Gefahr, von der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück überrascht zu werden, ist der Eigentümer dadurch geschützt, daß sich der Gläubiger zunächst einen vollstreckbaren Titel gegen ihn verschaffen muß (ZVG. § 16). Ist die Person oder der Aufenthalt des Schuldners dem Gläubiger unbekannt, so findet nicht § 1141 Abs. 2, sondern § 132 Abs. 2 Anwendung.

4. Die Bestimmung des § 1153, daß mit der Übertragung der Forderung die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht und daß die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, sowie die für die Buchhypothek geltende Vorschrift des § 1154 Abs. 3, wonach zur Abtretung der Forderung nach § 873 die Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem neuen Gläubiger und die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erforderlich sind, werden im § 1185 von der

Anwendung auf die Sicherungshypothek nicht ausgeschlossen. Sie gelten also, soweit nicht für einzelne Kategorien der Sicherungshypothek Abweichendes bestimmt ist. Für die Sicherungshypothek im engeren Sinne sind abweichende Bestimmungen nicht gegeben. Auf diese finden daher jene beiden Bestimmungen unbedingt Anwendung (Nr. II 1 u. 3 S. 991 f.). Von der Regel des § 1153, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, ist für keine Art der Sicherungshypothek eine Ausnahme zugelassen. Dagegen ist die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 von der Anwendung auf die sog. Inhaberhypothek ausgeschlossen (§ 1187 Satz 3): die Abtretung der Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem indossablen Papier erfolgt, obwohl mit der Forderung die Hypothek übergeht, ohne Abtretungsvertrag (§ 398) und ohne Eintragung lediglich durch Übergabe der Urkunde (vgl. Anm. II 2 zu §§ 1187—1189). Und bei der Höchstbetragshypothek steht es in dem Belieben des Gläubigers, ob er die Forderung mit oder ohne Hypothek abtreten will; im letzten Falle ist zur Abtretung die Eintragung nicht erforderlich (§ 1190 Abs. 4; vgl. Anm. 9 dazu).

Nach § 1125 Abs. 1 Entw. I sollte auf die Sicherungshypothek der § 1156 Satz 1 BGB., wonach die Vorschriften der §§ 406—408 für den Anspruch aus der Hypothek keine Geltung haben, nicht Anwendung finden (Mot. III S. 764). Bei der 2. Lesung entschied man sich jedoch dafür, den § 1156 von der Anwendung auf die Sicherungshypothek auszuschließen (Prot. III S. 682 B). Die Bestimmungen der §§ 406—408 (vgl. Anm. 1 S. 895 f.) finden also gegenüber dem Erwerber einer durch Sicherungshypothek gesicherten Forderung Anwendung, ohne Unterschied, ob nur das persönliche oder ob auch das dingliche Recht geltend gemacht wird, ohne Unterschied, ob die Abtretung durch Eintragung oder ohne solche erfolgt ist, ohne Unterschied, ob mit der Forderung die Hypothek abgetreten ist oder nicht. Der Erwerber der Sicherungshypothek kann sich daher, auch wenn sein Erwerb im Grundbuch eingetragen ist, gegen die nach der Abtretung der Forderung entstehenden Einreden nur dadurch schützen, daß er den Eigentümer und den Schuldner von der Abtretung in Kenntnis setzt.

5. Nach § 1128 Entw. I sollten auf die Sicherungshypothek die auf die Eigentümerhypothek bezüglichen Vorschriften, soweit diese den Fall betreffen, wo der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, keine Anwendung finden; in diesem Falle sollte die Befriedigung des Gläubigers den Untergang seiner Rechte zur Folge haben. Dagegen sollte der den Gläubiger befriedigende Eigentümer, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, die Forderung und mit ihr die Hypothek erwerben. (Mot. III S. 766.) Im Anschlusse hieran wurde bei der 2. Lesung beantragt, die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und den Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner von der Anwendung auf die Sicherungshypothek auszuschließen. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt. Regelmäßig, meinte man, müßten die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auch für die Sicherungshypothek gelten. Inbetreff der Vorschriften über den Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner sah man keinen Grund, dieselben von der Anwendung auf die Sicherungshypothek auszuschließen. (Prot. III S. 685—688 E.) Von der Anwendung auf die Sicherungshypothek sind also nicht ausgeschlossen die §§ 1143, 1163 Abs. 1, 1164, 1179 (RG. E. 55 S. 217). Schwierigkeiten entstehen dadurch nur bei der Höchstbetragshypothek (vgl. Anm. 10 zu § 1190).

Daß die im Wege der Zwangsvollstreckung oder zur Vollziehung des Arrestes eingetragene Sicherungshypothek auf den Eigentümer übergeht, ist in den §§ 868, 932 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich vorgeschrieben, und daß die nach §§ 130, 145 ZVG. einzutragenden Sicherungshypotheken für die Forderung gegen den Ersteher sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen können, ergibt sich aus § 128 Abs. 3 das.

Um den Übergangsschwierigkeiten für einzelne Landesteile zu begegnen, ist durch Art. 194 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten, zu bestimmen, daß ein Gläubiger, dessen Pfandrecht zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art.

192), besteht, die Löschung eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechts, falls dieses sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, in gleicher Weise zu verlangen berechtigt ist, wie wenn zur Sicherung des Rechtes auf Löschung gemäß § 1179 BGB. eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wäre. In Preußen ist von diesem Vorbehalte kein Gebrauch gemacht.

6. Der Antrag, den § 1166 von der Anwendung auf die Sicherungshypothek auszuschließen, hat keinen Erfolg gehabt (Prot. III S. 686 F).

§ 1186.

Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

1. Daß Kautionshypotheken im Sinne des § 1190 BGB. in Hypotheken von bestimmter Größe umgeschrieben werden konnten, stand früher in Preußen außer Zweifel. Die Praxis forderte nur die Feststellung der Höhe des unbestimmten Anspruchs zwischen dem Kautionsschuldner und dem Gläubiger und erkannte ein Widerspruchsrecht der gleich- und nacheingetragenen Gläubiger nicht an (OTrib. Arch. 91 S. 289; RG. E. 5 S. 234), machte aber die Umschreibung von der Einwilligung des Eigentümers abhängig, wenn dieser nicht der Kautionsschuldner war (KG. JW. 10 S. 328). Es wurde auch die Umschreibung einer Kautionshypothek in eine Grundschuld für zulässig erachtet, wenn zugleich die Voraussetzungen der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld (PEigG. § 29) vorlagen. (Turnau I S. 384 Anm. 8.)

Der § 1134 Entw. I gestattete nur die Umwandlung der Sicherungshypothek beiderlei Art (§§ 1184, 1190 BGB.) in eine gewöhnliche Hypothek und erforderte dazu einen zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks, dem Gläubiger und den diesem im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu schließenden Vertrag und Eintragung in das Grundbuch. Ein praktisches Bedürfnis für die Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek sei nirgends hervorgetreten. (Mot. III S. 776.) Bei der 2. Lesung hielt man für überflüssig, besonders auszusprechen, daß bei einer Kautionshypothek (§ 1190) der Betrag der Forderung nachträglich festgestellt werden könne, da bei der Umwandlung immer ein bestimmter Betrag festgestellt werden müsse. Daß zur Umwandlung ein Vertrag zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und dem Gläubiger erforderlich sei, wurde nicht bemängelt. Von der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten wurde dagegen abgesehen, weil auch bei der Sicherungshypothek der Grundsatz angenommen sei, daß der Eigentümer die Hypothek erwerbe, wenn die Forderung, für welche sie bestellt sei, nicht bestehe oder erlösche (BGB. § 1163 Abs. 1, § 1185 Abs. 2 und Anm. 5 S. 996). Der Antrag, für den Fall, daß bei der Kautionshypothek der Umfang der Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage festgestellt werde, die Auslegungsregel aufzustellen, daß die Hypothek für den Überschuß als aufgehoben zu gelten habe, wenn der Eigentümer sich bei der Feststellung die Hypothek für den Überschuß nicht durch einen im Grundbuch einzutragenden Vorbehalt reserviert habe, wurde abgelehnt, weil kein Anlaß vorliege, von dem hinsichtlich der Eigentümerhypothek beschlossenen Prinzip eine Ausnahme zu machen. Um Irrtümern Dritter darüber vorzubeugen, ob bei einer den Höchstbetrag nicht erreichenden Feststellung der Forderung die Hypothek auf den Überschuß wegfallen solle oder nicht, wurde für erforderlich gehalten, daß vom Grundbuchamte der wirkliche Sachverhalt mit hinreichender Deutlichkeit durch die Fassung der Eintragungsformel ersichtlich gemacht werde. Daß die §§ 873, 878 BGB. entsprechend anwendbar seien, daß ferner die §§ 892, 893 auf eine durch Umwandlung einer Sicherungshypothek begründete gewöhnliche Hypothek ohne weiteres anwendbar erscheinen, und daß auch der § 1119 entsprechend anwendbar sei, wurde angenommen. (Prot. III S. 692 f.)

2. Der Wortlaut des § 1186 ergibt, daß nicht nur eine Sicherungshypothek in eine gewöhnliche (Buch- oder Brief-) Hypothek, sondern daß auch eine gewöhnliche Hypothek in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden kann. Daß die Zulässigkeit der Umwandlung beide Arten der Sicherungshypothek (§§ 1184, 1190) betrifft, unterliegt gegenüber den Vorschriften der §§ 1186, 1190 Abs. 3 keinem Zweifel. Unbedenklich ist auch, daß eine Sicherungshypothek sofort in eine Grundschuld oder Rentenschuld umgewandelt werden darf; denn nach der Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek

Digitized by Google

würde die Umwandlung dieser in eine Grundschuld nach § 1198 und die Umwandlung der Grundschuld in eine Rentenschuld nach § 1203 zulässig sein. Die Umwandlung einer Grund- oder Rentenschuld in eine Sicherungshypothek wird kaum vorkommen; gesetzlich steht auch ihr nichts entgegen.

Die Umwandlung einer Belastung des Grundstücks mit einem Rechte anderer Art als dem bisherigen enthält eine Änderung des Inhalts des Rechtes im Sinne des § 877 (vgl. Anm. dazu S. 149 f.). Es bedarf deshalb dazu gemäß § 873 der Einigung des Eigentümers und des Gläubigers über die Umwandlung und der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich (§ 1186 Satz 2), weil deren Rechte durch die Umwandlung nicht betroffen werden; denn sie müssen die ihnen gleich- oder vorstehende Hypothek zum eingetragenen Betrage gelten lassen ohne Rücksicht darauf, ob sie eine Sicherungshypothek oder eine gewöhnliche Hypothek oder eine Grundschuld ist oder ob für die Hypothek eine Forderung besteht oder nicht (§ 1163). Die Frage, ob es der Zuziehung des vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners zur Umwandlung der Sicherungshypothek bedarf, ist bei den Beratungen nicht erörtert. Sie muß verneint werden. Selbstverständlich hat die Feststellung der Forderung, die nur zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger getroffen ist, gegen den persönlichen Schuldner keine Wirkung. Aber ebendeshalb wird sein Verhältnis zum Gläubiger durch die Umwandlung auch nicht berührt. Denn die Umwandlung vollzieht sich lediglich durch Eintragung auf Grund der Einigung des Eigentümers und des Gläubigers darüber, daß an die Stelle der Sicherungshypothek eine gewöhnliche Hypothek eingetragen werden soll, der zwar regelmäßig die Feststellung der Forderung vorausgehen wird, deren gesetzliche Voraussetzung jedoch nicht diese, sondern die Einigung bildet. Wird vom Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner die Forderung geltend gemacht, für welche die Sicherungshypothek bestellt war, so erleidet das Einrederecht des Schuldners eine Einbuße weder dadurch, daß die Forderung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger festgestellt ist, noch dadurch, daß die Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt ist. Nur durch seine Genehmigung kann für den Schuldner die ohne ihn getroffene Feststellung der Forderung bindend werden (§ 185). Dieses gilt auch für die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) in eine gewöhnliche Hypothek (Planck Nr. 2 Abs. 3, Fuchs S. 661 Lit. bb, Biermann, Endemann, Maenner, Fischer, Oberneck, Kober, Predari, KG. RJA. 3 S. 154; a. M. Hachenburg, der die Umwandlung nicht zulassen will, Vortr. S. 599).

Die Umwandlungsbestimmungen der §§ 1186, 1198, 1203 finden auch auf vorgemerkte Ansprüche Anwendung. Ist der Anspruch auf Einräumung einer Hypothek vorgemerkt, so kann er in einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek, Grundschuld, Rentenschuld umgewandelt und die Umwandlung kann, wenn die erforderlichen Unterlagen vorliegen, ins Grundbuch eingetragen werden. Wenn die Eintragung auch nicht notwendig ist, so dient sie doch zur Klärung der Sachlage und kann somit auch für Dritte von Vorteil werden. Man denke nur an die Schwierigkeiten, welche sich ergeben müssen, wenn die Verpfändungserklärung oder der Pfändungsbeschluß, die einen vorgemerkten Anspruch betreffen, von einer Grundschuldbestellung sprechen, während im Grundbuche noch der Anspruch auf eine Hypothekeneinräumung vorgemerkt ist. (Reichel Umschreibung S. 38 ff.

3. Über die Umwandlung einer Kautionshypothek des preuß. Rechtes in eine Höchstbetragshypothek des BGB. vgl. Anm. II zu § 1190.

4. Ist die Umwandlung durch Einigung und Eintragung vollzogen, so unterliegt, falls dadurch aus einer Sicherungshypothek eine gewöhnliche Hypothek entstanden ist, diese den beschränkenden Vorschriften der §§ 1184, 1185 nicht mehr; vielmehr finden dann die Bestimmungen der §§ 892, 893, der §§ 1138, 1139, 1141, 1156 (vgl. § 1185 Abs. 2), des § 1116 Anwendung. Durch die Umwandlung ist sie eine Hypothek mit denselben Eigenschaften und Wirkungen geworden, welche sie haben würde, wenn sie von vornherein als

eine gewöhnliche Hypothek eingetragen worden wäre; selbstverständlich hat die Umwandlung aber keine rückwirkende Kraft. Ist aus einer gewöhnlichen Hypothek eine Sicherungshypothek entstanden, so fällt diese unter die Vorschriften der §§ 1184, 1185.

5. Bei der Umwandlung kann an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek oder Sicherungshypothek bestellt war, eine andere Forderung gesetzt werden. Dazu bedarf es auch nur der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie der Eintragung in das Grundbuch (§ 1180). Erklären z. B. Eigentümer und Gläubiger, daß das Guthaben des Gläubigers aus den Geschäften, wofür die Kautionshypothek bestellt ist, einen bestimmten Betrag erreicht habe, daß dieser Betrag fortan dem Gläubiger als Darlehn geschuldet werden und daß demgemäß die Eintragung des Darlehns an Stelle der Kaution erfolgen soll; oder erklären sie, daß die Forderung, wofür die gewöhnliche Hypothek bestellt war, nicht entstanden oder erloschen sei und daß die Hypothek nunmehr zu ihrem ganzen Betrage Forderungen sichern solle, die dem Gläubiger aus einem bestimmten Geschäftsverkehre mit dem Eigentümer erwachsen sollten: so ist in der ersten Verabredung die Einigung über die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, in der anderen die Einigung über die Umwandlung der gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek enthalten. Die neue Forderung muß in der Einigung bestimmt bezeichnet werden; die bloße Vereinbarung der Umwandlung genügt nicht. Die Feststellung der Forderung muß vom Eigentümer ausgehen, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist. Seine Zustimmung wird durch rechtskräftige Verurteilung ersetzt. (KG. JW. 25 S. A 173.)

6. Nach bisherigem preuß. Rechte, das im § 25 EigG. die nachträgliche Eintragung der Verzinslichkeit und der Zinserhöhung zuließ, wurde angenommen, daß bei Umschreibung der Kautionshypothek in eine bestimmte Hypothek zum eingetragenen Höchstbetrag auch noch Zinsen bis zu 5 vom Hundert mit dem Range des Kapitals eingetragen werden dürfen (Turnau I S. 386 Nr. 7 b). Dies ist auch nach BGB. zulässig (vgl. Anm. 5 zu § 1190).

7. Die Umwandlung wird im Grundbuche bei der umgewandelten Post in der Spalte „Veränderungen" eingetragen. Ist, wie es bisher zu geschehen pflegte, bei der Eintragung der Kautionshypothek die zweite Hälfte des Raumes der Hauptspalte offengehalten, so ist diese zur Umschreibung zu verwenden. Zwei Eintragungsvermerke, aus denen sich der Inhalt des Umwandlungsakts ergibt, mögen das Verfahren veranschaulichen. „Zu 3. 5000 Mk. Umgewandelt in eine gewöhnliche Hypothek für ein Darlehn von 5000 Mk. für den . . . (Gläubiger), das vom 1. Juni 1900 ab mit vier vom Hundert jährlich zu verzinsen und nach sechsmonatiger, beiden Teilen an jedem ersten Tage des Kalenderquartals zustehenden Kündigung zahlbar ist. Kapital und Zinsen müssen dem Gläubiger oder seinem Rechtsnachfolger an ihrem jeweiligen Wohnorte kostenfrei gezahlt werden." — „Zu 3. 4000 Mk. Von der Sicherungshypothek von 5000 Mk. sind 4000 Mk. in eine gewöhnliche Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, umgewandelt. Die Hypothek für den Überschuß von 1000 Mk. ist aufgehoben und gelöscht — oder die Hypothek für den Überschuß von 1000 Mk., die der Hypothek von 4000 Mk. im Range nachsteht, hat der Eigentümer als Sicherungshypothek erworben." Da bei der Sicherungshypothek die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist (§ 1185 Abs. 1), muß bei deren Umwandlung in eine Briefhypothek ein Brief nach Vorschrift der §§ 56 ff. GBO. gebildet und dem Gläubiger zugestellt werden (GBO. § 60), und bei der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek der vorhandene Brief, unter Abtrennung und Rückgabe der Schuldurkunde, unbrauchbar gemacht werden (GBO. § 69). Soll eine Kautionshypothek des früheren preuß. Rechtes in eine Briefhypothek umgewandelt werden, so ist der alte Brief zu vernichten und ein neuer Brief zu bilden (PAG. z. BGB. Art. 33 § 1 Abs. 2).

Von der Umschreibung einer Kautionshypothek in eine endgültige Hypothek von 300 Mk. und mehr ist in Preußen der Einkommensteuer-Veranlagungskommission Mitteilung zu machen (A. Vf. des JustMin. v. 15. Novbr. 1894 § 1 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2, § 2, JMBl. S. 314).

§ 1187.

Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden. Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 findet keine Anwendung.

§ 1188.

Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 ist nur zulässig, wenn die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist.

§ 1189.

Bei einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen.

I. Die Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren widerstreben ihrer Natur nach der Verbindung mit einer Hypothek oder Grundschuld. Ihr Hauptwert und ihre Hauptbestimmung liegt in der erleichterten Übertragbarkeit, in ihrer fast unbeschränkten Zirkulationsfähigkeit. Beide Gruppen von Forderungen sind mit dem Papiere derart verknüpft, daß sie ohne dieses nicht geltend gemacht werden können. Bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist der jeweilige Besitzer des Papiers zur Geltendmachung der Forderung legitimiert (BGB. § 793). Die Rechte aus Orderpapieren gehen durch Übergabe des Papiers und durch Indossament auf den Indossatar über (HGB. § 364 Abs. 1; WO. Art. 9 ff.). Diese zum Wesen der bezeichneten Papiere gehörende Zirkulationsfähigkeit würde durch die Verbindung mit der Hypothek, bei der die Abtretung der Forderung sowohl nach dem früheren, als auch nach dem neuen Rechte (BGB. §§ 1154, 1155) mit umständlichen Operationen verknüpft ist, aufgehoben werden. Der Verbindung der Inhaberpapiere mit der Hypothek steht außerdem die mit dem früheren Rechte übereinstimmende Vorschrift des § 1115 BGB. entgegen, die die Eintragung eines bestimmten Gläubigers fordert. Im Verkehrsleben machte sich jedoch das Bedürfnis nach einer hypothekarischen Sicherung der bezeichneten Forderungen, die deren Zirkulationsfähigkeit nicht hemmt, in neuerer Zeit mehr und mehr geltend. Insbesondere trat dieses Bedürfnis bei der Großindustrie und dem Großgrundbesitze hervor, die die zu ihren Betrieben erforderlichen großen Kapitalien zu angemessenem Zinssatze nur auf einer solchen Grundlage erlangen können. Der Gesetzgebung fiel die schwierige Aufgabe zu, die rechte Form zu finden. Von dem Dogma, daß eine hypothekarische Belastung immer nur zugunsten eines bestimmt benannten Gläubigers erfolgen dürfe, kam man zunächst nicht los. Die einzige Konzession, die man in Preußen dem Verkehre machen zu können glaubte, war die Zulassung der Blankoabtretung

Digitized by Google

von Grundschulden (EigG. § 55). Allein damit war dem Verkehrsbedürfnisse nicht genügend abgeholfen. Große Anlehen lassen sich leichter und zu günstigeren Bedingungen beschaffen, wenn sie nicht von einer Einzelperson, sondern vom Publikum erbeten und zu diesem Zwecke gleichwertige Teilschuldverschreibungen auf den Markt gebracht werden. Diese müssen auf den Inhaber gestellt und schon mit einer Hypothek oder Grundschuld in Verbindung gebracht sein. Die ersten Versuche, den Inhabern von börsenmäßig gehandelten Schuldverschreibungen direkte hypothekarische Sicherheit zu verschaffen, scheiterten an der Sprödigkeit der damaligen gesetzlichen Bestimmungen (RG. E. 14 S. 94, Bd 18 S. 346). Dagegen wurde von der Praxis für zulässig gehalten, daß für die von einem Großindustriellen zum Zwecke der Aufnahme einer Anleihe nach Art. 301 (jetzt § 363) HGB. ausgegebenen Teilschuldverschreibungen eine Kautionshypothek zugunsten einer als Treuhänder bestellten Bank oder eines sonstigen Dritten eingetragen wurde mit der vereinbarten Anleihebedingung, daß mit der Übertragung jeder Schuldverschreibung ein entsprechender Anteil an der Hypothek auf den Erwerber übergehen solle. Der Treuhänder wurde vertragsmäßig als der mit unwiderruflicher Vollmacht versehene Vertreter der Inhaber der Teilschuldverschreibungen hinsichtlich der Hypothek bestellt. Er hatte namentlich alle grundbuchmäßigen Erklärungen in Ansehung der Hypothek abzugeben, insbesondere Trennstücke aus der Pfandhaft zu entlassen und Löschungen zu bewilligen. Das Reichsgericht hat die Zulässigkeit der Bestellung einer solchen Hypothek und die Legitimation des Treuhänders (Pfandhalters) zur Geltendmachung der Rechte aus der Kautionshypothek anerkannt (E. 22 S. 61, Bd 31 S. 90, JW. 1896 S. 20 Nr. 77). Aber dieses Verfahren beruhte lediglich auf der Grundlage des Art. 301 (§ 363) HGB. Für solche Personen, die nicht Kaufleute waren, insbesondere für Gemeinden, Standespersonen, Kasinogesellschaften ꝛc., und für Schuldverschreibungen auf den Inhaber erwies sich dieser Weg als nicht gangbar (vgl. Prot. III S. 669).

Der Entwurf I verhielt sich der Inhaberhypothek gegenüber durchaus ablehnend. In den Mot. III S. 635 wird daraus, daß die Landesgesetze keine Form für eine solche Eintragung boten, geschlossen, daß bis dahin ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Inhaberhypothek sich nicht geltend gemacht habe, und für den Fall, daß bei großen Anlehen öffentlicher Korporationen oder Aktiengesellschaften sich das Bedürfnis hypothekarischer Sicherstellung der Gläubiger ergeben sollte, auf den Weg der Sondergesetzgebung verwiesen. Sehr bald trat jedoch das Bedürfnis nach einer entsprechenden gesetzlichen Einrichtung so dringend hervor, daß einzelne Bundesstaaten (Baden durch G. v. 12. April 1892, Bayern durch G. v. 18. März 1896) sich zur Einführung der Inhaberhypothek genötigt sahen, und auch Preußen fühlte sich veranlaßt, für ein Sondergebiet die Inhaberhypothek zuzulassen. Nach dem G., betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen ꝛc., v. 19. August 1895 konnte nämlich eine Bahnpfandschuld ohne Bezeichnung des Gläubigers in das Bahngrundbuch eingetragen werden, wenn die Schuld in Teile zerlegt und die Genehmigung zur Ausstellung von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber erteilt war. In diesem Falle waren in der Eintragung neben dem Gesamtbetrage die Teilschuldverschreibungen nach Anzahl, Bezeichnung und Betrag anzugeben. War ein Tilgungsplan vorhanden, so bedurfte es nicht der Angabe der Zahlungsbedingungen in der Eintragung, sondern es genügte die Verweisung auf den zu den Grundakten zu nehmenden Plan.

II. Nachdem so das Bedürfnis landesgesetzlich in Baden allgemein und in Preußen beschränkt anerkannt war, wurde von der 2. Komm. beschlossen, die Frage im BGB. reichsgesetzlich zu regeln (Prot. III S. 536 VII, S. 667 I—XII, Bd VI S. 259 XI). Dies ist in den §§ 1187—1189 und 1195 BGB. in einem weit über die erwähnten Landesgesetze hinausgehenden Maße geschehen, indem die hypothekarische Sicherung nicht nur für Forderungen aus Inhaberpapieren, sondern auch für Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren gewährt und die Ausstellung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber zugelassen wird. Über den Grundschuldbrief auf den Inhaber vgl. die Anm. zu § 1195. Im übrigen sind die unter I S. 1000 hervorgehobenen Schwierigkeiten in folgender Weise beseitigt:

Digitized by Google

1. Für die hypothekarische Sicherung der Forderung aus einem Inhaberpapier ist von dem Erfordernisse des § 1115 Abs. 1, daß bei der Eintragung der Gläubiger bezeichnet werden müsse, abgesehen (§ 1188 Satz 1). Statt einer bestimmten Person wird der jeweilige Inhaber als Gläubiger eingetragen. Vgl. Planck Nr. 2a Abs. 2 zu § 1115 und bayer. Dienstanw. § 416. Die Inhaberhypothek kann auch Höchstbetragshypothek (§ 1190) sein (RG. RJA. 6 S. 162).

2. Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen indossablen Papiere kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden (§ 1187 Satz 1). Die Hypothek hat diesen Charakter selbst dann, wenn sie im Grundbuche nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist (§§ 1187 Satz 2, 1184 Abs. 2), weil der sonstige Inhalt des Eintragungsvermerks schon einen genügenden Hinweis enthält. Infolge davon ist die Erteilung des Hypothekenbriefs und die Anwendung der §§ 1138, 1139, 1141, 1156 ausgeschlossen (§ 1185). Die Papiere erfüllen die dem Hypothekenbriefe zugewiesenen Funktionen viel vollkommener als dieser selbst. Das Nebenherlaufen eines Hypothekenbriefs würde zu unlöslichen Schwierigkeiten und Verwickelungen führen. Die Legitimation durch den Besitz des Inhaberpapiers sowie durch Indossament und Besitz des indossablen Papiers genügt vollkommen. Die Forderungen aus diesen Papieren sind abstrakter Natur, ihr Erwerb ist vom Rechte des Vormanns unabhängig; daher müssen die dem Eigentümer zustehenden Einwendungen sich ausschließlich nach den für die Forderung geltenden Vorschriften bestimmen. Dies wird dadurch erreicht, daß die hypothekarische Sicherung nur in der Gestalt einer Sicherungshypothek erfolgen kann (§ 1185 Abs. 2). Aber auch die für die Sicherungshypothek geltenden Vorschriften reichen zur zweckentsprechenden Ausgestaltung der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ꝛc. nicht aus. Die Abtretung der Forderung aus der gewöhnlichen Sicherungshypothek bedarf nach §§ 1185, 1154 Abs. 3, § 873 der Eintragung in das Grundbuch. Dieses Zirkulationshemmnis ist durch § 1187 Satz 3 beseitigt. Treffend sagt Endemann (§ 130 Nr. 1): „Nicht also um den Umlauf im Verkehre zu hemmen, sondern um ihn zu sichern, wird hier die Hypothek in den Dienst des Forderungsrechts gestellt, der Schuldurkunde subordiniert. An Stelle des, durch seine Bindung an die grundbuchrechtlichen Formen beschwerten, Hypothekenbriefs tritt hier die frei bewegliche Schuldverschreibung. Sie bestimmt den Inhalt der Hypothek und den zu ihrer Ausübung berechtigten Gläubiger." Die für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellte Hypothek wird durch Übergabe des Papiers übertragen. Durch den Besitz und die Vorlegung des Papiers ist der neue Inhaber zum Antrag auf Eintragungen bei der Inhaberhypothek legitimiert. Die Orderhypothek wird durch Indossament, das durch Zession ersetzt werden kann, und Übergabe des Papiers übertragen (HGB. §§ 364 Abs. 1, 365 Abs. 1; vgl. Staub S. 668 Nr. 5, S. 1159 Nr. 1). Auch Blanko-Indossament genügt. Die Wirksamkeit des Indossaments ist an eine öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung nicht gebunden. Will der neue Gläubiger aber Eintragungen bei der Orderhypothek vornehmen lassen, so muß er die Echtheit des ihm erteilten und der vorhergehenden Indossamente in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Weise nachweisen (Planck Nr. 2c, Biermann Nr. 3 zu § 1187; a. M. Fuchs Nr. 7 zu §§ 1187—1189). Bei der Inhaberhypothek ist die Echtheit der Schuldverschreibung auf den Inhaber schon durch den bei der ersten Eintragung vom Grundbuchamt auf das Papier gesetzten Vermerk festgestellt (Gierke SR. S. 904 Anm. 30). Der Treuhänder ist vermöge seiner Eintragung befugt, Eintragungen bei der Inhaber- oder Orderhypothek zu beantragen (BGB. § 1189), und braucht auch das Inhaber- ꝛc. Papier nicht vorzulegen (GBO. § 44 Abs. 2). In allen Fällen ist die Übertragung von der Eintragung im Grundbuch unabhängig.

III. Die Inhaberhypothek. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist eine Urkunde, worin der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht und durch die er zu der Leistung verpflichtet wird (§ 793 Abs. 1 Satz 1). Die qualifizierten

Legitimationspapiere des § 808 gehören nicht hierher (Mot. II S. 723); die Hypothekbestellung für solche steht unter den allgemeinen Regeln (Planck Nr. 2 a zu § 1187). Zur hypothekarischen Versicherung eignen sich nur die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lautenden Schuldverschreibungen auf den Inhaber (wie hier Biermann Nr. 1 zu § 1187; a. M. Fuchs a. a. O. Nr. 6). Diese dürfen, wenn sie im Inlande ausgestellt sind, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden (§ 795 Abs. 1). Die Genehmigung wird durch die Zentralbehörde des Bundesstaats erteilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat (§ 795 Abs. 2 Satz 1). In Preußen erfolgte die Genehmigung auf Antrag des Handels- und des Finanzministers durch ein landesherrliches Privilegium (§ 2 G. v 17. Juni 1833, GS. S. 75, das durch V. v. 17. September 1867 auf die neuen Landesteile und durch G. v. 25. Februar 1878 auf den Kreis Herzogtum Lauenburg übertragen ist). Jetzt wird die Genehmigung auf Grund eingeholter Königlicher Ermächtigung durch den zuständigen Minister erteilt (PV. z. Ausf. des BGB. v. 16. November 1899 Art. 8). Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nach § 795 Abs. 3 BGB. nichtig (wie bisher RG. E. 14 S. 94, Bd 19 S. 282, PJMBl. 1895 S. 11). Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden (§ 795 Abs. 2 Satz 2). — Für die Inhaberhypothek gelten folgende Grundsätze.

1. Zur Bestellung genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch (§ 1188 Abs. 1). Nach der allgemeinen Regel des § 873, die auch für die gewöhnliche Sicherungshypothek gilt, würde dingliche Einigung erforderlich sein. Mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Gläubigers war die Ausnahmebestimmung geboten. Die einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte muß, wenn sie zur Eintragung führen soll, entweder zu Protokoll des Grundbuchamts abgegeben oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten sein (GBO. § 29). Ist das Inhaberpapier bereits begeben und der Inhaber bekannt, so kann die Bestellung auch in der Form des § 873 BGB. erfolgen. Ist die Bestellungserklärung abgegeben und der Antrag auf Eintragung gestellt, so ist eine nachträglich eintretende Beschränkung des Bestellers in der Verfügung für die Gültigkeit der Bestellung ohne rechtliche Bedeutung (§§ 1188 Abs. 1, 878). Zum Erwerbe der Hypothek ist die bloße Bestellung und Eintragung hinreichend, vorausgesetzt, daß die Schuldverschreibung nicht mehr im Besitze des Ausstellers ist (§ 794; Fuchs Nr. 4 und Biermann Nr. 1 a a. a. O.). War die Schuldverschreibung also schon vor Bestellung der Hypothek begeben, gestohlen oder verloren, so erwirbt der Inhaber die Hypothek auch ohne sein Wissen und seinen Willen. Da die auf Geld lautende Schuldverschreibung auf den Inhaber ohne staatliche Genehmigung nichtig ist (§ 795) und diese Nichtigkeit auch die Hypothek ergreifen würde, weil die Hypothek nur für solche Schuldverschreibungen auf den Inhaber gestattet ist, die den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, darf das Grundbuchamt die Hypothek nicht eintragen, bevor die staatliche Genehmigung in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form beigebracht wird. Durch nachträgliche Genehmigung würde zwar die bis dahin nichtige Hypothek Gültigkeit erlangen, aber auf gewagte Operationen hat sich der Grundbuchrichter nicht einzulassen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Inhaberpapiere zur Zeit der Bestellung der Hypothek bereits in Verkehr gesetzt sind oder nicht (wie hier Kretzschmar GBR. 1 S. 404, Biermann Nr. 1 a zu § 1188, Kober S. 518, Gierke SR. S. 903 Anm. 25, RG. E. 59 S. 381; a. M. Oberneck 1 S. 968 f., Planck Nr. 1 c zu § 1188, Predari S. 297). Es mag ja richtig sein, daß die Schuldverschreibung auf den Inhaber durch die Eintragung der Sicherungshypothek noch nicht in Verkehr gesetzt wird, aber es werden der Inverkehrsetzung die Wege gebahnt und der Grundbuchrichter darf auch zur Ermöglichung einer mit Strafe bedrohten Handlung (StrafGB. § 145 a) nicht die Hand bieten. Es treffen genau dieselben Gründe zu, aus denen Planck (Nr. 2 zu § 1195) nicht

nur die Aushändigung des Grundschuldbriefs auf den Inhaber, sondern auch die Eintragung einer solchen Grundschuld für unstatthaft erklärt. Übrigens enthält auch die Aushändigung des Briefes an den Eigentümer noch kein Inverkehrbringen. Ob die amtliche Publikation der staatlichen Genehmigung im Reichsanzeiger zum Nachweise der Genehmigung genügt, kann zweifelhaft sein und ebendeshalb wird ein vorsichtiger Grundbuchrichter sich damit nicht begnügen (wie hier Oberneck 1 S. 969; a. M. Fuchs Nr. 6 zu §§ 1187—1190). Vor der Eintragung ist ferner zu prüfen, ob die Bestellungserklärung den in der Genehmigungsurkunde enthaltenen Bestimmungen entspricht. Nicht vorgeschrieben ist, daß die Schuldverschreibung auf den Inhaber dem Grundbuchamte behufs Eintragung der Hypothek vorgelegt und daß auf sie ein Vermerk über die Eintragung gesetzt werde (Kolmar Rsp. 6 S. 105). Der Regel nach wird das Inhaberpapier auf eine Hypothekenbestellung Bezug nehmen. Mit Rücksicht hierauf wäre zum Schutze des Publikums eine gesetzliche Bestimmung, daß die Eintragung der Hypothek auf dem Inhaberpapiere vom Grundbuchamte zu vermerken sei, recht erwünscht. Werden nach Eintragung einer solchen Hypothek bei ihr Eintragungen beantragt, so sollen diese nur erfolgen, wenn die Urkunde vorgelegt wird; die Eintragung ist auf der Urkunde zu vermerken (GBO. § 44 Abs. 1). Die Urkunde ist kein Hypothekenbrief und daher sind § 1155 BGB. und § 40 Abs. 2 GBO. auf sie nicht anwendbar (Planck Nr. 4 Abs. 5 zu § 1187). — Nach § 793 Abs. 2 Satz 1 BGB. kann die Gültigkeit der Unterzeichnung durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Damit ist eine weitere Prüfungspflicht des Grundbuchrichters gegeben (a. M. Fuchs Nr. 5 a. a. O.). Als besondere Förmlichkeiten sind die Aufdrückung eines Stempels oder die Beifügung der eigenhändigen Unterschrift des Kontrollbeamten üblich (RG. E. 14 S. 97). Davon abgesehen genügt zur Unterzeichnung eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift (§ 793 Abs. 2 Satz 2). Endlich hat der Grundbuchrichter bei Inhaberschuldverschreibungen einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes auf die Beobachtung der landesgesetzlich vorgeschriebenen Form zu achten (EG. z. BGB. Art. 100 Nr. 1; PAG. z. BGB. Art. 17), auch wenn eine Bestimmung über die Form der Unterzeichnung in die Urkunde nicht aufgenommen ist.

2. Der Eintragungsvermerk hat sich — abgesehen von der Bezeichnung des Gläubigers (vgl. Anm. II 1 S. 1002 f.) — dem § 1115 BGB. anzupassen (vgl. Prot. III S. 677 X). Ist die Schuldverschreibung auf den Inhaber in Teile zerlegt, so genügt es, wenn der Gesamtbetrag der Hypothek unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile eingetragen wird (GBO. § 51 Abs. 1). Diese Bestimmung ist auch auf die Orderhypothek anzuwenden (Dresden, RJA. 2 S. 147; Planck Nr. 1 c, Biermann Nr. 3 zu § 1188).

3. Die Hypothek steht, ebenso wie die Forderung, dem jeweiligen Inhaber der Schuldverschreibung zu (BGB. § 1153 Abs. 1), es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist (§ 793 Abs. 1 Satz 1). Auf die Eintragung kann sich der Gläubiger zum Beweise seiner Forderung nicht berufen (§ 1184 Abs. 1). Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet (§ 797 Satz 1).

4. Der vom Inhaber belangte Eigentümer des Grundstücks kann, abgesehen von den einem Bürgen zustehenden Einreden (§§ 1137 Abs. 1, 770), nur solche Einwendungen geltend machen, die die Gültigkeit der Ausstellung der Schuldverschreibung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (§ 796).

a. Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung betreffen immer den objektiven Bestand der Schuldverbindlichkeit und können daher jedem Inhaber entgegengesetzt werden. Dahin gehören z. B. die Einwendungen, daß die Namensunterschrift des Ausstellers gefälscht, daß der Aussteller zur Zeit der Ausstellung geschäftsunfähig

gewesen und das Papier ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt sei. Insbesondere gehört auch die Einrede der mangelnden staatlichen Genehmigung hierher; denn ohne diese Genehmigung sind die Schuldverschreibung und die für sie bestellte Hypothek nichtig. Freilich hat der Aussteller dem Inhaber den durch die ungenehmigte Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen, und dieser Schaden kann sich mit dem Einlösungspreise decken, aber dieser Anspruch des Inhabers beruht auf einem andern Rechtsgrunde. — *Willensmängel* (Irrtum, Betrug, Zwang) *können nicht eingewendet werden.* Die Ausstellung der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist an sich ein streng einseitiges Rechtsgeschäft, dem kein Empfänger gegenübersteht, weshalb die Vorschriften über Willensmängel, soweit sie einen Empfänger zur Voraussetzung haben, keine Anwendung finden (Mot. II S. 699). Aber auch abgesehen hievon sind diese Einreden mit dem Wesen der Verkehrspapiere nicht vereinbar (Staub HGB. 2 S. 1160 Nr. 6). Von der Ausstellung ist die Begebung des Papiers streng zu unterscheiden. Das BGB. hat sich der sogen. Kreationstheorie angeschlossen, wonach der Aussteller durch die Ausstellung gebunden ist, sobald das Papier auf irgend eine Weise in den Verkehr und an einen redlichen Inhaber gelangt ist. Demgemäß kann der Aussteller nicht *jedem* Inhaber gegenüber einwenden, daß das Papier ihm gestohlen, verloren gegangen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt sei (§ 794 Abs. 1), sondern er hat den Einwand nur gegenüber *dem* Inhaber, gegen den der Einwand unmittelbar begründet ist, also z. B. gegen den Dieb und dessen Gehilfen im weiteren Sinne (auch gegen den Hehler). Wie dem redlichen Erwerber die später erlangte Kenntnis, daß das Papier dem Aussteller gestohlen ꝛc. war, nichts schadet, so ist auch dem gegenüber, der das Papier von einem redlichen Erwerber erhalten hat, eine Einrede nicht deshalb begründet, weil ein früherer Inhaber das Papier auf unredliche Weise erworben hatte und er dies bei seinem Erwerbe gewußt habe. Ebensowenig ist es für die Verpflichtung aus der Schuldverschreibung erheblich, wenn die rechtswirksam ausgestellte Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist (§ 794 Abs. 2).

b. *Einwendungen, die sich aus der Urkunde ergeben, können jedem* Inhaber entgegengesetzt werden. Der Aussteller ist zweifellos befugt, sich die Erhebung bestimmter Einwendungen in der Urkunde selbst vorzubehalten. Einwendungen dieser Art können sich aus den urkundlichen Bestimmungen, Zeitbestimmungen, Bedingungen, Voraussetzungen der Zahlung ꝛc. ergeben. Auch in der Angabe des Schuldgrundes, die zwar nicht zu den Erfordernissen der Verbindlichkeit des Ausstellers gehört, aber auch nicht mit dem Wesen der Schuldverschreibung auf den Inhaber unverträglich ist, kann nach dem in jedem einzelnen Falle durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Ausstellers der Vorbehalt aller oder gewisser Einreden aus diesem Schuldgrunde gefunden werden (Mot. II S. 699). Für die Auslegung kann unter Umständen die Verkehrssitte von Belang sein. — Wird nach der Ordnungsvorschrift des § 44 Abs. 1 GBO. die bei der Hypothek erforderlich werdende Eintragung (z. B. einer Zahlung) auf der Schuldverschreibung auf den Inhaber vom Grundbuchamte vermerkt, so wird die sich aus der Eintragung und dem Vermerk ergebende Einrede zugleich zu einer solchen, die sich aus der Urkunde ergibt (Biermann Nr. 4 zu § 1187); aber auch privatschriftliche Quittungen, Stundungen ꝛc. auf der Urkunde gehören hierher.

c. *Einwendungen können dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber* nur auf Grund eines zwischen ihnen beiden bestehenden Rechtsverhältnisses zustehen. Jeder Inhaber hat ein selbständiges, vom Rechte seines Vormanns völlig unabhängiges Forderungsrecht. Infolge davon können ihm Einwendungen aus der Person seines Vormanns nicht entgegengestellt werden, selbst dann nicht, wenn er sie zur Zeit seines Besitzerwerbes gekannt hat, sofern ihm nicht Arglist vorgeworfen werden kann, z. B. daß er den Besitz nur in der Absicht, dem Beklagten Einreden abzuschneiden, erworben habe. Vgl. Anm. a S. 1004. Zulässig sind daher nur Einwendungen, die sich aus dem zwischen dem Beklagten und dem

Kläger geschlossenen Vergleiche, Stundungsverträge, Nachlaßverträge ꝛc. ergeben. Gegenforderungen können nur zur Aufrechnung gestellt werden, wenn sie dem Beklagten gegen den Kläger unmittelbar zustehen. Die unmittelbare Rechtsbeziehung wird nicht dadurch beseitigt, daß der Kläger das Papier weiter begeben hatte, sofern er nur zur Zeit der Klage im Besitz ist.

d. Endlich ist jedem Inhaber gegenüber der, seinen tatsächlichen Voraussetzungen nach vom Aussteller zu beweisende, Einwand zulässig, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei (§ 793 Abs. 4 Satz 1). Dieser Einwand dient zum Schutze des Inhabers, dem der gegenwärtige Inhaber das Papier entwendet ꝛc. hat. Der Aussteller kann aber auch dem zur Verfügung nicht Berechtigten mit befreiender Wirkung zahlen. Er hat nur das Recht, nicht die Pflicht, jenen Einwand zu erheben (Prot. II S. 535).

Der Satz, daß die dem Eigentümer zustehenden Einwendungen sich ausschließlich nach den für die Forderung geltenden Vorschriften bestimmen müßten (Denkschr. z. BGB. S. 227), ist nur auf die persönliche Klage zu beziehen. Der hypothekarischen Klage gegenüber kann der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks, insbesondere wenn er nicht persönlich haftet, auch Einwendungen entgegensetzen, die sich gegen den rechtlichen Bestand der Hypothek richten, z. B. daß die Hypothekenbestellung nichtig sei. Einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek gegenüber sind solche Einwendungen nach § 892 ausgeschlossen (Planck Nr. 4 Abs. 3 zu § 1187 gegen Hachenburg). Da im Falle des § 1189 BGB. Eintragungen bei der Hypothek vorgenommen werden können, ohne daß die Schuldverschreibung auf den Inhaber vorgelegt und auf sie ein Vermerk gesetzt wird (GBO. § 44 Abs. 2), sind gegen die hypothekarische Klage auch Einwendungen zulässig, die sich aus dem Grundbuche, nicht aber aus der Urkunde ergeben. Auch Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen (BGB. § 1157), stehen dem neuen Gläubiger entgegen, wenn sie sich aus dem Grundbuch ergeben oder ihm beim Erwerbe der Forderung bekannt waren (Biermann Nr. 4, Planck Nr. 4 Abs. 4 zu § 1187).

5. Streitig ist, ob die Inhaberhypothek den Grundsätzen der Eigentümerhypothek zugänglich sei (vgl. für die Bejahung Oberneck 1 S. 981, Boehm S. 288, Biermann a. a. O., Planck Nr. 5 zu § 1187, Bruck S. 165; für die Verneinung Endemann § 130 Anm. 15, Matthiaß 2 § 65 Nr. V A 4). Der Streit ist nicht von großer praktischer Erheblichkeit. Die Gründe für die Bejahung dürften überwiegen. „Eine Modifikation wird nur dadurch herbeigeführt, daß die Vereinigung von Gläubigerrecht und Schuld in einer Person bei den in Rede stehenden Forderungen kein Erlöschen der Forderung bewirkt" (Biermann a. a. O.) und daß erst durch Vernichtung und Kraftloserklärung des Papiers eine Eigentümerhypothek (als Grundschuld) entsteht. Eine solche liegt auch vor, solange der Grundstückseigentümer das Order- oder Inhaberpapier in Händen hat; zur Gläubigerhypothek wird sie erst, wenn dieses mit oder wider Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht oder jenes begeben wird (Bruck EigHyp. S. 179 f.). Die Forderung geht nur durch Vernichtung der Schuldverschreibungen nebst Zinsscheinen unter. Wird die Vernichtung durch gerichtliches oder notarielles Protokoll nachgewiesen, so steht der Umschreibung auf den Eigentümer nichts entgegen.

6. Die Zwangsvollstreckung in Inhaberpapiere erfolgt nicht nach den Vorschriften über Zwangsvollstreckung in Forderungen, sondern nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen, also durch Wegnahme und Versteigerung der Papiere (ZPO. §§ 808, 814, 821–823, 830 Abs. 3 Satz 2, 837 Abs. 2 Satz 2). Auf das Pfandrecht für die Forderung finden die Vorschriften der §§ 1188, 1189 BGB. entsprechende Anwendung (§ 1270). Für das Pfandrecht am Papiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1293). Vgl. Anm. zu §§ 1292–1296. Eintragung der Pfändung und Verpfändung ist nicht erforderlich.

7. Ausschließung des Gläubigers. Der § 1188 Abs. 2 trifft Vorsorge für die seltenen Fälle, in denen (ein Treuhänder nicht bestellt ist und) die Beteiligten nicht vertragsmäßig bestimmt haben, daß der Eigentümer berechtigt sein solle, die Löschung der Hypothek zu verlangen, wenn die Schuldverschreibungen auf den Inhaber nicht innerhalb einer bestimmten Zeit zur Zahlung vorgelegt werden. In diesen Fällen kann der Inhaber im Wege des Aufgebotsverfahrens aus § 1170 mit seinem Rechte erst ausgeschlossen werden, wenn die im § 801 bezeichnete, vom Eintritte der für die Zahlung bestimmten Zeit zu berechnende dreißigjährige Vorlegungsfrist verstrichen ist und in dieser Frist weder eine Vorlegung zur Einlösung noch eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde stattgefunden hat. Das Vorliegen der beiden letzten (negativen) Voraussetzungen hat der Antragsteller vor der Einleitung des Aufgebotsverfahrens glaubhaft zu machen (ZPO. § 986 Abs. 2). Zur Glaubhaftmachung genügt die Versicherung des Antragstellers an Eides Statt, unbeschadet der Befugnis des Gerichts, anderweitige Ermittlungen anzuordnen (ZPO. § 986 Abs. 3). Dauer und Beginn der Vorlegungsfrist können vom Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden (BGB. § 801 Abs. 3). Ist innerhalb jener Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist (BGB. § 1188 Abs. 2 Satz 2). Der Anspruch verjährt in beiden Fällen in zwei Jahren vom Ende der Vorlegungsfrist an (BGB. § 801 Abs. 1 Satz 2, 3). In beiden Fällen ist glaubhaft zu machen, daß der Gläubiger unbekannt ist und daß nicht eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechtes des Gläubigers erfolgt ist. Im übrigen vgl. Anm. zu § 1170 S. 937 f.

Für das Aufgebot nach § 1171 BGB. sind besondere Bestimmungen nicht gegeben.

8. Nach dem G., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Dezember 1899 (RGBl. S. 691) §§ 11—13 kann die Gläubigerversammlung zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten des Schuldners, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung beschließen, jedoch nicht auf die dem Nennwerte der Schuldverschreibungen entsprechenden Kapitalansprüche verzichten. Der Beschluß muß für alle Gläubiger die gleichen Bedingungen festsetzen. Der Schuldner hat ihn in der im § 6 Abs. 1 dies. G. bezeichneten Weise bekannt zu machen. Steht der Geschäftsbetrieb des Schuldners unter staatlicher Aufsicht, so ist zum Beschlusse die Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde erforderlich. Die Aufsichtsbehörde hat die Erteilung sowie die Versagung der Bestätigung öffentlich bekannt zu machen. Zu den auf Grund eines solchen Beschlusses erforderlich werdenden Eintragungen in das Grundbuch bedarf es der Vorlegung der Schuldverschreibungen, auf denen die Eintragungen zu vermerken sind. Außerdem müssen der Beschluß der Gläubigerversammlung und die etwa nötige Bestätigung der Aufsichtsbehörde in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form und die Belege über die Bekanntmachung vorgelegt werden (GBO. § 44 Abs. 1). Ist ein Vertreter der Gläubiger nach § 14 G. v. 4. Dezember 1899 oder § 1189 BGB. bestellt, so bedarf es der Vorlegung der Schuldverschreibungen nicht, sondern genügt die Vorlegung des Beschlusses, der Bestätigung und der Belege in Verbindung mit der freiwillig erteilten oder durch Urteil ersetzten Bewilligung des Vertreters (BGO. § 44 Abs. 2).

9. Landesrecht. Durch Art. 112 EG. z. BGB. war das PG., betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen ꝛc., v. 19. August 1895 auch insoweit aufrecht erhalten, als es Vorschriften über die Belastung der Bahneinheit im Falle der Ausstellung von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber enthält, und im Art. 31 PAG. z. GBO. war eine der sonach in Betracht kommenden Vorschriften jenes G. geändert. Durch das PG. über Änderungen jenes G. v. 11. Juni 1902 Art. 1 Nr. 14 ist jedoch der ganze Abschnitt jenes G. über Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber und damit auch der Art. 31 PAG. z. GBO. in Wegfall gebracht. Einen nur teilweisen Ersatz bietet § 18 des neuen G. dahin:

Auf eine Hypothek für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber finden die Vorschriften der §§ 9 und 16 mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. Die Eintragung ist öffentlich bekannt zu machen.

2. Zur Löschung der Hypothek für eine fällige Teilverschreibung bedarf es der Vorlegung der Urkunde nicht, wenn der Bahneigentümer den Betrag der Forderung unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt hat. Die Vorlegung eines Zinsscheines wird durch die in gleicher Weise erfolgte Hinterlegung seines Betrags ersetzt.

Gründet sich der Löschungsantrag ganz oder teilweise auf Hinterlegung, so ist die Löschung öffentlich bekannt zu machen.

3. Zu einer Eintragung auf Grund eines Beschlusses der Gläubigerversammlung nach den §§ 11 bis 13 des G., betr. die gemeinsch. Rechte der Besitzer v. Schuldverschr. v. 4. Dezember 1899 bedarf es der Vorlegung der Urkunde nicht. Die Eintragung ist öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 2, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn eine für den Inhaber des Briefes eingetragene Grundschuld oder Rentenschuld in Teile zerlegt ist.

Die Bezugnahme im Abs. 1 auf die §§ 9 und 16 (vgl. Bd II zu § 20 B Nr. 6) bedeutet, daß für diese Hypothek die Bestimmungen des BGB., der GBO. und der ergänzenden Gesetze über Hypotheken entsprechende Anwendung finden. In erster Reihe sind die §§ 1187 bis 1189 BGB. anzuwenden.

IV. Die Orderhypothek. Die Hypothek für die Forderungen aus Wechseln kommt mit Rücksicht auf die der Regel nach beschränkte Umlaufszeit des Wechsels kaum vor. Von anderen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können, kommen für die Sicherungshypothek nur solche in Betracht, die auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme lauten, und unter diesen im wesentlichen nur die von einem Kaufmann ausgestellten Verpflichtungsscheine. Diese und die sonst im § 363 HGB. aufgeführten Urkunden können nur dann durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist. Eine staatliche Genehmigung ist nicht erforderlich. Die Bestellung der nur zulässigen Sicherungshypothek folgt den allgemeinen Regeln (§ 873 BGB.); doch ist auch hier Eintragungsbewilligung ausreichend (GBO. § 19). Der Eintragungsvermerk muß den ersten Gläubiger bezeichnen (BGB. § 1115). Nach Ansicht des OLG. Dresden (RJA. 2 S. 147) ist der Bezeichnung des ersten Gläubigers noch hinzuzusetzen: „oder der durch Indossament legitimierte Inhaber." Es wird dem nichts entgegenstehen, aber die Orderqualität wird sich ohnehin aus dem Eintragungsvermerk ergeben. Die Hypothek steht dem durch Indossament, bei mehrfacher Begebung dem durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten legitimierten Eigentümer des Papiers zu (HGB. § 364; WO. Art. 36; BGB. §§ 1153, 1187). Inbetreff der Form des Indossaments, inbetreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie inbetreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe finden auf die im § 363 HGB. aufgeführten indossablen Papiere die Vorschriften der Art. 11—13, 36, 74 WO. entsprechende Anwendung (HGB. § 365 Abs. 1). Die Prüfung der Legitimation des Indossatars, der Eintragungen bei der Hypothek bewilligt, liegt dem Grundbuchamt ob. Solche Eintragungen sollen nur erfolgen, wenn die Urkunde vorgelegt wird, und sind auf dieser zu vermerken (GBO. § 44 Abs. 1). Der Vorlegung der Urkunde bedarf es nicht, wenn ihre Vernichtung bewiesen oder wenn sie für kraftlos erklärt ist (Denkschr. z. GBO. S. 53). Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen (WO. Art. 82). Dem legitimierten Besitzer eines anderen indossierten Papiers kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, die die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus

dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen (HGB. § 364 Abs. 2). Im Sinne des Art. 82 WO. gehören Einwendungen, die die Gültigkeit der Erklärung betreffen, und Einwendungen, die sich aus dem Inhalte der Urkunden ergeben, zu den Einreden, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen. Demnach ist das Einrederecht bezüglich aller Orderpapiere und der Inhaberpapiere gleichmäßig geregelt und kann daher auf den Inhalt der Anm. 4 S. 1004 f. verwiesen werden. Dieselben Einreden stehen auch der hypothekarischen Klage gegenüber zu. Außerdem können gegen diese Klage Einwendungen erhoben werden, die sich gegen den rechtlichen Bestand der Hypothek richten. Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde zur Leistung verpflichtet (HGB. § 364 Abs. 3). Die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze von der Eigentümerhypothek ist hier ebenso zu beantworten, wie bei der Inhaberhypothek (Anm. 5 S. 1006). Die Pfändung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher das Papier in Besitz nimmt (ZPO. § 831). Da der bloße Besitz des Papiers hier (anders als bei den Inhaberpapieren) die Legitimation des pfändenden Gläubigers zur Verwertung nicht erbringt, muß Überweisung der Forderung aus dem Papiere hinzutreten, um dem Gläubiger die selbständige Geltendmachung der Forderung zu ermöglichen (vgl. preuß. GeschAnw. für Gerichtsvollz. v. 1. Dezember 1899 § 74 Nr. 4, JMBl. S. 671). Auf die Verpfändung der Forderung finden die Vorschriften des § 1189 BGB. Anwendung (§ 1270); zur Verpfändung des Papiers genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers (§ 1282). Eintragung ist nicht erforderlich. Die Ausschließung des unbekannten Gläubigers erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen; § 1188 Abs. 2 ist auf die indossablen Papiere nicht anwendbar.

V. Treuhänder (Vertreter der jeweiligen Gläubiger).

A. Die Bestimmungen des § 1189 BGB. Wie schon in Anm. I S. 1000 f. erwähnt, hatte die Praxis, dem Drängen des Verkehrslebens nachgebend, es für zulässig erklärt, daß für indossable Teilschuldverschreibungen Hypothek in der Weise bestellt werde, daß ein Treuhänder (Pfandhalter) als Gläubiger eingetragen wird, der die Inhaber der Teilschuldverschreibungen hinsichtlich der Hypothek vertritt, namentlich alle grundbuchmäßigen Erklärungen in Ansehung der Hypothek abzugeben, insbesondere Trennstücke aus der Pfandhaft zu entlassen und Löschungen zu bewilligen hat (vgl. Prot. III S. 688). Diese — aufrecht erhaltene — Einrichtung bietet dem Eigentümer den Vorteil, daß er in Ansehung der Hypothek ohne Rücksicht auf den Wechsel der Gläubiger nur mit einer einzigen Person zu verhandeln hat. Den gleichen Vorteil bietet das Institut des Treuhänders für die Sicherungshypothek für die Forderungen aus einem Wechsel und aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber. Sie ist auch dann von Wert, wenn es sich nur um ein Papier handelt und der derzeitige Gläubiger dem Eigentümer unbekannt ist. Dem hat das BGB. Rechnung getragen, indem es für alle Fälle des § 1187 die Bestellung eines Vertreters für den jeweiligen Gläubiger gestattet (§ 1189).

1. Die Bestellung eines Vertreters ist nicht notwendig, sondern nur gestattet (Prot. III S. 676 VIII). Bei Inhaberpapieren kann die Zentralbehörde die Bestellung eines Vertreters zur Bedingung der Genehmigung machen (§ 795), wie dies in Baden durch § 12 G. v. 12. April 1892 vorgeschrieben ist. Sie ist nur wirksam, wenn sie in das Grundbuch eingetragen wird. Der Eintragungsvermerk muß den Namen des Vertreters angeben; im übrigen kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (Biermann Nr. 2, Planck Nr. 5 zu § 1189, Oberneck 1 S. 975). Zur Bestellung genügt bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber die einseitige Erklärung des Schuldners gegenüber dem Grundbuchamte, bei indossablen Papieren ist außerdem die Zustimmung des ersten Berechtigten erforderlich. Diese wird regelmäßig schon in der Annahme des Papiers zu finden sein, wenn sich aus diesem die Bestellung des Vertreters ergibt (Begr. zum G., betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen, v. 4. Dezember 1899). Ist die Eintragung der Hypothek bereits erfolgt, so bedarf es zur Eintragung eines

Vertreters der Einigung des Eigentümers mit allen Gläubigern, die sich durch den Besitz der Papiere und bezw. durch Indossament legitimieren müssen (BGB. § 873; KG. RJA. 6 S. 162). Auch ist dann die Bestellung des Vertreters auf den Urkunden zu vermerken (GBO. § 44 Abs. 1). Daß in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen (BGB. § 165), z. B. wegen Geistesschwäche oder Trunksucht Entmündigte, zu Treuhändern bestellt werden (Planck Nr. 4 zu § 1189), wird schwerlich vorkommen. Unwirksam wäre eine solche Bestellung nicht. Bei indossablen Papieren kann das emittierende Bankhaus als Vertreter bestellt und eingetragen werden (Prot. VI S. 260 Nr. 11; Planck a. a. O.), aber wirksam wird eine solche Bestellung erst mit der Emission, denn bis dahin ist das Bankhaus selbst der Gläubiger.

2. Der Vertreter ist befugt, mit Wirkung für und gegen spätere Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek unbeschränkt zu vertreten (§ 1189 Abs. 1 Satz 1). Ist der jeweilige Eigentümer berechtigt, vom Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu der der Vertreter befugt ist, so kann er von dem Vertreter die Vornahme der Verfügung verlangen (§ 1189 Abs. 2). Im Gesetz ist dem Vertreter nur die Befugnis zur Vertretung bei der Geltendmachung der Hypothek, nicht auch der Forderung, verliehen. Die Geltendmachung kann gerichtlich und außergerichtlich erfolgen; letztes z. B. durch Kündigung oder Mahnung. Die Kündigung enthält im Sinne des BGB. (§ 893) zugleich eine Verfügung über die Hypothek. Der Treuhänder ist demnach zur Kündigung nur befugt, wenn ihm diese Befugnis bei der Bestellung, an der er nicht mitwirkt, beigelegt ist. „Aus der Befugnis des Vertreters, seinerseits zu kündigen, ergibt sich zugleich die Befugnis, eine Kündigung des Eigentümers entgegenzunehmen" (Denkschr. z. BGB. S. 227). Seine Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung hat der Vertreter durch Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Eintragungsvermerks zu führen. Nach dem klaren Wortlaute des § 1189 ist der Treuhänder nur zur aktiven Geltendmachung der Hypothek befugt. Seine Passivlegitimation auf Klagen des Eigentümers, mit denen eine Verfügung über die Hypothek verlangt wird, ist nur gegeben, wenn er nach den bei seiner Bestellung getroffenen Bestimmungen zu der betreffenden Verfügung ermächtigt ist (§ 1189 Abs. 2). Das gleiche gilt von Klagen gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger (Planck Nr. 7 b zu § 1189). Der Treuhänder ist gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 53 ZPO (Oberneck 1 S. 973, Biermann Nr. 3 c, Planck Nr. 7 b zu § 1189; a. M. Fuchs Nr. 32 zu §§ 1187 ff) und hat daher Eide zu leisten, kann nicht als Zeuge vernommen werden ꝛc. (vgl. G. v. 4. Dezember 1899 § 14 Abs. 4). Als solcher kann er nach § 102 ZPO. nur zur Tragung der Kosten verurteilt werden, die er durch grobes Verschulden veranlaßt hat. Von wem die Kosten einzuziehen sind, wenn der Vertreter im Rechtsstreit unterliegt, ist nicht ersichtlich; es fehlt an einer dem § 14 Abs. 4 Satz 2 G. vom 4. Dezember 1899 entsprechenden Vorschrift, nach der der Schuldner, unbeschadet seines Rückgriffs gegen die Gläubiger, haftet. Analoge Anwendung dieser Bestimmung wäre nur möglich, wenn man sie mit Rücksicht auf die ähnliche Vorschrift im § 328 Abs. 2 Satz 2 HGB. als Ausfluß eines für derartige Verhältnisse allgemein geltenden Prinzips ansieht. Es wird mit Biermann (a. a. O.) anzunehmen sein, daß die Gläubiger die Prozeßkosten zu tragen haben. Durch die Befugnis des Vertreters zur Geltendmachung wird der Gläubiger von der selbständigen Geltendmachung nicht ausgeschlossen. Die Befugnisse des Vertreters zu Verfügungen über die Hypothek sind im Gesetze nicht umgrenzt, sondern bei Inhaberpapieren hat der Eigentümer allein, bei Orderpapieren unter zustimmender Mitwirkung des ersten Gläubigers, die Befugnisse genau zu bestimmen und diese Bestimmungen sind in das Grundbuch einzutragen, jedoch ist auch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (BGB. § 874) zulässig. Die Bestimmung kann negativ durch Aufzählung der Verfügungen, zu denen der Treuhänder nicht befugt sein soll, getroffen werden. Es ist aber auch zulässig, ihn zu allen Verfügungen zu ermächtigen (Biermann Nr. 3 a zu § 1189). Die sich aus dem Gesetz ergebende unbeschränkte Befugnis zur Geltendmachung ist nicht Gegenstand eines Grund-

buchvermerks (Planck Nr. 7 b zu § 1189). Im Einzelfall ist durch Auslegung der bei der Bestellung getroffenen Bestimmung zu beurteilen, ob eine vom Vertreter vorgenommene Verfügung innerhalb der ihm erteilten Befugnisse liegt. Bei der 2. Lesung wurde erwogen, daß Rechtsgeschäfte solcher Art nur von sach- und rechtskundigen Personen vorgenommen würden, daß es danach entbehrlich und unratsam sei, in das Gesetz irgend welche beengenden Vorschriften, namentlich etwa eine Auslegungsregel des Inhalts aufzunehmen, daß der Treuhänder im Zweifel zur Empfangnahme von Geld nicht befugt sein solle (Prot. VI S. 260 XI). Da jedoch bei allen im § 1187 gedachten Papieren der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde, bei Wechseln und anderen indossablen Papieren außerdem gegen Quittung auf dem Papiere zur Zahlung verpflichtet ist (BGB. § 797; WO. Art. 39; HGB. § 364 Abs. 3), ist der Vertreter zur Empfangnahme von Zahlungen nur ermächtigt, wenn er im Besitze der Papiere ist. In solchem Falle wird eine besondere Ermächtigung seitens der betreffenden Gläubiger vorliegen. Sind ihm die Papiere anvertraut, so wird darin zugleich die Ermächtigung zur Quittungsleistung zu finden sein (Biermann a. a. O.; a. M. Gierke SR. S. 905 Anm. 34, der annimmt, daß der Treuhänder zu Verfügungen über die Forderung, also auch zur Empfangnahme von Zahlungen nicht ermächtigt werden könne).

Nur mit Wirkung für und gegen den jeweiligen Gläubiger kann der Vertreter über die Hypothek verfügen. Er ist zu einer Verfügung, die im Bereiche seiner Vertretungsmacht liegt, dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, falls dieser berechtigt ist, die Verfügung vom Gläubiger zu verlangen (BGB. § 1189 Abs. 2). Diese Verpflichtung besteht nicht nur gegenüber dem ersten Besteller der Hypothek, sondern auch gegenüber jedem späteren Erwerber des verpfändeten Grundstücks, insbesondere auch gegenüber dem Erwerber eines Trennstücks (RG. Bolze 18 Nr. 636). Dieser hat gegen den Treuhänder einen direkten Anspruch auf Löschung der Hypothek, wenn die Entlassung des Trennstücks aus der Pfandhaft nach dem Bestellungsvertrage gefordert werden kann (Prot. III S. 676 VII). Neben dem Treuhänder ist auch der (jeweilige) Gläubiger, falls nicht nach Inhalt der Urkunde dem Treuhänder die ausschließliche Verfügungsbefugnis eingeräumt ist, zur grundbuchmäßigen Verfügung über die Hypothek und zu ihrer Geltendmachung berechtigt, wenn er die Urkunde auf den Inhaber oder das indossierte Orderpapier vorlegt, auf denen die Eintragung zu vermerken ist (GBO. § 44 Abs. 1). Der Treuhänder ist regelmäßig nicht im Besitze dieser Urkunden. Mit Rücksicht hierauf bedarf es der Vorlegung der Urkunde nicht, wenn eine Eintragung auf Grund seiner Bewilligung oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll (GBO. § 44 Abs. 2). Zweckmäßig wird der Treuhänder von grundbuchmäßigen Verfügungen des Gläubigers in analoger Anwendung des § 55 GBO. zu benachrichtigen sein.

3. Über die rechtliche Konstruktion der Vertretungsmacht des Treuhänders vgl. Prot. III S. 676 VII, Hachenburg Beitr. S. 165, Oberneck, S. 971, Endemann S. 522, Planck Nr. 2 zu § 1189, Gierke SR. S. 905). Der Treuhänder ist, obwohl seine Bestellung auch im Interesse des Eigentümers erfolgt, lediglich Vertreter der jeweiligen Hypothekengläubiger; aber ein Vertreter aus eigenem Recht (ähnlich wie der Testamentsvollstrecker). Sein Recht ist dinglicher Natur.

4. Erlöschen der Vertretungsmacht. Die Einsetzung des Vertreters bildet einen wesentlichen Bestandteil des ganzen Rechtsverhältnisses, auf dessen unveränderten Fortbestand sowohl der Schuldner als die Gläubiger ein Recht haben. Daraus ergibt sich von selbst, daß eine Abberufung des Vertreters nur durch Zusammenwirken beider erfolgen kann. Es ist eine Einigung erforderlich, die vom Eigentümer des Pfandgrundstücks und von sämtlichen legitimierten Inhabern der Papiere geschlossen werden muß, falls die Bestellungsurkunde nicht erleichternde Bestimmungen enthält. Außerdem ist Eintragung erforderlich, die von den Eigentümern oder den Gläubigern, nicht aber vom Treuhänder beantragt werden kann. Der bisherige Treuhänder bleibt formal so lange zur Vertretung

legitimiert, bis seine Löschung im Grundbuch erfolgt; materiell erlischt aber seine Vertretungsbefugnis mit seiner Abberufung. Dritten gegenüber kommen die §§ 892, 893 BGB. zur Anwendung. Für die infolge der Abberufung, des Todes, der Geschäftsunfähigkeit des Treuhänders oder des Erlöschens des seiner Vertretungsmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (BGB. § 168) notwendig werdende Bestellung eines neuen Vertreters gelten dieselben Grundsätze. Die Vertretungsbefugnis des neuen Vertreters beginnt erst mit der Eintragung. Das BGB. hat nach diesen Richtungen hin Bestimmungen nicht getroffen. Die 2. Komm. nahm an, daß regelmäßig in dem Bestellungsvertrage Vorsorge getroffen werden würde (Prot. III S. 676 VII).

B. Die Bestimmungen der §§ 16, 17 G., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. Dezember 1899 modifizieren die Stellung des nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters. Sind von jemand, der im Inlande seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, im Inlande Schuldverschreibungen mit im voraus bestimmten Nennwerten ausgestellt, die nach dem Verhältnisse dieser Werte den Gläubigern gleiche Rechte gewähren, so liegt eine Interessengemeinschaft der Gläubiger vor, die eine Organisation der zahlreichen und in der Regel nicht bekannten Beteiligten behufs Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Interessen erheischt. Eine solche Organisation ist im G. v. 4. Dezember 1899 in der Gläubigerversammlung gegeben, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Nennwerte der ausgegebenen Schuldverschreibungen zusammen mindestens 300 000 Mk. und die Zahl der ausgegebenen Stücke mindestens 300 betragen. Die von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlüsse haben nach den näheren Maßgaben dieses Gesetzes verbindliche Kraft für alle Gläubiger der bezeichneten Art. Die Versammlung kann insbesondere zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger einen gemeinsamen Vertreter für diese bestellen (§ 1). Ob die Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder an Order gestellt oder auch durch Zession übertragbar sind, ist gleichgültig. Durch das am 1. Januar 1900 in Kraft getretene G. (§ 26 Abs. 1), das auch auf die vorher ausgegebenen Schuldverschreibungen Anwendung findet (§ 26 Abs. 2), sind die Landesgesetze, die denselben Gegenstand regelten, aufgehoben; nur die landesgesetzlichen Vorschriften über die Versammlung und Vertretung der Pfandgläubiger einer Eisenbahn oder Kleinbahn in dem zur abgesonderten Befriedigung dieser Gläubiger aus den Bestandteilen der Bahneinheit bestimmten Verfahren bleiben unberührt (§ 25; Art. 112 EG. z. BGB). Jedoch ist das preuß. KleinbahnG. v. 19. August 1895, soweit es Vorschriften über die Gläubigerversammlung enthielt, durch das PG. v. 11. Juni 1902 Art. 1 Nr. 14 in Wegfall gekommen. An Stelle der aufgehobenen Bestimmungen ist das Reichsgesetz v. 4. Dezember 1899 anzuwenden. Nur für den Fall der Einstellung der Zwangsliquidation hat das G. v. 11. Juni 1902 besondere Bestimmungen über die Versammlung der Inhaber von Teilschuldverschreibungen (§§ 50—53). Die Zustimmung zur Einstellung wird nach Mehrheit der Stimmen gefaßt und bedarf der Bestätigung des Gerichts. Vor der Bestätigung ist die Bahnaufsichtsbehörde zu hören. Der rechtskräftig bestätigte Beschluß ist in Ausfertigung zu den Grundakten der Bahn zu bringen. Auf Schuldverschreibungen des Reiches, eines Bundesstaats oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung. Die Landesgesetze können jedoch bestimmen, daß die bezeichneten Vorschriften auch auf Schuldverschreibungen von Körperschaften des öffentlichen Rechtes Anwendung finden (§ 24). In Preußen ist bisher von dieser Befugnis kein Gebrauch gemacht. Die Gläubigerversammlung wird durch den Schuldner berufen (§ 3 Abs. 1). Sie ist auch zu berufen, wenn Gläubiger, deren Schuldverschreibungen zusammen den zwanzigsten Teil des Gesamtbetrags der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, oder ein von der Gläubigerversammlung bestellter Vertreter die Berufung schriftlich verlangen (§ 3 Abs. 2). Der Vertreter kann, wenn die Versammlung nicht durch ihn berufen ist, Gegenstände zur Beschlußfassung ankündigen (§ 7 Abs. 3). Die Befugnisse des von der Gläubigerversammlung bestellten Vertreters sind im § 14 geregelt.

Sie können durch Festsetzungen in den Schuldverschreibungen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 20). Bezüglich des Verhältnisses des nicht von der Versammlung bestellten Vertreters bestimmen:

§ 16. Die Befugnisse und Verpflichtungen eines Vertreters, dessen Bestellung gemäß § 1189 BGB. oder auf Grund einer bei Ausgabe der Schuldverschreibungen in verbindlicher Weise getroffenen Festsetzung erfolgt, werden durch die nach diesem Gesetze vorgenommene Bestellung eines Vertreters nicht berührt.

Die Rechte, welche nach den Vorschriften des § 3 und des § 7 Abs. 3 einem von der Gläubigerversammlung bestellten Vertreter hinsichtlich der Berufung der Versammlung und der Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung zustehen, können auch von einem Vertreter der im Abs. 1 bezeichneten Art geltend gemacht werden.

Auf Antrag von Gläubigern deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrags der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, kann das Gericht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, den Vertreter abberufen. Zuständig ist das im § 4 bezeichnete Amtsgericht. Vor der Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, sind soweit tunlich der Vertreter und der Schuldner zu hören. Gegen die Verfügung findet die sofortige Beschwerde statt.

§ 17. Die Vorschriften des § 16 finden auch auf einen Vertreter Anwendung, der für die Besitzer von Schuldverschreibungen vor dem Inkrafttreten des BGB. in Gemäßheit des bisherigen Rechtes bestellt worden ist oder nach dem Inkrafttreten des BGB. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in Gemäßheit des Landesrechts durch Eintragung in das Hypothekenbuch oder ein ähnliches Buch bestellt wird.

Ein solcher Vertreter steht im Sinne des § 44 Abs. 2 GBO. einem nach § 1189 BGB. bestellten Vertreter gleich. Dasselbe gilt in Ansehung eines durch die Gläubigerversammlung bestellten Vertreters.

1. Der auf Grund des § 1189 BGB. (oder auf Grund einer bei Ausgabe der Schuldverschreibungen in verbindlicher Weise getroffenen Festsetzung) bestellte Vertreter steht unabhängig von dem von der Gläubigerversammlung gewählten Vertreter. Die Gläubigerversammlung hat daher bei der Bestimmung der Befugnisse und Verpflichtungen des von ihr gewählten Vertreters auf die Rechte und Pflichten jenes Treuhänders Rücksicht zu nehmen. Der von ihr gewählte Vertreter darf in die Befugnisse des Treuhänders nicht eingreifen. Abgesehen hiervon bleibt die den Besitzern von Schuldverschreibungen durch das G. v. 4. Dezember 1899 verliehene Organisation auf die Stellung des nach § 1189 bestellten Treuhänders nicht ohne Einfluß. Die Gläubigerversammlung kann ihm noch andere Obliegenheiten übertragen, als die ihm auf Grund der Vorschriften des BGB. bei der Bestellung zugewiesenen, z. B. die Befugnis zur Geltendmachung der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung. Überdies „ist es schon an sich von erheblicher Bedeutung, wenn ihm jetzt die Gläubigerversammlung zur Seite treten kann, die in der Lage ist, für eine geeignete Überwachung seiner Tätigkeit zu sorgen und ihn gegebenenfalls zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten" (Begr. des § 16 G. v. 4. Dezember 1899). Letztes kann auch im Wege einer seitens des von der Gläubigerversammlung gewählten Vertreters anzustellenden Klage (z. B. auf Unterlassung einer beabsichtigten Verfügung über die Hypothek) geschehen. „Anderseits räumt § 16 Abs. 2 dem Treuhänder selbst hinsichtlich der Berufung der Versammlung und der Feststellung ihrer Tagesordnung alle diejenigen Rechte ein, die einem von der Versammlung bestellten Vertreter zustehen. Das Gesetz geht aber noch einen Schritt weiter, indem es die Abberufung des (nach § 1189 BGB. bestellten) Vertreters ermöglicht. Daß hierzu ein Beschluß der Gläubigerversammlung nicht genügen kann, folgt aus der Stellung des Vertreters ohne weiteres. Dagegen rechtfertigt es sich, eine gerichtliche Abberufung zuzulassen, wenn wichtige Gründe vorliegen, insbesondere wenn sich der Vertreter einer groben Verletzung seiner Pflichten gegenüber den Gläubigern schuldig macht oder wenn er zur Erfüllung seiner

Obliegenheiten unfähig wird. Vielleicht würden die Grundsätze über Treu und Glauben, die auch das in Frage stehende Rechtsverhältnis beherrschen, schon an sich zu dem Ergebnisse führen, daß der Schuldner, wenn Umstände der bezeichneten Art eintreten, den Gläubigern seine Mitwirkung zur Abberufung des Vertreters nicht versagen dürfe und daß in einem solchen Falle der Vertreter selbst ohne Rücksicht auf die zwischen ihm und dem Schuldner getroffenen Abreden der Abberufung Folge zu leisten habe. Immerhin bedürfte es, wenn der Schuldner und der Vertreter einem in solcher Weise geltend gemachten Verlangen der Gläubiger nicht nachkämen, der Erhebung einer förmlichen Klage zunächst gegen den Schuldner und dann noch gegen den Vertreter. In den Fällen, um die es sich hier handelt, wird aber meistens ein schleuniges Eingreifen nötig sein. Der Sachlage entspricht nur ein Verfahren in den einfacheren Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie es in dem RGFG. für ähnliche Fälle, namentlich für die gerichtliche Abberufung von Liquidatoren einer Handelsgesellschaft im § 145, vorgesehen ist." (Begr. des § 16.) Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat (§§ 4, 16 Abs. 3). Dieses tritt auf Antrag von Gläubigern in Tätigkeit, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrags der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen. Das Nähere über das Verfahren interessiert hier nicht. Die Abberufung muß in das Grundbuch eingetragen werden. Zum Eintragungsantrage sind der von der Gläubigerversammlung gewählte Vertreter, die Gläubiger, auf deren Antrag die Abberufung erfolgt ist, und der Eigentümer befugt. Dem Eintragungsantrag ist die vollstreckbare Entscheidung des Amtsgerichts in Ausfertigung beizufügen.

Ist der nach § 1189 BGB. bestellte Vertreter abberufen oder aus einem anderen Grunde weggefallen, so kann die Bestellung eines neuen Vertreters nur durch die Gläubigerversammlung nach dem G. v. 4. Dezember 1899 erfolgen (Begr. des § 16). Die Bestellung des neuen Vertreters muß in das Grundbuch eingetragen werden, wenn er zu Verfügungen über die Hypothek befugt sein soll. Den Antrag wird er selbst unter Beifügung des Beschlusses der Gläubigerversammlung (in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form) zu stellen haben.

2. „Was nach § 16 des G. v. 4. Dezember 1899 für den nach § 1189 BGB. eingesetzten Vertreter gilt, muß auch in Ansehung eines Vertreters Platz greifen, der vor dem Inkrafttreten des BGB. nach Landesrecht bestellt worden ist" (vgl. oben Anm. 1 S. 1000 f.). „Durch das BGB. wird die Wirksamkeit der vor seinem Inkrafttreten in der bezeichneten Weise begründeten Rechtsverhältnisse nicht berührt und ebenso mußte sich das Gesetz eines Eingreifens in die auf Vertragsfestsetzungen beruhenden Rechte der Beteiligten enthalten" (Begr. des § 17). Von der Reichstagskomm. wurde der zweite, mit „oder" eingeleitete Halbsatz des Abs. 1 § 17 eingefügt. Es wurde in dem KommBericht (Nr. 362 S. 16) ausgeführt, daß den im Halbs. 1 bezeichneten Fällen diejenigen Fälle gleichgestellt werden müßten, in denen nach dem Inkrafttreten des BGB. bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach den bis dahin geltenden landesgesetzlichen Vorschriften bei einer Hypothek durch Eintragung in das Hypothekenbuch oder ein ähnliches Buch ein Vertreter für die jeweiligen Gläubiger bestellt werde. Der zufällige Umstand, ob die Bestellung des Vertreters vor oder nach diesem Zeitpunkt erfolgt sei, dürfe eine Verschiedenheit in der rechtlichen Stellung eines solchen Vertreters nicht mit sich bringen. Von praktischer Bedeutung sei die Bestimmung für diejenigen Gebiete, wo das Grundbuch zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. noch nicht angelegt sei und daher für das Liegenschaftsrecht, insbesondere auch für die Bestellung eines Vertreters durch Eintragung, nach Art. 189 EG. z. BGB. einstweilen bis zur Anlegung des Grundbuchs das Landesrecht maßgebend bleibe. Auf alle diese Vertreter finden die Vorschriften, die im § 16 G. v. 4. Dezember 1899 für den nach § 1189 BGB. bestellten Vertreter getroffen sind, Anwendung. Ihre Befugnisse und Pflichten werden durch die von der Gläubigerversammlung getroffene

Bestellung eines Vertreters nicht berührt, sie können unter den Voraussetzungen und Formen des § 16 Abs. 3 G. v. 4. Dezember 1899 abberufen werden, sie haben die ihnen durch § 16 Abs. 2. §§ 3, 7 Abs. 3 eingeräumten Rechte.

„Im § 17 Abs. 2 ist eine Schwierigkeit beseitigt, die sich aus den Vorschriften der GBO. ergeben würde. Nach § 44 Abs. 1 GBO. sollen bei einer Hypothek für Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragen werden können, *spätere* Eintragungen nur erfolgen, wenn die sämtlichen Schuldverschreibungen vorgelegt werden. Diese Regel bleibt aber nach § 44 Abs. 2 außer Anwendung, wenn die Eintragung auf Grund der Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll. Die gleiche Ausnahme muß aber auch da Platz greifen, wo ein *vor* dem Inkrafttreten des BGB. in rechtsverbindlicher Weise bestellter Vertreter der Schuldverschreibungsbesitzer in Frage steht oder wo *nach* dem Inkrafttreten des BGB. ein zu Verfügungen über die Hypothek befugter Vertreter durch die Gläubigerversammlung bestellt ist, sei es, daß eine Bestellung nach § 1189 BGB. oder nach dem früher geltenden Rechte überhaupt nicht stattgefunden hat, sei es, daß der auf solche Weise bestellte Vertreter später weggefallen ist. Der § 17 Abs. 2 läßt demzufolge die in Frage stehende Vorschrift der GBO. auch auf die bezeichneten Vertreter Anwendung finden." (Begr. des § 17.)

3. Die Vorschriften des § 17 finden auf die bei *Hypothekenbanken* nach dem HypBankG. v. 13. Juli 1899 bestellten Vertreter der Pfandbriefgläubiger keine Anwendung (Begr. des § 17).

VI. Der Eintragungsvermerk kann etwa so gefaßt werden: „500000 Mk. (in Buchst.) nebst 3 Prozent jährlicher Zinsen, Sicherungshypothek, die der Kreis . . . für 500 mit 3 Prozent jährlich verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber über je 1000 Mk. unter der Bezeichnung . . . nach erfolgter Genehmigung des Ministers des . . . bestellt hat. Bezüglich der Zinszahlungstermine und der Rückzahlungsbedingungen wird auf die Eintragungsbewilligung vom . . . verwiesen. Zum Vertreter der Gläubiger ist der . . . nach § 1189 BGB. (oder nach § 14 G. v. 4. Dezember 1899, RGBl. S. 691) bestellt. Eingetragen am . . ."

§ 1190.

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist.

Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen.

I. *Die Höchstbetragshypothek des BGB.*

1. Eine Höchstbetragshypothek kann nicht bloß für eine zukünftige, sondern auch für eine gegenwärtige Forderung bestellt werden, auch ist es nicht ganz korrekt, wenn gesagt wird, die Höchstbetragshypothek setze voraus, daß der Betrag der Forderung noch ungewiß sei. Denn die Ungewißheit ist an sich ein rein subjektiver Zustand, an den hier, wo es sich um das die Höchstbetragshypothek objektiv von der normalen Hypothek unterscheidende Merkmal handelt, das Gesetz seine Vorschrift nicht knüpfen kann. Dieses Merkmal kann nur den Angaben der Beteiligten bei der Begründung des hypothekarischen Rechtes entnommen werden. Die normale Hypothek findet nur statt, wenn die Forderung nicht bloß

dem Grunde, sondern auch dem Betrage nach als eine bestimmte angegeben wird, gleichviel ob sie schon besteht oder nicht (§ 1113). Wird also der Forderungsbetrag als feststehend angegeben, so ist eine gewöhnliche Hypothek einzutragen, sofern nicht aus dem Vertrag erhellt, daß nur eine Sicherungshypothek in der Absicht der Vertragschließenden liegt. Wird dagegen Feststellung des Betrags der Forderung einer späteren Zeit vorbehalten, so ist die Begründung einer Höchstbetragshypothek als gewollt anzusehen und es kann nur eine solche eingetragen werden. (Vgl. Mot. III S. 620, 767.) Ergibt sich dieses Merkmal aus dem Eintragungsvermerke, so gilt die Hypothek als Höchstbetragshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist (§ 1190 Abs. 1, 3; vgl. Nr. II 2 S. 991). Die Höchstbetragshypothek wird im Gesetz als eine Unterart der Sicherungshypothek behandelt. Es finden auf sie daher die Bestimmungen der §§ 1184—1186 Anwendung, soweit sich aus dem § 1190 nicht Abweichungen ergeben. Abgesehen von den Besonderheiten, welche die rechtliche Natur der Höchstbetragshypothek als solche mit sich bringt (§ 1190 Abs. 1 u. 2), beschränken sich diese auf die Zulassung der Abtretung der Forderung ohne Eintragung und ohne Übertragung der Hypothek (§ 1190 Abs. 4; vgl. Anm. 9).

2. Eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1190 (Höchstbetragshypothek) kann nicht nur zur Sicherheit für die Forderungen eines Gläubigers, sondern gleichzeitig zur Sicherheit für die Forderungen verschiedener Gläubiger (z. B. mehrere Indossenten eines Wechsels oder mehrerer Bürgen für dieselbe Schuld) bestellt werden, dergestalt, daß die Hypothek für die Forderungen des einen Gläubigers erst dann und nur dann haften soll, wenn und insoweit der eingetragene Höchstbetrag der Hypothek die durch endgültige Abrechnung festgestellten Forderungen des anderen Gläubigers übersteigt. Auch während des Bestehens der Sicherungshypothek kann der Eigentümer mit Zustimmung des eingetragenen Gläubigers einen zweiten Gläubiger mit der Bestimmung eintragen lassen, daß ihm die Sicherungshypothek nur für den Anteil haften solle, den der erste Gläubiger von ihr nicht verbraucht. Aus § 1180 BGB. läßt sich unmittelbar herleiten, daß eine Sicherungshypothek dergestalt geteilt werden kann, daß sie nur noch mit dem einen Teile für das Schuldverhältnis, für welches sie ursprünglich bestellt war, haftet, während für den danach verbleibenden Rest der Sicherungshypothek ein neues Schuldverhältnis an die Stelle des früheren gesetzt wird, entweder in der Weise, daß der Eigentümer die freiwerdende Hypothek mit einer anderen persönlichen Forderung unmittelbar verbindet, oder daß das zweite Schuldverhältnis mit der Hypothek für den Fall und unter der Voraussetzung ihres gänzlichen oder teilweisen Freiwerdens verbunden wird. Der neue Gläubiger erlangt im ersten Falle ein unbedingtes, im anderen ein bedingtes Recht. (RG. RJA. 2 S. 187, Bd. 4 S. 129, JW. 28 S. A 145.)

Die Gründe, welche Eccius (D. JZ. 1902 S. 62, Gruch. 48 S. 438) für seine abweichende Ansicht vorbringt, werden das RG. kaum zum Abgehen von seiner Entscheidung bewegen. Daß es bei der sukzessiven Berechtigung zweier Gläubiger derselben Hypothek an einem bestimmten Berechtigten fehle, ist nicht anzuerkennen. Indem § 1115 BGB. die Angabe des Gläubigers fordert, schließt es eine Mehrheit, sei es gleichberechtigter, sei es nacheinander berechtigter, Gläubiger nicht aus. Der in zweiter Linie durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Gläubiger ist nicht weniger bestimmt, als der Gläubiger einer Hypothek mit bedingter Forderung (§ 1113 Abs. 2) oder als der Gläubiger einer bedingten Hypothek oder Grundschuld. Daß bei der Feststellung des Guthabens des Erstberechtigten mit dem Eigentümer auch der Zweitberechtigte zugezogen werden muß, geschieht im Einverständnis aller Beteiligten. Ob dasselbe wirtschaftliche Ergebnis vielleicht auch in anderer Weise – sicher aber nicht durch die Eintragung zweier Sicherungshypotheken hintereinander – erreicht werden kann, ist von keiner Bedeutung. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Begründung des RG. in allen Teilen zutrifft; jedenfalls spricht ein gesetzlicher Grund nicht gegen die Entscheidung, welche den Hypothekenverkehr um eine neue Form bereichert. Eccius sind Bruck (Eig.Hyp. S. 180 A. 16), Kretzschmar 1 S. 121, Planck Nr. 2 c zu § 1190, Nr. 4 a E. zu § 1113, Nr. 2 zu § 1189, Biermann Nr. 5 a und Kober Nr. 2 c zu § 1190, beigetreten. Gegen Eccius vgl. Fuchs (S. 578 Nr. 2 Abs. 2, S. 619 Nr. 6), Oberneck 1 S. 687.

3. Die Eintragung einer Sicherungshypothek des § 1190 mit dem Vermerke, daß sich der Eigentümer in Ansehung der Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe und die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein solle, ist unzulässig. Der § 800 ZPO. setzt eine dem § 794 Nr. 5 ZPO. entsprechende Urkunde voraus. Die Aufnahme derartiger Urkunden ist aber nur statthaft über einen bestehenden, wenn auch bedingten oder betagten Anspruch. Eine sofortige Zwangsvollstreckung wegen zukünftiger Ansprüche ist unzulässig. Außerdem sind nach § 794 Nr. 5 nur Urkunden über einen Anspruch zulässig, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstande hat. Diesem Erfordernis entspricht aber eine Urkunde nicht, die nur die Festsetzung eines Höchstbetrags enthält, bis zu dem das Grundstück haften soll, aus dem im übrigen aber eine Schuld in bestimmter Höhe nicht ersichtlich ist. (RG. RJA. 2 S. 202, JW. 28 S. A 146; München, Rsp. 1 S. 257, Bd 3 S. 295, Dresden das. Bd 8 S. 149; Planck Nr. 2 b zu § 1190, Nr. 6 Abs. 3 zu § 115; vgl. auch Z. f. d. Not. 1901 S. 77, 131, 307 Nr. 2.)

4. Die Zulassung des Vorbehalts der späteren Feststellung der Forderung (§ 1190 Abs. 1) hat nicht die Bedeutung eines Bruches mit dem Spezialitätsprinzipe. Die bestimmte Geldsumme ist hier ebenso wie in dem Falle, wenn die Hypothek für eine dem Betrage nach feststehende Forderung bestellt wird (§§ 1113, 1115), ein Begriffselement der Hypothek. Der Vorbehalt nötigt nur dazu, den höchsten Betrag, bis zu welchem das Grundstück für die Forderung haften soll, auf eine bestimmte Summe zu beschränken. Dieser Betrag muß daher in dem Begründungsvertrag angegeben und in das Grundbuch eingetragen werden (§ 1190 Abs. 1). Hierbei handelt es sich nicht um ein bloß formelles, sondern um ein materielles Erfordernis der Höchstbetragshypothek (§§ 1113, 1115; Mot. III S. 767). Fehlt in der Eintragungsbewilligung die Angabe des Höchstbetrags, so befindet sich der Grundbuchrichter in der rechtlichen Unmöglichkeit, die Eintragung zu verfügen (RG. JW. 7 S. 76). Die trotzdem ohne Angabe des Höchstbetrags bewirkte Eintragung entbehrt als ein den gesetzlichen Vorschriften widersprechender Akt jeder rechtlichen Bedeutung und ist von Amts wegen zu löschen (GBO. § 54 Abs. 1 Satz 2). Da über die Höchstbetragshypothek ein Brief nicht erteilt wird (BGB. § 1185), fehlt für die Anwendung des § 54 Abs. 2 GBO. die Voraussetzung.

5. Der Höchstbetrag begreift die gesamte Forderung in sich, wofür nach dem Begründungsvertrage die Haftung des Grundstücks in Aussicht genommen ist, also nicht nur das später festzustellende Kapital der Forderung, sondern auch die etwa von ihm zu entrichtenden Zinsen. (Mot. III S. 767.) Die Beschränkung der Haftung auf den Höchstbetrag bezieht sich nicht nur auf rechtsgeschäftliche, sondern auch auf gesetzliche Zinsen. Um Mißverständnisse zu verhüten, welche durch die Bezeichnung der Zinsen in dem Relativsatze des § 1129 Abs. 3 Satz 2 Entw. I „für welche das Grundstück in Gemäßheit der Begründung der Hypothek haftet" entstehen könnten, ist die jetzige Fassung des § 1190 Abs. 2 gewählt. Ist die Forderung, für welche die Höchstbetragshypothek bestellt ist, verzinslich, so darf die Verzinslichkeit und der Zinssatz — wie bisher RG. JW. 13 S. 150 — im Grundbuche nicht eingetragen werden, weil die Zinsen im Höchstbetrag enthalten sind. Die Anwendung des § 1199 Abs. 1 ist ausgeschlossen (Gierke SR. S. 868 A. 36). Dies gilt auch von anderen Nebenleistungen als Zinsen (Planck Nr. 2 b zu § 1190). Der Zusatz im § 1129 Abs. 3 Entw. I, der dies als Abweichung von der Vorschrift des § 1115 BGB. ausdrücklich aussprach, ist als selbstverständlich gestrichen (Prot. III S. 689). Wird eine Höchstbetragshypothek in voller Höhe in eine gewöhnliche Hypothek umgeschrieben, so können Zinsen bis zu fünf vom Hundert mit dem Range der umgewandelten Hypothek eingetragen werden. Gegenüber der Bestimmung im § 1190 Abs. 2 könnte dies zweifelhaft sein (vgl. Entw. I § 1129 Abs. 3 Satz 2 und Mot. III S. 767). Bei der 2. Lesung wurde es aber bejaht, weil „eine solche Eintragung nach der Umwandlung der Hypothek unzweifelhaft nach § 1119 BGB. zulässig, es aber unzweckmäßig wäre, die Eintragung nicht auch bei der

Umwandlung zu gestatten" (Prot. III S. 689). Dem hat sich die Rechtsprechung angeschlossen und auch in der Literatur ist kein Widerspruch hervorgetreten. Der Abs. 2 des § 1190 soll lediglich zum Ausdrucke bringen, daß der Gläubiger wegen aller ihm erwachsenen Forderungen einschließlich der ihm davon gebührenden Zinsen auf Grund der ihm dafür bestellten Höchstbetragshypothek *vor* deren Umwandlung seine Befriedigung aus dem Grundstücke zu keinem höheren als dem eingetragenen Höchstbetrage verlangen kann; er soll aber nichts darüber bestimmen, ob *bei* oder *nach* Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek die Verzinslichkeit dieser eingetragen werden darf. Hierfür enthält der § 1119 die maßgebende Bestimmung. Aus § 1190 Abs. 2 ergibt sich anderseits, daß bei der unverzinslichen oder mit weniger als 5 % verzinslichen Kautionsforderung die Eintragung einer Zinsverpflichtung bis zu 5 % erst vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab zulässig ist. Ist die Höchstbetragshypothek zu ihrem Höchstbetrag in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt, so kann eine Zinsverpflichtung bezüglich der bei der Umwandlung rückständigen Zinsen nicht eingetragen werden; denn diese mußten in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Soll die Haftung der Hypothek für rückständige Zinsen über den Höchstbetrag erweitert werden, so müssen zu solcher Änderung die dadurch beeinträchtigten nacheingetragenen Gläubiger ihre Zustimmung erteilen. (RG. E. 60 S. 243, KG. JW. 21 S. A 160, Bd 25 S. A 175, RJA. 3 S. 154, Planck Nr. 4 zu § 1186; für das bisher. preuß. Recht vgl. auch RG. Gruch. 47 S. 668.)

Wer hinter einer Höchstbetragshypothek eine weitere Hypothek nehmen will, muß bei Bemessung der Sicherheit mit der Möglichkeit rechnen, daß ihm nicht bloß der eingetragene Höchstbetrag, sondern auch der Betrag der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen davon zu fünf Prozent vorgehen werden. Ist z. B. eine Hypothek zum Höchstbetrage von 700 000 Mark für die Ansprüche des Gläubigers aus dem Kontokurrentverkehre mit dem Eigentümer eingetragen, diese demnächst in eine fünfprozentige Darlehnshypothek von gleicher Höhe formgerecht umgewandelt, dabei aber nicht zugleich auch das unterliegende Kontokurrent-Schuldverhältnis, das seiner Höhe nach noch ungewiß war, durch Anerkenntnis (Abrechnung) in ein festes (Darlehns-) Schuldverhältnis von bestimmter Höhe verwandelt, sondern es bei der bisherigen Ungewißheit der Höhe der Forderung belassen und vereinbart, daß die neu begründete gewöhnliche Hypothek, soweit sich ihr Realrecht auf das Kapital und die fünfprozentigen Zinsen erstreckt, zur Sicherung für die aus dem bisherigen und aus dem fortzusetzenden Kontokurrentverkehre erwachsenen oder künftig erwachsenden Ansprüche dienen soll: so kann der nacheingetragene Gläubiger nicht widersprechen, wenn im Zwangsversteigerungsverfahren der vorstehende Gläubiger auf sein Kontokurrentsaldo von 810 000 Mark liquidiert: a) Kapital 700 000 M., b) rückständige Zinsen aus der Zeit nach der Umwandlung 70 000 M., c) laufende Zinsen 17 888 M., zusammen 787 888 M. Die Befugnis des Eigentümers, für fünfprozentige Zinsen des Betrags, durch den bis dahin die Höchstbetragshypothek nach oben hin begrenzt wurde, eine besondere hypothekarische Sicherheit zu bestellen und dadurch die Vorschrift des § 1190 Abs. 2 außer Anwendung zu setzen, rechtfertigt sich schon dadurch, daß die Schaffung einer gewöhnlichen Hypothek zu dem Zwecke, damit sie für das innere Verhältnis der Kontrahenten zueinander lediglich die Funktion einer Höchstbetragshypothek versehe, dem Wesen der gewöhnlichen Hypothek nicht zuwiderläuft, daß der Gläubiger an der Gewinnung eines solchen umlauffähigen Sicherungsmittels ein berechtigtes Interesse haben kann, und daß deshalb eine Vereinbarung des erwähnten Inhalts als wirksam zu behandeln ist. (RG. E. 60 S. 243.)

Der Höchstbetrag umfaßt (wie bisher; RG. JMBl. 1888 S. 176, Gruch. 32 S. 1088) nicht die *Kosten*, für welche nach § 1118 das Grundstück haftet. Die Haftung besteht ja auch bei der gewöhnlichen Hypothek neben der Haftung für die aus dem Grundbuch ersichtliche Forderung. (Mot. III S. 768.)

6. Zur Begründung einer Höchstbetragshypothek ist gemäß § 873 die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. In einzelnen Fällen bedarf es der Einigung nicht, so bei einer Arresthypothek (ZPO. § 932) und bei der an dem Grundstücke des Vormundes zu bestellenden Sicherungshypothek (BGB. § 1844; RGFG. § 54). Die Einigung muß gerade die Bestellung einer Höchstbetragshypothek zum Gegenstande haben; betrifft sie eine Sicherungshypothek mit bestimmten

Betrag oder eine gewöhnliche Hypothek und ist dessenungeachtet eine Höchstbetragshypothek eingetragen, so ist diese wegen mangelnder Einigung nichtig, wenn die Eintragung nicht nachträglich vom Gläubiger genehmigt wird. Ebenso muß die Einigung darauf gerichtet sein, welche Forderungen durch die Hypothek gesichert werden sollen. Die Bezeichnung der Forderungen kann entweder so geschehen, daß die Höchstbetragshypothek für alle Ansprüche bestellt wird, die irgendwann und aus irgend einem Grunde dem Gläubiger gegen den Eigentümer oder einem Dritten erwachsen werden, so daß der Gläubiger innerhalb des eingetragenen Höchstbetrags jede Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann; oder, daß der Kreis der in den Höchstbetrag fallenden Forderungen bestimmt umgrenzt wird, daß also die Hypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, einer bestimmten Geschäftsverbindung sich ergebenden Forderungen dienen soll. Die erste Art der Bezeichnung hat für den Gläubiger den Vorteil, daß er mit der Entstehung der Forderung zugleich deren Sicherung durch die Hypothek nachweist. Wird die zweite Art gewählt, so empfiehlt es sich, das Rechtsverhältnis, aus welchem die durch die Hypothek zu sichernden Forderungen entstanden sind oder entstehen werden, so zu bezeichnen, daß kein Zweifel darüber aufkommen kann, ob die Forderungen in den durch die Hypothek gesicherten Geschäftskreis fallen oder nicht. Dem wird am besten dadurch entsprochen, daß der Vertrag, dessen Erfüllung durch die Höchstbetragshypothek gesichert werden soll, der Eintragungsbewilligung beigefügt und in dieser bezogen wird. Ergeben sich Zweifel in dieser Hinsicht, so muß der Gläubiger beweisen, daß die ihm zustehende Forderung zu den nach Absicht der Parteien durch die Hypothek gesicherten gehört (RG. Gruch. 42 S. 729). Ist im Begründungsvertrage bezw. in der Eintragungsbewilligung eine Forderung gar nicht bezeichnet, so daß die Hypothek alle etwaigen Ansprüche im Rahmen des Höchstbetrags umfaßt, so kann auch im Grundbuche die Forderung nicht bezeichnet werden. Ein solcher Begründungsvertrag scheint beim Eintragungsvermerk Abt. III Nr. 5 der Anl. A zur preuß. AVf. v. 20. November 1899 vorausgesetzt zu sein: „Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von Fünfhundert Mark für den Zimmermeister Hermann Zander in Seefeld eingetragen ꝛc." Grützmann hält eine solche Eintragung für unzulässig (Krit. VJSchr. 45 S. 259); derselben Ansicht sind Boehm, Biermann, Hachenburg, Gierke, Willenbücher, Fuchs. Ist dagegen der Kreis der Forderungen von den Beteiligten ausdrücklich umgrenzt, so muß gemäß § 1115 BGB. auch die Forderung, soweit tunlich, also das ihre Grundlage bildende Rechtsverhältnis mindestens mittelbar, durch den Hinweis auf die Eintragungsbewilligung, in das Grundbuch eingetragen werden. Ist dies unterblieben, so kann die Ergänzung des Vermerks, eventuell im Beschwerdewege, verlangt werden. (KG. JW. 23 S. A 237; vgl. auch Planck Nr. 2 d, Biermann Nr. 1, Kober Nr. 2 a zu § 1190, Bayer. Dienstanw. § 419 Abs. 2.)

Hat der Eigentümer auf seinem Grundstück eine Kautionshypothek zur Sicherung jemandes wegen einer von diesem für ihn bei einer bestimmten Kreditanstalt geleisteten Bürgschaft eintragen lassen, hat diese Kreditanstalt die Kreditgewährung abgelehnt, aber eine andere Kreditanstalt gegen schriftliche Verbürgung des Kautionsberechtigten dem Eigentümer den Kredit gewährt und waren alle Beteiligten darüber einig, daß die Kautionshypothek für diese Bürgschaft gelten solle: so ist die falsche Bezeichnung der Kreditanstalt für den Bestand der Kautionshypothek unerheblich und es besteht die Hypothek auf Grund der Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Kautionsberechtigten im Verhältnisse dieser Personen zueinander für die Bürgschaft, welche vom Kautionsberechtigten gegenüber der Kreditanstalt, die den Kredit gewährt hat, übernommen ist. Der Eigentümer — und, wenn dieser in Konkurs verfällt, der Konkursverwalter — kann aus dem abweichenden Inhalte der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsvermerks einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Hypothek gegen den Kautionsberechtigten nicht herleiten, ohne die Einrede der Vertragswidrigkeit oder der Arglist hervorzurufen. (RG. V 162. 02.)

Der eingetragene Gläubiger einer für einen zu gewährenden Kredit bestellten Höchstbetragshypothek kann, gleichviel ob er zur Kreditgewährung verpflichtet ist oder darin freie Hand hat, die Hypothek, bevor er noch irgend einen Kredit gewährt hat, an einen anderen abtreten mit der Wirkung, daß dieser den Kredit gewähren solle und seine Forderungen

aus der Kreditgewährung durch die Hypothek gesichert werden (München im Recht 1905 S. 194).

Ist das Vermögen einer Aktiengesellschaft nach § 306 HGB. auf eine andere Aktiengesellschaft übergegangen, so sind die Rechte der ersteren, also auch die für sie eingetragene Höchstbetragshypothek, soweit sie zur Sicherung ihrer Forderungen aus dem bisherigen Rechtsverkehre mit dem Schuldner dient, auf die andere übergegangen, und auch diese hat seit der Vermögensübernahme das Recht erlangt, daß ihr die Höchstbetragshypothek Sicherheit biete auch für diejenigen Forderungen, welche sie aus dem von ihr mit demselben Schuldner fortgesetzten Geschäftsverkehr erlangt hat oder künftig erlangen wird. Es kann deshalb auch bei der Höchstbetragshypothek im Grundbuche zusätzlich vermerkt werden, daß die Hypothek auch für die Forderungen der übernehmenden Gesellschaft aus deren Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit dem Schuldner hafte. (RG. JW. 28 S. A 146.)

Der § 1180 findet auch auf Höchstbetragshypotheken Anwendung. Ist z. B. eine Höchstbetragshypothek in eine Darlehnshypothek umgewandelt, nachdem vorher der Eigentümer sich mit dem Gläubiger formlos darüber geeinigt hatte, es solle in den Höchstbetrag eine Forderung des Gläubigers an einen Dritten, die der Eigentümer als eigene Schuld übernommen hatte, eingerechnet werden und die Hypothek für die eingeschobene Forderung haften: so ist die Vereinbarung der Einschiebung, obwohl sie formlos getroffen ist, mit der Eintragung der Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Darlehnshypothek nach § 873 Abs. 1 bindend geworden, da der im § 1180 bezogene § 873 Abs. 2 nur die Bindung vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig macht. (RG. E. 60 S. 259.)

7. Da der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184 Abs. 1, § 1190 Abs. 3), muß er zur Begründung der dinglichen Klage aus der Höchstbetragshypothek die Entstehung und den Umfang der Forderungen nachweisen, solange die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek nicht erfolgt ist. Dieser Nachweis liegt ihm (anders bei gewöhnlichen Hypotheken vgl. Anm. 2 S. 840 f.) auch dann ob, wenn der Eigentümer negatorisch auf Anerkennung klagt, daß keine Forderungen entstanden seien, und deshalb vom Gläubiger zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs die Bewilligung der Löschung oder der Umschreibung der Hypothek verlangt. Der Eigentümer hat in solchem Falle nur die Tilgung der etwa von ihm anerkannten oder sonst feststehenden Ansprüche des beklagten Gläubigers zu beweisen, wogegen dieser den Nachweis zu führen hat, daß und welche Forderungen sonst noch für ihn entstanden sind; der Eigentümer wird dann wieder für deren Tilgung beweispflichtig (RG. E. 18 S. 265, Bd 38 S. 246, JW. 1897 S. 336 Nr. 42). Die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs steht dem Eigentümer aber nicht eher zu, als bis die Höchstbetragshypothek erledigt ist, bis also feststeht, daß aus dem Geschäftsverkehre, wofür die Kaution bestellt ist, keine Forderungen mehr entstehen können. Denn dadurch, daß einzelne auch den Höchstbetrag der Hypothek erreichende Forderungen, für deren Gesamtbetrag eine Höchstbetragshypothek bestellt worden, getilgt sind, wird der Bestand der Hypothek nicht berührt; solange das Verhältnis dauert, auf welches sich die Höchstbetragshypothek bezieht, haftet diese bis zu ihrem Höchstbetrage für alle daraus entstehenden Forderungen. Das Erlöschen der einen Forderung durch Tilgung hat nur zur Folge, daß innerhalb des Höchstbetrags Raum für eine andere Forderung wird. (RG. JW. 1902 Beil. S. 203.) „Zahlungen, die dem Gläubiger während des Weiterbestehens des Rechtsverhältnisses gemacht werden, berühren nicht schon an sich den Fortbestand der Hypothek, weil das Grundstück — wenn auch nur zu dem eingetragenen Höchstbetrage, so doch — für alle Forderungen aus dem bezüglichen Rechtsverhältnisse haftet. Durch solche Zahlungen kann die Haftung des Grundstücks nur auf dem Wege verringert werden, daß entweder im Sinne der § 1143 Abs. 1 BGB. aus dem Grundstücke gezahlt wird, wodurch die Hypothek nach § 1181 zu dem gezahlten Betrag erlischt, oder daß die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag und insoweit eine Aufhebung der Hypothek (§ 1183) vereinbart wird." (RG. E. 56 S. 322.) Auch nach Erledigung des Kreditverhältnisses steht dem Eigentümer der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nur dann unbedingt zu, wenn entweder überhaupt keine Forderungen entstanden sind oder wenn er die entstandenen Forderungen

getilgt hat. Im ersten Falle steht die Hypothek dem bestellenden, im anderen dem derzeitigen Eigentümer zu. Ist der Eigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner und hat der persönliche Schuldner den Gläubiger wegen seines Guthabens aus dem Geschäftsverkehre, für das vom Eigentümer die Höchstbetragshypothek bestellt ist, befriedigt, so geht die Hypothek, soweit der Schuldner vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, nicht auf den Eigentümer, sondern auf den Schuldner über (§ 1164). Bei nur teilweiser Befriedigung erwirbt der persönliche Schuldner die Hypothek nur als eine eventuelle, nämlich für den Fall, daß die Forderung bei der definitiven Abrechnung den Betrag der Hypothek nicht erreicht.

Da der § 1138 auf die Sicherungshypothek keine Anwendung findet (§ 1185 Abs. 2), so stehen dem Eigentümer die Einreden gegen die Ansprüche aus der Höchstbetragshypothek unbeschränkt zu nicht nur gegenüber dem Kautionsgläubiger selbst, sondern auch gegenüber dessen Zessionar ohne Rücksicht darauf, ob sie im Grundbuch eingetragen sind oder diesem bekannt waren oder nicht. Der Einwand der Verjährung der Forderung ist jedoch gegen die Klage aus der Hypothek ausgeschlossen (BGB. §§ 223, 902).

8. Die Höchstbetragshypothek ist eine wirkliche Hypothek, welche sofort mit der Eintragung das Grundstück in Höhe des eingetragenen Betrags dinglich belastet. Sie ist nicht eine bedingte Hypothek, deren Bestand davon abhängig ist, daß dem Gläubiger aus dem Geschäftsverkehre, für welchen sie bestellt worden, Forderungen erwachsen. Denn auch dann, wenn überhaupt keine Forderungen zur Entstehung gelangen, bleibt die Hypothek bestehen und steht dem zu, der zur Zeit der Bestellung Eigentümer war (§ 1163 Abs. 1 Satz 1; vgl. Anm. 9 S. 1022 f. So auch Planck 3 S. 524, Hirsch im Arch. für bürg. R. 25 S. 251, RG. JW. 29 S. B 50 f.; a. M. Reinhard im Recht 1902 S. 31). Gleich- oder nachstehende Berechtigte haben deshalb kein Interesse daran, ob und wieweit der eingetragene Höchstbetrag durch Forderungen ausgefüllt wird. Auch wer nach Eintragung der Höchstbetragshypothek das damit belastete Grundstück erwirbt, muß die Hypothek gelten lassen, ohne Unterschied, ob er sie in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat oder nicht; denn er kann sie nur dadurch erwerben, daß er den Gläubiger befriedigt. Hieraus folgt, daß der Kautionsschuldner den Geschäftsverkehr mit dem Gläubiger ohne Rücksicht auf später eingetragene Berechtigte und nach der Veräußerung des Grundstücks fortsetzen darf. Es ergibt sich ferner, daß der Eigentümer durch die in dem Beschlusse, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet ist, enthaltene Beschlagnahme des Grundstücks (ZVG. §§ 20 ff.) nicht gehindert wird, bis zur Verteilung des Versteigerungserlöses willkürlich neue Forderungen, die in der Höchstbetragshypothek Sicherung finden, zur Entstehung zu bringen, da außer ihm selbst niemand davon berührt wird (a. M. Boehm S. 296 VIII; über das frühere Recht vgl. unten Anm. 11). Welche Forderungen in den eingetragenen Höchstbetrag bei der Verteilung des Erlöses fallen sollen, hat der Gläubiger lediglich mit dem Eigentümer auszumachen. Reicht der Versteigerungserlös zur Befriedigung aller der Höchstbetragshypothek unterfallenden Forderungen nicht aus oder übersteigt der Gesamtbetrag dieser Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag, so hat der Gläubiger, wenn nicht besondere Verabredungen darüber getroffen sind, zu bestimmen, auf welche Forderungen er den auf seine Hypothek fallenden Teil des Erlöses verrechnen will. (Dernburg HypR. § 27 Nr. 3, so auch Biermann u. Kober; a. M. RG. JW. 1885 S. 220.) Mit Rücksicht auf die bisherige Meinungsverschiedenheit hierüber wurde bei der 2. Lesung die Aufnahme folgender Bestimmungen beantragt: „Haftet die Hypothek für mehrere Forderungen und übersteigt der Betrag derselben den Höchstbetrag der Hypothek, so bestimmt der Gläubiger, für welche Forderungen die Hypothek haften soll." „Gegen diesen Vorschlag wurde eingewendet, er erscheine geeigneter, Zweifel zu erregen als zu beseitigen; es frage sich u. a., welche Bedeutung die Vorschrift gegenüber dem § 1142 haben, wie die Bestimmung des Gläubigers getroffen werden, wie sich das Bestimmungsrecht im Falle der Abtretung einer der gesicherten Forderungen gestalten solle. Das angeführte Urteil des Reichsgerichts beruhe auf einer

Verkennung der Aufgabe des Vollstreckungsgerichts. Der Antragsteller zog hierauf den Antrag zurück." (Prot. III S. 689 Nr. 6, S. 692 F.)

Mit der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen verliert der Eigentümer die Befugnis, die Höchstbetragshypothek durch neue Forderungen auszufüllen (KO. §§ 6, 7, 15); nur der Konkursverwalter ist von da ab berechtigt, den durch die Hypothek gesicherten Geschäftsverkehr mit dem Kautionsgläubiger fortzusetzen (§ 6 Abs. 2).

9. Nach § 1185 Abs. 1 ist bei der Sicherungshypothek die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen. Die Übertragung der durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung kann daher nach § 1154 Abs. 3 nur durch Einigung und Eintragung (§ 873), und zwar nicht ohne die Hypothek, erfolgen (§ 1153). Dies ist aber nur für den Fall ein angemessenes Ergebnis, daß die Übertragung geschieht, nachdem die vorbehaltene Feststellung durch Vertrag oder durch Urteil stattgefunden hat. Dagegen würde die unbeschränkte Anwendung jener Regel dann nicht angemessen sein, wenn eine einzelne Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnisse während dessen Dauer übertragen wird, weil sie zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führen, hierdurch aber mit der Absicht der Beteiligten bei der Begründung der Hypothek nicht selten in Widerspruch treten müßte. Um ein solches nicht befriedigendes Ergebnis zu vermeiden, ermöglicht der Abs. 4 des § 1190 — wie im § 1129 Abs. 4 Entw. I für alle Sicherungshypotheken vorgeschlagen war — die Übertragung einer durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung auch nach Maßgabe der für die Übertragung einer nicht durch Hypothek gesicherten Forderung geltenden Vorschriften (§§ 398 ff.) und schließt, wenn nur nach Maßgabe dieser Vorschriften übertragen wird, den Mitübergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger aus.

Wenn der Abs. 4 des § 1190 auch nur auf die Übertragung einer Einzelforderung vor Feststellung des Schlußguthabens berechnet ist, so trifft er durch seine allgemeine Fassung doch auch den Fall, daß die Forderung übertragen wird, nachdem die vorbehaltene Feststellung ihres Betrags bewirkt worden ist. Er schließt offenbar auch die Übertragung einer einzelnen Forderung mit der Hypothek nicht aus. Ist dies geschehen und die Forderung im Grundbuch auf den Namen des neuen Gläubigers umgeschrieben, hiernächst aber letzterer von dem Eigentümer befriedigt worden, so erlischt insoweit mit der Forderung nicht die Hypothek, sondern es erwirbt sie der Eigentümer zu dem Betrage der getilgten Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2). Den Gläubiger, welchem die Hypothek wegen des nicht übertragenen Betrags verbleibt, trifft dann der Nachteil, daß er, soweit sein Guthaben bei der Schlußfeststellung diesen Betrag übersteigt, nicht zu dem ganzen eingetragenen Höchstbetrage, sondern nur zu dem ihm verbliebenen Reste seine Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann. Dasselbe gilt, wenn die Einzelforderung mit der Hypothek im Zwangsweg überwiesen ist. Indem die Forderung mit der Hypothek abgetreten oder überwiesen ist, hat sich auch die Hypothek von der Person des bisherigen Gläubigers losgelöst und sie kann mit derselben nicht dadurch wieder vereinigt werden, daß der Eigentümer den neuen Gläubiger befriedigt. Ist nach dem Vertrage, wodurch die Höchstbetragshypothek begründet worden, anzunehmen, daß durch die Hypothek nur das festgestellte Schlußguthaben, nicht aber die einzelnen Forderungen, welche vor der Feststellung des Schlußguthabens sich ergeben, sichergestellt werden sollen, so ist dadurch die Übertragung einer einzelnen Forderung mit der Hypothek ausgeschlossen. (Vgl. Mot. III S. 768; a. M. Biermann Nr. 4 zu § 1190.)

Der Satz des § 1153 Abs. 2, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, findet auch auf die Höchstbetragshypothek Anwendung. Die Eintragung der Abtretung eines Teils des Höchstbetrags der Hypothek seitens des Gläubigers ohne die durch sie gesicherte Forderung ist unzulässig (RG. RJA. 4 S. 240). Dagegen ist die Vorschrift des Abs. 1 des § 1153, daß mit der Übertragung der Forderung die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht, durch Abs. 4 des § 1190 modifiziert. Für die Übertragung

Digitized by Google

der durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung gilt zwar auch das Erfordernis der Eintragung, aber die Abtretung der Forderung ist nicht von der Eintragung abhängig, sie kann vielmehr in derselben Weise, wie die Abtretung von Forderungen, für die keine Hypothek besteht (§ 398), erfolgen. Liegt solche Abtretung vor, so wird dadurch der Übergang der Hypothek ausgeschlossen. Die abgetretene Forderung scheidet aus dem Hypothekenverband aus und geht als persönliche auf den neuen Gläubiger über. Die Höchstbetragshypothek wird durch den Austritt der Forderung nicht berührt, sie haftet in ihrem ganzen Betrage für die übrigen aus dem betreffenden Rechtsverhältnis erwachsenen und noch erwachsenden Forderungen fort (Boethke in Gruch. 45 S. 187, Planck Nr. 3 b zu § 1190, Hachenburg Vortr. S. 599 f.). Der Ausschluß des Übergangs der Hypothek hat nicht die Wirkung des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek; der Eigentümer erwirbt nicht die Höchstbetragshypothek zu dem Betrage der abgetretenen Forderung (§ 1168). Selbst wenn der Eigentümer den neuen Gläubiger befriedigt, erwirbt er nicht gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek, sondern er tilgt eine Forderung, mit der kein Hypothekenrecht mehr verbunden ist. Ob die durch Eintragung oder ohne solche abgetretene Forderung bereits festgestellt ist oder nicht, macht hinsichtlich der angegebenen Wirkungen der beiden Arten der Abtretung keinen Unterschied. Ist sie nicht festgestellt, so erwirbt sie der neue Gläubiger mit allen ihr anhaftenden Einreden.

Ist eine Forderung bisher noch nicht entstanden, besteht aber das gesicherte Rechtsverhältnis und können aus ihm Forderungen entstehen, so kann der Gläubiger die Hypothek ohne Forderung übertragen, was dann unter dem Vorbehalte geschieht, daß demnächst eine Forderung entsteht (RG. RJA. 3 S. 90, Bd 4 S. 240, München im Recht 1905 S. 194).

Ist der Geschäftsverkehr, zu dessen Sicherung die Höchstbetragshypothek bestellt worden, abgeschlossen und das Schlußguthaben festgestellt, so ist dadurch die bisher ihrem Betrage nach unbestimmte Forderung zu einer bestimmten geworden. Soweit das Schlußguthaben den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreicht, steht die Hypothek dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 Satz 1; vgl. Anm. 1 Abs. 2 S. 997). Das Gesetz schließt nicht aus, daß der Gläubiger sein festgestelltes Gesamtguthaben ganz oder zum Teile oder eine einzelne Forderung daraus gemäß § 1190 Abs. 4 ohne Eintragung abtritt (a. M. Biermann Nr. 4 zu § 1190, Oberneck 1 S. 962, Willenbücher S. 256 Nr. 8). In solchem (kaum zu erwartenden) Falle steht der Ausschluß des Übergangs der Hypothek in seiner Wirkung dem Verzichte des Gläubigers auf die Hypothek gleich: der Eigentümer erwirbt die Hypothek zum abgetretenen Betrage (§ 1168), der neue Gläubiger erhält nur eine persönliche Forderung (Rathenau kommt auf anderem Wege zu demselben Ergebnis, Arch. f. bürg. R. 17 S. 192). Wird die Abtretung unter Bewilligung der Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch erklärt, so ist die Abtretung der Forderung mit der Hypothek gewollt und wird mit der Umschreibung der Hypothek im Grundbuch auf den Namen des neuen Gläubigers vollzogen. Durch die Befriedigung des neuen Gläubigers erwirbt dann der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), und zwar gemäß § 1177 als Eigentümergrundschuld (RG. JW. 21 S. A 159).

Ob im einzelnen Falle die Abtretung der Forderung mit oder ohne die Hypothek gewollt ist, läßt sich aus der Art der Abtretung erkennen. Liegt ein bloß obligatorischer Abtretungsvertrag vor, in welchem nicht zugleich die Umschreibung der Hypothek auf den neuen Gläubiger bewilligt ist, so wird man die Abtretung ohne die Hypothek als gewollt anzusehen haben. Der § 401 findet dann keine Anwendung. Entspricht dies der Absicht der Beteiligten nicht, so kann der neue Gläubiger die Abtretung auch der Hypothek erzwingen. Die Aufnahme der Auslegungsregel, daß, falls die Forderung vor erfolgter Feststellung des Betrags übertragen werde, im Zweifel anzunehmen sei, es solle die Forderung ohne die Hypothek übertragen werden, ist abgelehnt, weil diese Regel nicht für alle Fälle passe, sich aber, soweit sie richtig sei, von selbst verstehe (Prot. III S. 690 D).

Im Anschluß an § 1190 Abs. 4 BGB. bestimmt § 837 Abs. 3 ZPO.: „Bei einer

Sicherungshypothek der im § 1190 BGB. bezeichneten Art kann die Hauptforderung nach den allgemeinen Vorschriften *gepfändet* und *überwiesen* werden, wenn der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungs Statt beantragt." Es erfolgt dann die Pfändung und Überweisung der Forderung an Zahlungs Statt nach den Vorschriften der §§ 829—835 ZPO., mithin ohne Eintragung in das Grundbuch. Soll dagegen die Forderung *mit* der Hypothek an Zahlungs Statt überwiesen werden, so bedarf es nach § 830 Abs. 1 Satz 3 und § 837 Abs. 1 Satz 2 ZPO. sowohl zur Pfändung als auch zur Überweisung der Forderung der Eintragung in das Grundbuch (RG. E. 55 S. 378, Bd 56 S. 322).

Aus § 1190 Abs. 4 folgt nicht, daß bei der Höchstbetragshypothek unter allen Umständen die Forderung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden muß, und daß der Gläubiger nicht auch die Forderung mit der Hypothek in den Formen des § 1154 Abs. 3 übertragen dürfe (a. M. nur Planck Nr. 3 b zu § 1190). Freilich ist mit der zuletzt erwähnten Art der Übertragung die Wirkung verbunden, daß der Gläubiger für den Fall der Feststellung eines die abgetretene Summe übersteigenden Betrags der Forderung die Hypothek insoweit verliert, als dieser Betrag die Grenze der eingetragenen Haftsumme überschreitet (vgl. Abs. 2 dieser Anm.). Daß die Forderung nur nach ihrer ziffermäßigen Feststellung mit der Hypothek abtretungsfähig sei, geht aus dem Gesetze nicht hervor. Selbstverständlich erfolgt aber die Abtretung einer noch nicht festgestellten Forderung mit der Hypothek mit dem Vorbehalte demnächstiger Feststellung. Ist in der Abtretungsurkunde die abzutretende Höchstbetragshypothek nicht als solche, sondern als Sicherungshypothek bezeichnet, so darf deshalb die Umschreibung nicht abgelehnt werden, wenn sich aus der Urkunde unzweifelhaft ergibt, daß nicht eine gewöhnliche Sicherungshypothek im Sinne des § 1184, sondern die eingetragene Höchstbetragshypothek hat abgetreten werden sollen. (KG. RJA. 3 S. 90.)

10. Die Bestimmungen über die *Eigentümerhypothek* und über den Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden persönlichen Schuldner (§§ 1163—1165, 1168, 1169, 1172—1176) sind von der Anwendung auf die Sicherungshypothek und, da im § 1190 etwas anderes nicht bestimmt ist, von der Anwendung auf die Höchstbetragshypothek nicht ausgeschlossen (vgl. Anm. II 5 S. 996). Besondere Schwierigkeiten ergeben sich hieraus, wenn die durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung nur teilweise erlischt oder der Gläubiger nur für einen Teil der Forderung auf die Hypothek verzichtet. Der Antrag, zur Vermeidung vielfacher Zweifel durch Aufnahme einer besonderen Vorschrift die Anwendung jener Bestimmungen zu erleichtern, wurde abgelehnt, weil es sich lediglich darum handle, die aus der Natur der Höchstbetragshypothek sich ergebenden Folgerungen im Gesetze klarzustellen, die Lösung etwaiger Schwierigkeiten aber umsomehr der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen werden könne, als die betreffenden Fragen nicht gerade häufig zur Entscheidung kommen würden. Gegen die sachliche Richtigkeit folgender Ausführungen wurden bei der 2. Lesung von keiner Seite Einwendungen erhoben. „Die Besonderheit der Kautionshypothek besteht darin, daß sie für eine Forderung bestellt ist, deren Betrag möglicherweise den Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks übersteigt. Bis zum Höchstbetrage haftet das Grundstück für jeden Teil der Forderung: die Hypothek wird dadurch, daß die Forderung zum Teile erlischt, nicht zum Betrage dieses Teiles erledigt, sondern besteht bis zum Höchstbetrage für den Rest der Forderung in gleicher Weise fort, wie wenn der erloschene Teil der Forderung niemals bestanden hätte. Wenn also der Eigentümer, der selbst persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger wegen eines Teiles der Forderung befriedigt, so kann er eine Eigentümerhypothek nur insoweit erwerben, als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht. Ist die Kautionshypothek für alle Forderungen bestellt, die aus einem gewissen Rechtsverhältnis entstehen, und wird der Gläubiger wegen einer dieser Forderungen vor dem Abschlusse des Rechtsverhältnisses vom Eigentümer befriedigt, so bleibt die Entscheidung, ob und zu welchem Betrage durch die

Teilbefriedigung eine Eigentümerhypothek entsteht, so lange in der Schwebe, bis nach der Beendigung des Verhältnisses feststeht, ob die aus ihm entstandenen Forderungen den Höchstbetrag der Hypothek erreichen oder nicht. Dasselbe gilt, wenn der dem Eigentümer gegenüber zum Rückgriffe berechtigte persönliche Schuldner den Gläubiger wegen eines Teiles der Forderung befriedigt, von dem Übergange der Hypothek auf den Schuldner (§§ 1164, 1174, 1176); ferner von der Entstehung einer Eigentümerhypothek, wenn eine Teilforderung in anderer Weise als durch Befriedigung erlischt (§ 1163), und von der Entstehung der Eigentümerhypothek im Falle des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek für einen Teil der Forderung (§ 1168). — Die Befriedigung aus dem Grundstücke kann bis zum Höchstbetrage der Forderung nur einmal verlangt werden; der Betrag der aus dem Grundstücke beigetriebenen Teilforderung geht also vom Höchstbetrag ab. Wenn der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Teilbefriedigung erfolgt ist, von dem Eigentümer oder dem früheren Eigentümer eines mitverhafteten Grundstücks Ersatz verlangen kann, so ist die nach § 1182 auf ihn übergehende Teilhypothek an dem mitverhafteten Grundstücke nicht davon abhängig, daß der Rest der Forderung nicht den Rest des Betrags der Hypothek übersteigt. Ähnlich wie der Fall der teilweisen Befriedigung aus dem Grundstücke sind die Fälle zu beurteilen, wenn der Gläubiger von dem nicht persönlich haftenden Eigentümer (§§ 1143, 1173) oder von einem nach § 268 zur Ablösung Berechtigten wegen einer Teilforderung befriedigt wird, nur tritt in diesem Falle auch nicht ein teilweises Erlöschen der Forderung, sondern ein teilweiser Übergang mit der Hypothek auf den Befriedigenden ein." (Prot. III S. 690 E; a. M. nur Fuchs 1 Nr. 13 zu § 1190).

Nach Hirsch (Arch. f. bürg. R. 25 S. 235 ff.) ist auch die Höchstbetragshypothek, soweit Forderungen aus dem zu sichernden Rechtsverhältnis jeweils nicht entstanden sind, Eigentümerhypothek, aber eine ganz besonders geartete vorläufige Eigentümerhypothek ohne Surrogationsbefugnis, d. h. ohne die Befugnis, den bei zwangsweiser Veräußerung des Pfandgrundstücks erzielten Erlös als Surrogat für das verlorene Eigentum zu verlangen. Sie verleiht ihrem Subjekte nur eine Anwartschaft auf Erwerb einer endgültigen Eigentümerhypothek. Der Hypothekengläubiger erwirbt schon während der Schwebezeit eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek zu vollem Recht. Dieser Ansicht ist auch Gierke (SR. S. 908) beigetreten.

„Die Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) ist nicht, wie nach § 1163 Abs. 2 im Regelfalle die Briefhypothek, zunächst Eigentümerhypothek, sondern kann dies nur werden und zwar erst dann, wenn es sich nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden hat, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie eingetragen ist, unter dem Höchstbetrage bleiben. Erst dann hat sich herausgestellt, daß die Forderungen, für welche sie bestellt ist, insoweit nicht zur Entstehung gelangt sind (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Bis dahin bleibt die Hypothek das, als was sie im Grundbuch eingetragen ist: eine zu einem Höchstbetrag eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger, bei der die Feststellung der Forderung, für die sie haftet, vorbehalten bleibt (§ 1190 Abs. 1). Der Vorbehalt dieser Feststellung gehört also zum gesetzlichen Begriffe der sog. Höchstbetragshypothek, und daraus folgt, daß der eingetragene Gläubiger ein Recht darauf hat, daß diese Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts erfolgt und nicht im Widerspruche mit diesem, sei es durch den Eigentümer, sei es durch dritte, verhindert oder unterbrochen wird. Solange und soweit diese Feststellung noch aussteht, liegt die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek: Nichtentstehen einer zu sichernden Forderung, nicht vor; sie ist erst dann gegeben, wenn nach dem der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte keine Forderungen mehr entstehen können und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen. Den der Höchstbetragshypothek entsprechenden Grundstückswert hat der Eigentümer, solange das Kreditverhältnis besteht, nicht zu seiner freien Verfügung, auch nicht in dem Betrage, der die aus diesem Verhältnisse bis dahin entsprungenen Forderungen überragt, sondern verfügen kann er darüber nur mit der Bedingung, daß nicht auch diesem Betrage noch Forderungen aus dem Kredit-

verhältnisse gegenübertreten. Mehr Rechte können darum auch seine Gläubiger nicht durch eine Pfändung der Eigentümerhypothek oder des Rechts auf Gewinnung einer solchen erlangen." (RG. E. 51 S. 115, Bd 56 S. 322, Bd 61 S. 37; RG. JW. 29 S. B 50 f.)

Der Zeitpunkt, in welchem festgestellt werden kann, ob eine Forderung, wofür die Höchstbetragshypothek besteht, nicht oder nicht über eine bestimmte Höhe hinaus zur Entstehung gelangt ist, kann nicht in der Beendigung des Grundverhältnisses (Krediteröffnung, Geschäftsverbindung, Vermögensverwaltung ꝛc.) gefunden werden; denn wenn auch neue Forderungen aus dem Grundverhältnisse nicht mehr entstehen können, so wird doch die Feststellung der Höhe der entstandenen Ansprüche nicht ausreichen, wenigstens dann nicht, wenn der Gläubiger von seinem Guthaben Zinsen zu beanspruchen hat, für welche die Hypothek mithaftet (§ 1190 Abs. 2). Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers im Zwangsversteigerungsverfahren, so ist der Zeitpunkt, in welchem die endgültige Feststellung des Bestehens und der Höhe der Forderung getroffen werden kann, der Verteilungstermin. Erst mit diesem Termine schließt die Möglichkeit des Entstehens weiterer Forderungen ab und erst mit ihm endet die Verzinsung des Guthabens, wofür die Hypothek haftet. (RG. E. 55 S. 217, dagegen Kretzschmar in Lodes ZBl. 4 S. 195, dafür Jaeckel das. S. 279.

Die Anwendung des § 1163 Abs. 1 auf die Höchstbetragshypothek führt zu folgenden Ergebnissen (vgl. Nr. 6 S. 918). Ist der Besteller der Hypothek bei der Abwicklung des Kreditverhältnisses noch Eigentümer des Pfandgrundstücks, so steht ihm der Betrag der Hypothek, auf welchen der Gläubiger kein Recht hat, zu ohne Unterschied, ob der Überschuß durch Nichtentstehen oder durch Erlöschen von Forderungen entstanden ist. Ist dagegen ein Wechsel im Eigentum eingetreten, so steht dem Besteller nur derjenige Betrag der Hypothek zu, auf den der Gläubiger infolge Nichtentstehens von Forderungen kein Recht hat, während derjenige Betrag, welcher durch Erlöschen von Forderungen frei geworden ist, von demjenigen erworben wird, der im Zeitpunkte des Erlöschens der Eigentümer war. (RG. E. 55 S. 217.) Hat z. B. A eine Hypothek zum Höchstbetrage von 12 000 bestellt und wird nach der Schlußberechnung, obwohl für den Gläubiger Forderungen zum ganzen Höchstbetrag entstanden waren, ein Betrag von 4000 für den Eigentümer frei, weil Forderungen von 4000 während der Zeit erloschen sind, als B der Eigentümer war, so steht dem A eine Eigentümerhypothek nicht zu, während eine solche in Höhe von 4000 vom B erworben ist. Ob die Hypothek dem Eigentümer als solche oder als Grundschuld erworben wird, hängt davon ab, ob der Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt hat, der persönliche Schuldner war oder nicht (§ 1143). (Planck Nr. 4 a zu § 1190.)

Das Reichsgericht (E. 51 S. 115) nimmt an, daß zwar derjenige Teil einer Höchstbetragshypothek, der nach Abwickelung der Kreditgeschäfte möglicherweise von gegenüberstehenden Forderungen des Sicherungsgläubigers freibleibt und solchenfalls nach § 1163 Abs. 1 BGB. dem Eigentümer zusteht, gleich bedingten und betagten Forderungen durch Gläubiger des Eigentümers schon im voraus gepfändet werden kann (vgl. auch RG. E. 56 S. 10); aber es weist die Ansicht ab, wonach durch gleichzeitige Pfändung der Rechte des Eigentümers aus dem Kreditvertrage mit dem Sicherungsgläubiger erreicht werden könne, daß die Höchstbetragshypothek in dem bis zur Pfändung nicht durch Forderungen des Sicherungsgläubigers ausgefüllten Betrag Eigentümergrundschuld werde, wonach der pfändende Gläubiger das Recht des Eigentümers auf fernere Ausnutzung des Kredits pfänden und sich überweisen lassen könne, um alsdann dieses Recht aufzugeben und in dieser Weise die Entstehung weiterer Forderungen zu verhindern. Es begründet dies damit, daß die Krediteinräumung, auch bei bestellter Sicherungshypothek, regelmäßig höchst persönlicher Natur sei und nicht ohne Zustimmung des Gläubigers auf einen anderen Schuldner übertragen, und daß das Kreditrecht des Schuldners, welches ein Ausfluß seiner Geschäftsfähigkeit sei, nicht auf andere übertragen oder von anderen zu Gelde gemacht, also auch nicht gepfändet werden könne. Gegen weiteres Schuldenmachen seines Schuldners könne der Gläubiger sich allenfalls nur auf dem Wege der einstweil. Verfügung oder eines

Konkursantrags, nicht aber im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung sichern. Erst mit der Verteilung des Versteigerungserlöses im Zwangsversteigerungsverfahren höre für den eingetragenen Sicherungsgläubiger die Möglichkeit auf, sich aus der Hypothek wegen neuer Forderungen zu decken; bis dahin seien Eigentümer und Sicherungsgläubiger trotz Pfändung und Überweisung nicht verhindert, neue Forderungen aus dem Kreditverhältnisse zur Entstehung zu bringen, und hierin werde weder durch die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens über das Pfandgrundstück und die damit verbundene Beschlagnahme noch durch den späteren Zuschlag des Grundstücks an den Ersteher etwas geändert.

Solange noch neue Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse, zu dessen Sicherung die Höchstbetragshypothek bestellt ist, entstehen können, haben geleistete Zahlungen nicht, wie bei der Verkehrshypothek, die Wirkung, daß durch sie die der Hypothek zugrunde liegende Forderung im Sinne des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. zum Erlöschen gebracht ist. Dagegen können sie bewirken, daß der andere im Satz 1 das. angeordnete Fall der Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld eintritt, nämlich, daß zu einem bestimmten Betrage die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt. Steht fest, daß der Gläubiger in dem empfangenen Gelde alles bezahlt erhalten hat, was er aus dem Rechtsverhältnis an Kapital, Zinsen, Kosten und Schäden zu fordern hatte und jemals zu fordern haben wird, so ist mit dieser Zahlung das ganze Forderungsverhältnis zum Erlöschen gebracht und es liegt der Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor. Wenn aber auch nur feststeht, daß der nach Löschung des gezahlten Betrags noch stehen bleibende Betrag der Hypothek ausreicht, um den Gläubiger wegen der bestrittenen und noch möglichen neuen Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse zu sichern, so ist damit erwiesen, daß Forderungen, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist, in einem den stehen bleibenden Betrag übersteigenden Betrage nicht mehr zur Entstehung gelangen werden, und damit die Voraussetzung gegeben, unter welcher nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 die Hypothek zum gezahlten Betrage sich in eine Eigentümerhypothek umgewandelt hat. Sind z. B. bei einer Höchstbetragshypothek von 23 500 Mk. auf die Forderung 19 900 Mk. gezahlt und ist es undenkbar, daß über 6 500 Mk. hinaus Forderungen zur Feststellung und zur Entstehung gelangen können, die durch die Hypothek zu sichern wären, so ist unbedenklich die Hypothek zum Betrage von 17 000 Mk. als Eigentümerhypothek zu behandeln, und der Eigentümer kann zu diesem Betrage löschungsfähige Quittung vom Gläubiger verlangen (RG. E. 56 S. 322).

Vgl. Bruck EigHyp. S. 239 f.

Die Anwartschaft des Eigentümers auf den dereinstigen Erwerb der Höchstbetragshypothek als Eigentümergrundschuld kann zwar gepfändet und abgetreten werden (RG. E. 51 S. 115, Bd 56 S. 10) wie jedes persönliche künftige, unsichere, nur mögliche Recht. Die Pfändung der bloßen Anwartschaft kann aber nicht mit dinglicher Wirkung durch Eintragung in das Grundbuch gemäß §§ 830, 857 Abs. 6 ZPO. vollzogen werden. Dies ist erst dann gestattet, wenn urkundlich nachgewiesen wird, daß bereits für den Eigentümer eine Eigentümergrundschuld dadurch entstanden ist, daß die Forderung, wofür die Höchstbetragshypothek bestellt worden, entweder nicht entstanden oder erloschen ist. (RG. RJA. 6 S. 215; KG. RJA. 5 S. 270; a. M. Planck 3 S. 716, Jena RJA. 2 S. 198.) Der Anspruch auf Eintragung der Pfändung einer bereits entstandenen Eigentümergrundschuld kann nicht vorgemerkt werden (RG. E. 56 S. 10).

11. Über die Umschreibung der Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek vgl. § 1186 mit Anm. S. 997 ff. Soll eine Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Verkehrshypothek umgewandelt werden, so bedarf es der Feststellung, daß dem Gläubiger eine bestimmte nach Betrag und Grund konkret bezeichnete Forderung (vgl. S. 747 Nr. 3 Abs. 3) zusteht. Es genügt namentlich nicht die bloße Vereinbarung, daß die Höchstbetragshypothek in eine Briefhypothek umgewandelt werde; es ist vielmehr die Feststellung

erforderlich, daß die zu sichernden Forderungen in einer bestimmten Höhe tatsächlich entstanden seien. Die Feststellung hat vom Grundstückseigentümer auszugehen, gleichviel ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht. Sie erfolgt durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Anerkennung der Forderung oder durch sein freiwilliges Anerkenntnis gegenüber dem Gläubiger in gehöriger (GBO. § 29) Form. (RG. RJA. 3 S. 154.) Ist nur ein Teil der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung zur Entstehung gelangt und soll dieser Teil in eine gewöhnliche Hypothek umgeschrieben, im übrigen aber die Höchstbetragshypothek nicht gelöscht werden, so muß der Umschreibungsvermerk so gefaßt werden, daß nicht der Irrtum entstehen kann, der Überschuß sei erloschen (Prot. III S. 693), also etwa so: „Die nebenstehende Hypothek von 10 000 Mk. ist in Höhe von 6000 Mk. in eine gewöhnliche Hypothek umgeschrieben am . . ."

12. Wenn der zur Bestellung einer Kaution Verpflichtete die Bewilligung der Eintragung der Höchstbetragshypothek verweigert, kann der Berechtigte gemäß § 885 BGB. auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Einräumung einer Höchstbetragshypothek eintragen lassen. Solche Vormerkung ist auch auf Grund der Bewilligung des Verpflichteten einzutragen (RG. Gruch. 42 S. 729). Dieselbe enthält eine zweifach bedingte Eintragung und kann daher auch einer zweifachen Umschreibung unterliegen. Durch die Eintragung der Höchstbetragshypothek an Stelle der Vormerkung wird die Eintragung selbst unbedingt, durch die Umschreibung der Höchstbetragshypothek in eine endgültige Hypothek wird die Umwandlung des bis dahin bedingten Anspruchs in einen unbedingten im Grundbuche zum Ausdrucke gebracht.

13. Die Höchstbetragshypothek ist weder bedingt, noch unbestimmt (vgl. Anm. 8 S. 1021). Daher finden die §§ 14, 48, 50, 119, 120, 126 ZVG. auf sie keine Anwendung. Ist sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, so bleibt sie zum vollen Betrage bestehen, und zwar zu dem von dem Gläubiger nachgewiesenen Betrage seiner Forderung für diesen, im übrigen für den Subhastaten. Ist sie bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt, kommt aber zur Hebung, so ist der auf sie entfallende Betrag des Erlöses nach denselben Grundsätzen dem Gläubiger oder dem Subhastaten oder beiden zuzuteilen. Auf diese Auseinandersetzung des Gläubigers mit dem Subhastaten finden die erwähnten Bestimmungen des ZVG. keine Anwendung. (Lafrenz in Gruch. 46 S. 335; Dresden Rsp. 5 S. 212.)

14. Auf eine Hypothek der im § 1190 bezeichneten Art finden die Vorschriften des § 2166 Abs. 1 u. 2 BGB. keine Anwendung (Abs. 3 das.).

15. Über die stempelsteuerliche Behandlung der Sicherungshypotheken, der Kreditverträge und der Beurkundung der Sicherstellung von Rechten aus Verträgen dieser Art und aus einseitigen Kreditversprechen vgl. für Preußen die AVf. v. 1. Juli 1901 nebst Anl. (JMBl. S. 156—159). Eine in das geringste Gebot aufgenommene Höchstbetragshypothek ist der Berechnung des Stempels für den Zuschlagsbeschluß zum vollen eingetragenen Höchstbetrag auch dann zugrunde zu legen, wenn die Hypothek nur zu einem Teile für den Gläubiger in Ansatz zu bringen ist (RG. JW. 29 S. B 49).

II. Die Umwandlung der Kautionshypothek des preuß. Rechtes in eine Höchstbetragshypothek des BGB.

Eine Kautionshypothek des bisherigen preuß. Rechtes gilt vom Inkrafttreten des BGB. an als eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1190 BGB. (EG. z. BGB. Art. 192—195; PG. z. BGB. Art. 33 § 1; vgl. S. 715 f. und Anm. 2 S. 724 und S. 716). Ebenso eine Kautionshypothek des bisherigen sächsischen Rechtes (RG. E. 55 S. 220), und die unter dem alten bayrischen Hypothekenrechte begründete sog. Nebensachenhypothek, d. h. die neben einer Darlehnshypothek für nicht bevorzugte Zinsen, Kosten und Schäden zu einem bestimmten Betrage eingetragene Kautionshypothek (RG. RJA. 6 S. 215).

Das RG. (E. 49 S. 162, Bd 52 S. 59) hat untersucht, welche Änderungen die Kautionshypothek des preuß. Rechtes (EigG. § 24) dadurch erleidet, daß sie mit dem Inkrafttreten des BGB. infolge der Anlegung des Grundbuchs als Sicherungshypothek,

als sog. Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 BGB. gilt, und zu diesem Zwecke festgestellt, wodurch sich beide Hypotheken ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach unterscheiden.

Die preuß. Kautionshypothek war eine bedingte und in ihrer Höhe unbestimmte Hypothek. Sie war nicht eine unbedingte Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung, sondern das Hypothekenrecht selbst hing vom Bestehen von Forderungen ab. Soweit Forderungen nicht entstanden oder, wenn entstanden, getilgt wurden, erlosch die Hypothek; der eingetragene Eigentümer wurde nicht gemäß § 64 EigG. berechtigt, sie auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (EigG. § 67); er konnte sie nur löschen lassen und die nacheingetragenen Berechtigten rückten im Range vor. Durch die Entstehung von Forderungen wurde die Kautionshypothek in Höhe der Forderungen unbedingt, wurde sie zur endgültigen Hypothek. Wurden die Forderungen gegenüber dem Kautionsschuldner durch Anerkenntnis oder Urteil festgestellt, so entstand für den Eigentümer, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner war, infolge der dinglichen Haftung des Pfandgrundstücks die Verpflichtung, die Kautionshypothek als endgültige Hypothek gelten zu lassen und ihre Umschreibung in eine endgültige Hypothek zu bewilligen. Wurde die Bewilligung verweigert, so konnte sie im Prozeßweg erzwungen werden, und das Urteil ersetzte nach § 779 ält. F. (jetzt § 894) ZPO. die Bewilligung.

Mit der Höchstbetragshypothek des BGB. dagegen wird das Grundstück durch die Eintragung sofort zum vollen eingetragenen Höchstbetrag unbedingt belastet. Da die Bestimmungen des BGB. über die Eigentümerhypothek von der Anwendung auf die Höchstbetragshypothek nicht ausgeschlossen sind (§ 1185 Abs. 2, § 1190 Abs. 3), steht die Hypothek, soweit Forderungen nicht entstehen, dem Eigentümer als Grundschuld zu (§§ 1163, 1177). Es besteht also Ungewißheit nur darüber, ob die Hypothek oder zu welchem Betrage sie dem Gläubiger oder dem Eigentümer gebührt. Durch die Feststellung der Forderungen des Gläubigers wird die Höchstbetragshypothek nicht zum Betrage der Forderungen zu zu einer unbedingten gewöhnlichen Hypothek, sondern sie bleibt eine Sicherungshypothek. Sie kann in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden, aber nicht auf Grund der bloßen Feststellung der Forderungen, sondern nur dadurch, daß gemäß §§ 877, 873 der Gläubiger sich mit dem Eigentümer über die Umwandlung einigt und daß die Umwandlung in das Grundbuch eingetragen wird (§ 1186). Die Einigung kann zwar durch ein rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO. ersetzt werden, aber eine Verpflichtung des Eigentümers, nach Feststellung der Forderungen die Umwandlung der Hypothek zu bewilligen, besteht nur, wenn der Eigentümer sie durch das obligatorische Kausalgeschäft (vgl. Anm. A S. 100 f. übernommen hat. Aus dem Gesetze, namentlich aus einem Berichtigungsanspruche des Gläubigers (§ 894 BGB) — ein solcher kann nur beim Eigentümer, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, in Frage kommen — oder aus § 866 oder einer anderen Bestimmung des ZPO. ist sie nicht herzuleiten.

Durch die Umwandlung der bisherigen Kautionshypothek in eine Höchstbetragshypothek des BGB. wird also nicht nur den nachstehenden Berechtigten die Hoffnung auf Vorrücken in eine bessere Stelle, worauf sie bisher rechnen durften (RG. E. 55 S. 217), genommen, sondern es wird auch die Lage des Kautionsgläubigers insofern verschlechtert, als er die Umschreibung der zur Höchstbetragshypothek gewordenen Kautionshypothek in eine gewöhnliche Hypothek nur dann erreichen kann, wenn ihm der Eigentümer seine Bewilligung für den Fall der Feststellung von Forderungen zugesagt hat.

Anhang.

Die Zwangshypothek.

Nach dem dem BGB. zugrunde liegenden Konsensprinzip ist zur Entstehung einer Hypothek die Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers erforderlich. In der

Bestimmung, daß die Bewilligung durch ein Urteil ersetzt werden kann (vgl. S. 124), liegt keine Durchbrechung dieses Prinzips; denn ein solches Urteil kann nur ergehen, wenn der beklagte Eigentümer sich zur Hypothekbestellung obligatorisch verpflichtet hat, also dem Gläubiger ein Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung bereits zusteht (BGB. § 883). Ebensowenig liegt in den Fällen, in denen das Gesetz (z. B. § 648 BGB. dem Unternehmer eines Bauwerks) einen Titel zur Hypothek verleiht, eine Durchbrechung des Prinzips. Ein, freilich vielfach bestrittenes, Bedürfnis des Verkehrs drängte jedoch auf Bestimmung einer positiven Ausnahme für den Fall, daß dem Gläubiger ein vollstreckbarer Titel für seine Geldforderung zur Seite steht oder die Voraussetzungen des Arrestes vorliegen. Dann glaubte man, dem Gläubiger auch ohne persönliche Verpflichtung des Schuldners zur Bestellung hypothekarischer Sicherheit, also ohne oder wider des letzteren Willen, ein Recht auf Eintragung einer Hypothek oder einer Vormerkung zugestehen zu müssen. Die ZPO. in ihrer ursprünglichen Fassung (§§ 757 Abs. 2, 811) überließ die Entscheidung der Frage nach der Zulässigkeit der Zwangshypothek der Landesgesetzgebung. In Preußen hatte der Gesetzgeber die Zulässigkeit und Notwendigkeit bejaht und die Frage zunächst durch die V. v. 4. März 1834 (§ 22), zuletzt durch das ZVG. v. 13. Juli 1883 (§§ 6—12) geregelt. Bei den Vorarbeiten zum BGB. und zur Novelle zur ZPO. (v. 17. Mai 1898) wurde die Frage wieder lebhaft erörtert (vgl. Mot. III S. 246, 621, 769; Prot. III S. 694; Begr. der Nov. zu 757 a ff.; Ber. der RTKomm. zur Nov. S. 211; RTPlen. S. 2141), schließlich aber im Sinne der preuß. Gesetzgebung, wenn auch mit erheblichen Modifikationen, entschieden. Allseitig herrschte Einigkeit darüber, daß die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung grundsätzlich durch die reichsgesetzliche Gestattung des Liegenschaftsrechts beseitigt sei, Zweifel bestanden nur darüber, ob die Regelung in dem BGB. oder in der ZPO. zu treffen sei. Der Entw. 1 e. BGB. (§§ 1130—1133) wollte die Entscheidung in diesem treffen, schließlich wurde sie in die ZPO. verwiesen. Man entschied sich für eine Zwangshypothek, die entweder durch Zwangsvollstreckung (Zwangshypothek im engeren Sinne) oder durch Vollziehung des Arrestes (Arresthypothek) entsteht.

Die unter der Herrschaft des früheren preuß. Rechts im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Hypotheken sind mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts zu Verkehrshypotheken geworden (EG. z. BGB. Art. 192; KG. JW. 26 S. A 303).

A. Zwangshypothek im engeren Sinne.

Die ZPO. bestimmt:

§ 866. Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung.

Der Gläubiger kann verlangen, daß eine dieser Maßregeln allein oder neben den übrigen ausgeführt werde.

Auf Grund eines Vollstreckungsbefehls findet die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht statt. Auf Grund eines anderen Schuldtitels darf eine Sicherungshypothek nur für eine den Betrag von dreihundert Mark übersteigende Forderung eingetragen werden; die Vorschriften der §§ 4, 5 finden entsprechende Anwendung.

§ 867. Die Sicherungshypothek wird auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen; die Eintragung ist auf dem vollstreckbaren Titel zu vermerken. Mit der Eintragung entsteht die Hypothek. Das Grundstück haftet auch für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung.

Sollen mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Hypothek belastet werden, so ist der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen; die Größe der Teile bestimmt der Gläubiger.

Digitized by Google

§ 868. Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek.

Das gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt.

§ 870. Auf die Zwangsvollstreckung in eine Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke entsprechende Anwendung.

Die Zwangsvollstreckung in ein eingetragenes Schiff erfolgt nur durch Zwangsversteigerung.

I. Ausgestaltung der Zwangshypothek im engeren Sinne. Unter den Landesgesetzen ging am weitesten der code civ., nach dessen Art. 2117 durch jedes Urteil, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft, und durch gewisse, im Art. 2123 bezeichnete, gerichtliche Akte eine Hypothek an den gegenwärtigen und zukünftigen Grundstücken des Schuldners begründet wurde. Die Judizialhypothek war zwar dem Inskriptionszwang unterworfen (Art. 2148), aber nur ihr Rang, nicht ihre Entstehung, war durch die Inskription bedingt (Art. 2134). In Deutschland knüpfte man die Entstehung der Urteilshypothek an die Eintragung, die man dem Spezialitätsprinzip unterwarf. Insbesondere in Preußen legte die V. v. 4. März 1834 (§ 22) solchen Erkenntnissen, Vergleichen und Zahlungsverfügungen, aus denen eine Exekution stattfindet, für Kapital, Zinsen und Kosten (auch der Eintragung) einen Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner gehörigen Immobilien bei. Auf Grund dieses Titels wurde die Forderung im Wege der Exekution eingetragen. Das ZVG. v. 13. Juli 1883 regelte den Gegenstand neu (§§ 1, 6—12). Danach konnte der Gläubiger, sobald seine Forderung vollstreckbar war, die Eintragung als Hypothek auf die Grundstücke des Schuldners verlangen. War die Forderung nur vorläufig oder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar oder bestand der Schuldtitel in einer vollstreckbaren Urkunde oder in einem vollstreckbaren Vergleiche, so wurde nur eine Vormerkung eingetragen. (Nach den Mot. III S. 621.)

Die ZPO. hat die Frage, wenn auch im grundsätzlichen Anschluß an das preuß. Recht, abweichend geregelt; zunächst schon in

1. der Art des hypothekarischen Rechtes. Es ist nur eine Art der Eintragung gestattet, diese aber aus vollstreckbaren, auf Zahlung bestimmter Geldsummen lautenden Schuldtiteln aller Art (mit einer einzigen Ausnahme, vgl. unten II 2) und gleichviel, ob die Schuldtitel definitiv oder nur vorläufig oder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar sind. Es ist nur die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig. Die Eintragung einer Vormerkung konnte nicht in Frage kommen, weil der vollstreckbare Schuldtitel keinen Anspruch auf Eintragung gewährt (RG. JW. 1905 S. 432 Nr. 12) und das BGB. (§ 883) eine Vormerkung ohne die Unterlage eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke nicht zuläßt; es darf daher auch auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels nicht eine Vormerkung[1] eingetragen werden, wenn nicht etwa ein gesetzlicher Titel auf Einräumung einer Sicherungshypothek (vgl. BGB. § 648) vorliegt (RG. AJA. 2 S. 93, RG. E. 56 S. 151). Auch ein Veräußerungsverbot aus § 938 ZPO. kommt nicht in Frage, da dem Gläubiger die Arresthypothek zur Verfügung steht (a. M. Planck Nr. 1 b zu § 883). Hat aber der Schuldner sein Grundstück anfechtbar veräußert, so kann der anfechtende Gläubiger wegen seiner vollstreckbaren Forderung eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen (S. 194). Die normale Hypothek schießt über das Ziel hinaus. Der Gläubiger

[1] nämlich aus § 883 BGB. Auf Grund des § 18 GBO. kann der Rang auch von Zwangs- und Arresthypotheken durch Vormerkung gesichert werden (Bd II Anm. III 2 zu § 18 GBO.).

hat kein materielles Recht auf eine Verkehrshypothek und der Schuldner darf nicht den mit einer solchen Hypothek verbundenen Gefahren des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausgesetzt werden. „Er verliert, wenn ohne seine Zustimmung eine normale Hypothek für den Gläubiger eingetragen wird, das Recht, die ihm gegen die Forderung zustehenden Einreden dem Anspruch aus der Hypothek entgegenzusetzen, sobald über diese zugunsten eines mit der Sachlage nicht bekannten Dritten verfügt wird. Das Vorhandensein solcher Einreden ist aber nicht selten. Man darf nicht übersehen, daß Einreden, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstehen, in der Exekutionsinstanz noch zulässig sind (ZPO. § 767), daß die Zwangsvollstreckung und folglich auch die Eintragung einer Hypothek nicht bloß aus rechtskräftigen Urteilen, sondern auch aus anderen vollstreckbaren Titeln stattfindet," gegen die Einwendungen ohne die Beschränkung im § 767 Abs. 2 ZPO. zulässig sind (§ 796 Abs. 4 ZPO.), und daß die Vollstreckungsklausel aus verschiedenen Gründen von dem Gerichte zurückgenommen werden kann (Mot. III S. 624). Den beiderseitigen Interessen genügt die Sicherungshypothek. Der Schuldner bleibt in der Lage, die ihm gegen die Forderung zustehenden Einreden auch einem dritten gutgläubigen Erwerber der Forderung gegenüber geltend zu machen (BGB. §§ 1184, 1185), und anderseits erhält der Gläubiger, der von der Zwangsversteigerung zunächst absehen will, durch eine solche Hypothek ausreichende Sicherheit. Die Zwangshypothek kann wie jede Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden (BGB. § 1186). Dazu ist aber Einigung der Parteien erforderlich. Abgesehen von den Sondervorschriften der §§ 866 ff. ZPO. folgt die Zwangshypothek überall den Regeln der Sicherungshypothek.

2. Eine andere Abweichung vom bisherigen Rechte betrifft die Höhe der zu sichernden Forderung. Während früher auch die kleinste Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen werden konnte, darf nach § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. eine Zwangshypothek nur für eine den Betrag von 300 Mk. übersteigende Forderung eingetragen werden. Diese beschränkende Bestimmung ist erst von der Reichstagskomm. bei der 2. Lesung eingefügt (Ber. zu § 747 b ZPO. S. 216). Sie wurde damit begründet, daß für die auf den Personalkredit hin gewährten kleinen Darlehne nicht der Anspruch auf Realsicherheit gewährt werden dürfe, da bei so geringfügigen Schuldbeträgen der Schuldner nie daran denken werde, daß durch sie sein Grundbesitz belastet werden würde. Außerdem wurde die drohende Überlastung des Grundbuchs ins Feld geführt. Bei Berechnung des Forderungsbetrags finden die Vorschriften der §§ 4, 5 ZPO. entsprechende Anwendung. Danach bleiben Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen d. h. neben einer Hauptforderung, zu der sie in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, erscheinen (RG. E. 10 S. 345, Gruch. 31 S. 1141, JW. 1889 S. 167). Rückständige Zinsen können nur durch Vereinbarung der Parteien Kapitaleigenschaft erlangen. Der Gläubiger allein kann diesen Erfolg nicht herbeiführen und so die als Nebenforderung ausgeklagten Zinsen zur Hauptforderung erheben, die der Kapitalforderung hinzuzurechnen wäre (RG. Rsp. 6 S. 407). Durch den dem § 4 neu hinzugefügten Abs. 2 ist eine frühere Streitfrage (RG. E. 29 S. 332, Bd 32 S. 75) dahin entschieden, daß bei Ansprüchen aus Wechseln Zinsen, Kosten und Provision, die neben der Wechselsumme gefordert werden, als Nebenforderungen anzusehen sind. Nur wenn das Kapital allein den Betrag von 300 Mk. übersteigt, ist die Eintragung einer Zwangshypothek zulässig; eine Zusammenrechnung findet also nicht statt (Stuttgart RJA. 3 S. 245). Wird die Zwangseintragung nur von Zinsen, Kosten ꝛc. beantragt, so müssen diese den Betrag von 300 M. übersteigen. Streitig ist, ob, wenn neben einem Restkapitale Zinsen und Kosten des ganzen Kapitals geltend gemacht werden, nur die auf das Restkapital (v. Wilmowski und Levy Anm. 2 zu § 4) oder die auf das ganze Kapital (RG. Gruch. 38 S. 1192) entfallenden Zinsen und Kosten als Nebenforderungen anzusehen sind und daher außer Betracht bleiben. Ersteres dürfte richtig sein. Es scheint nicht im Sinne des Gesetzgebers zu liegen und der Billigkeit nicht zu entsprechen, daß dem Gläubiger, der neben einem Kapitalreste von etwa rund 300 Mk. Zinsen (vom

ganzen Kapitale) im Betrage von mehreren tausend Mark geltend macht, die Möglichkeit der Zwangseintragung entzogen wird, während ihm diese Möglichkeit offen steht, wenn er nur die Eintragung der Zinsen von dem nicht geltend gemachten Kapitalteile verlangt. Es wird der Kapitalrest mit den Zinsen und Kosten des andern Kapitalteils zusammenzurechnen und die Eintragung zuzulassen sein, wenn diese Zusammenrechnung einen Betrag von mehr als 300 Mk. ergibt (so auch Fuchs 1 S. 631 Nr. 8, Oberneck 1 S. 987; vgl. auch RG. E. 60 S. 112). Die in einem Kostenfestsetzungsbeschlusse bezifferten Kosten können für sich allein, auch wenn die judikatmäßige Hauptforderung durch Zwangseintragung gesichert ist oder gesichert werden konnte, zum Gegenstand einer Sicherungshypothek nur gemacht werden, wenn die festgesetzte Kostensumme 300 Mk. übersteigt (KG. RJA. 1 S. 33, JW. 20 S. A 113; a. M. München im Recht 1901 S. 390). Nach § 5 ZPO. werden mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammengerechnet. Ein lebhafter Streit war darüber entstanden, ob bei entsprechender Anwendung des § 5 ZPO. die Zusammenrechnung nur hinsichtlich der sich aus einem Schuldtitel ergebenden Ansprüche zulässig sei, oder ob es genüge, wenn die einem Gläubiger aus mehreren Titeln zustehenden Ansprüche in einem Antrag zusammengefaßt würden. Das RG. (E. 48 S. 242) hat den Streit im Sinne der ersten Alternative entschieden. Danach muß die Eintragung abgelehnt werden, wenn und soweit die einzelnen Schuldtitel den Betrag von 300 Mk. nicht erreichen. Darauf, welche Gesamtsumme der Antrag ergibt, kommt es nicht an. Die Ansprüche aus einem Schuldtitel können nur insoweit zusammengerechnet werden, als sie einem und demselben Gläubiger oder derselben Mehrheit von Gläubigern gemeinsam zustehen; die Zusammenrechnung ist nicht statthaft, wenn der Titel mehrere selbständige, verschiedenen Gläubigern zustehende Forderungen zusammenfaßt (KG. JW. 21 S. A 121, Stuttgart RJA. 4 S. 245). Selbst die Zulässigkeit der Zusammenrechnung mehrerer mit verschiedenen Klagen geltend gemachten Teile einer und derselben Forderung wird zu verneinen sein. Das Kammergericht hat die Eintragung einer weniger als 300 Mk. betragenden Nebenforderung einer bereits früher eingetragenen Hauptforderung für unstatthaft erklärt (RJA. 1 S. 33, KG. JW. 20. S. A 113); das oberste Bayer. LG. hat sie dagegen zugelassen (Rspr. 1 S. 101). Das RG. ist dem KG. beigetreten (JW. 1905 S. 739 Nr. 4); ebenso Rostock und Karlsruhe (im Recht 1903 S. 530). — Zweifelhaft ist, ob der in einem Teilurteil einem Kläger zugesprochene Teilbetrag mit dem ihm im Schlußurteile zuerkannten Restbetrage zusammengerechnet werden darf. Die herrschende Meinung verneint. Es handelt sich freilich äußerlich um verschiedene Schuldtitel; aber es läßt sich vielleicht die Ansicht vertreten, daß die beiden Urteile, abgesehen von der Rechtsmittelfrage, materiell ein Ganzes bilden (wie hier Fuchs 1 S. 631 Nr. 8).

Die Schranke des § 866 Abs. 3 Satz 2 bezieht sich aber nur auf die Eintragung von Zwangshypotheken, nicht auf die Pfändung bestehender Verkehrs- oder Zwangshypotheken (KG. JW. 26 S. A 300).

3. Die Zwangshypothek ist, wie nach früherem Rechte (PrGBG. v. 1883 § 6), nur wegen Geldforderungen zulässig. Das ergibt sich aus der Stellung der § 866 ff. ZPO. in deren Abschn. 2 Buch 8, der überschrieben ist: „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen." Aus § 751 ZPO. folgt, daß die Eintragung einer Zwangshypothek gemäß §§ 866, 867 nur wegen bereits fälliger Forderungen zulässig ist, denn nur diese geben einen Titel zur Zwangsvollstreckung. Bei vollstreckbaren Schuldtiteln, die auf Zahlung wiederkehrender Leistungen gerichtet sind, ist demnach die Zwangseintragung nur für die fälligen Beträge zulässig, soweit sie 300 Mk. übersteigen (Nr. 2). Wegen der künftig fällig werdenden Beträge kann nur auf dem Arrestwege gemäß §§ 816 ff., 932 ZPO. die Eintragung einer Sicherungshypothek als Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) eingetragen werden, und zwar in Höhe des in dem Arrestbefehle festgesetzten Geldbetrags, durch dessen Hinterlegung der Schuldner die Vollziehung des Arrestes hemmen oder die Aufhebung des Arrestbefehls herbeigeführt werden kann (§ 932 Abs. 1). Die Eintragung einer Sicherungs-

hypothek „in Höhe von monatlich seit dem 1. Januar 1900 zu zahlenden 45 Mk." z. B. ist unzulässig. (RG. RJA. 4 S. 44.)

4. Es handelt sich nicht um Zwangshypotheken, wenn der Schuldner auf Grund einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt ist. Daher ist die Eintragung einer Sicherungshypothek aus einem auf Grund der Art. 26, 29 WO. oder des § 648 BGB. zugunsten des Gläubigers erlassenen Urteile nicht an die Schranken der §§ 866 Abs. 3, 867 Abs. 2 ZPO. gebunden (übereinstimmend, aber mit anderer Begründung RG. JW. 21 S. A 96, RJA. 2 S. 41, Rspr. 1 S. 205).

5. Ist eine Zwangshypothek für einen 300 Mk. nicht übersteigenden Betrag eingetragen, so erweist sich die Eintragung nach ihrem Inhalt als unzulässig. Sie ist also nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen (Jena. RJA. 1 S. 16; RG. E. 60 S. 279). Geht der Grundbuchrichter nicht von Amts wegen vor, so haben der Eigentümer und jeder gleich- oder nacheingetragene Realberechtigte die Beschwerde. Die Eintragung ist nichtig, sie muß gelöscht werden und kann nicht etwa zur Eigentümerhypothek werden. Die von Fischer-Schäfer (S. 140 Nr. 7) vertretene abweichende Ansicht geht fehl. Lautet die Eintragung nur infolge unstatthafter Zusammenrechnung auf mehr als 300 Mk., so wird sich die Unzulässigkeit der Eintragung der Regel nach nicht aus ihrem Inhalt ergeben. Dann ist das Grundbuch unrichtig geworden. Dritte, die im guten Glauben an das Grundbuch Rechte an der Hypothek erworben haben, stehen unter dem Schutze des § 892 BGB. Daher kann von Amts wegen nicht die Löschung verfügt, sondern nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. nur ein Widerspruch eingetragen werden (so jetzt auch Oberneck 1 S. 995). Auf Zwangshypotheken, die vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts eingetragen sind, bezieht sich § 866 Abs. 3 ZPO. nicht. Sie können also nicht von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie auf weniger als 300 M. 1 Pf. lauten.

6. Die Beschränkung des § 866 Abs. 3 findet in Preußen auch im Verwaltungszwangsvollstreckungsverfahren statt (PV. v. 15. November 1899 §51; PKassenO. v. 31. März 1900 § 41), dagegen nicht inbezug auf die nach § 128 ZVG. einzutragende Sicherungshypothek (RG. Rsp. 5 S. 458; Jaeckel Nr. 5 zu §§ 128, 129). Sehr zweifelhaft ist, ob die Beschränkung im Falle des § 848 Abs. 2 ZPO. Anwendung findet. Hat der Schuldner einen Anspruch auf Auflassung, so kann der Gläubiger diesen wegen einer vollstreckbaren Geldforderung pfänden lassen. Die Auflassung hat dann an den Sequester als den Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Mit dem Übergange des Eigentums erlangt der Gläubiger eine Sicherungshypothek für seine Forderung. Der Sequester hat die Eintragung dieser Hypothek zu bewilligen. Das RG. (Rspr. 1 S. 206, Bd 8 S. 152) verneint die Anwendbarkeit des § 866 Abs. 3, weil die Hypothek hier kraft Gesetzes entstehe. Es wird beizutreten sein, weil der Sequester die Eintragung bewilligt und bewilligen muß und weil die Pfändung des Auflassungsanspruchs von dem Vorhandensein eines bestimmten Forderungsbetrags nicht abhängig gemacht ist. Freilich ist der gesetzgeberische Grund, weshalb der Gläubiger in diesem Falle günstiger zu stellen ist als in dem Falle, wo der Schuldner bereits Eigentümer des Grundstücks ist, nicht ersichtlich.

7. Der Gläubiger, dessen Forderung durch eine Höchstbetragshypothek gesichert ist (BGB. § 1190), kann auf Grund des seine Forderung feststellenden rechtskräftigen Urteils nicht Umschreibung in eine Vollhypothek verlangen (RG. E. 49 S. 166).

8. Während der Dauer des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers können Zwangs- und Arresthypotheken zugunsten von Konkursgläubigern überhaupt nicht eingetragen werden, gleichviel ob das Grundstück zur Masse oder zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört (KO. § 14 Abs. 1; vgl. S. 155).

II. Voraussetzungen und Entstehung der Zwangshypothek.

1. Zwangsvollstreckung. Da die Zwangshypothek ohne und selbst gegen den Willen des Eigentümers zur Entstehung gelangt, kann sie nur im Wege der Zwangsvoll-

ſtreckung begründet werden. Wie die Zwangsvollſtreckung überhaupt, ſo iſt auch die Zwangsvollſtreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek davon abhängig, daß der Gläubiger gegen den Eigentümer des Grundſtücks einen vollſtreckbaren Titel erwirkt hat und daß die allgemeinen Vorausſetzungen für ihren Beginn (§§ 750 ff. ZPO.) vorliegen. Mit der Eintragung iſt die Zwangsmaßregel beendet und die Sicherungshypothek entſtanden (§ 867 Abſ. 1 Satz 2). Andere Zwangsvollſtreckungsmaßregeln bleiben daneben zuläſſig (§ 866 Abſ. 2). Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden (BGB. § 1184 Abſ. 2), die Erteilung des Hypothekenbriefs iſt ausgeſchloſſen. Die Zwangsvollſtreckungsmaßregel wird durch den von dem Gläubiger unter Einreichung des vollſtreckbaren Titels an das Grundbuchamt zu richtenden Eintragungsantrag (GBO. § 13) in Bewegung geſetzt; eine Mitwirkung des Prozeß- oder Vollſtreckungsgerichts iſt nicht ſtatthaft, ſondern der Grundbuchrichter iſt das Vollſtreckungsorgan, wird alſo in doppelter Eigenſchaft tätig (RG. E. 48 S. 242, KG. RJA. 6 S. 58 f.). Für die Zuläſſigkeit des Beginns der Zwangsvollſtreckung kommt neben den allgemeinen Vorſchriften auch § 798 ZPO. in Betracht, wonach die Zwangsvollſtreckung aus Koſtenfeſtſetzungsbeſchlüſſen und aus den nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunden nur beginnen darf, wenn der Schuldtitel mindeſtens einen Tag vorher zugeſtellt iſt.

Die vollſtreckbaren Urkunden, auch die Urteile, haben nicht die Bedeutung von Titeln zur Hypothek (vgl. Mot. III S. 770). Daher iſt die Zwangshypothek nach § 30 Nr. 2 KO. anfechtbar (RG. Gruch. 35 S. 1164, E. 23 S. 112, Bd 32 S. 65).

Wie man der Eintragung der Zwangshypothek nach dem *jetzt* geltenden Rechte den Charakter einer Zwangsvollſtreckungsmaßregel abſprechen kann (Dernburg SR. § 244 Nr. III), iſt ohne weiteres nicht begreiflich (Fiſcher-Schäfer S. 143 Nr. 2, Fuchs 1 S. 631 Nr. 10).

2. *Vollſtreckbarer Titel.* Der Gläubiger muß einen auf Zahlung einer beſtimmten Geldſumme lautenden vollſtreckbaren Titel erlangt haben, ohne daß es darauf ankommt, zu welcher Gattung dieſer gehört. Nur eine Art von Titeln iſt in Abweichung vom bisherigen preuß. Rechte ausgenommen. Auf Grund eines *Vollſtreckungsbefehls* findet die Eintragung einer Sicherungshypothek *nicht* ſtatt (ZPO. § 866 Abſ. 3 Satz 1). Dieſe Neuerung iſt erſt von der Reichstagskomm. (Ber. zu §§ 757 b ff. S. 212) eingefügt. Sie wurde damit begründet, daß in einzelnen Landesteilen mit Mahn- und Vollſtreckungsbefehlen ſeitens wucheriſcher Gläubiger Mißbrauch getrieben werde, und damit, daß, weil der Mahnbefehl keinen Schuldgrund angebe, eine Nachprüfung der Hypothekenforderung unmöglich ſei, daß die Schuldner auch die Bedeutung des Mahnbefehls nicht erfaßten und daß endlich die Eintragung der Zwangshypothek mit dem Zwecke des Mahnverfahrens, der ſchnellen Befriedigung, im direkten Widerſpruche ſtehe.

Abgeſehen von dieſer Ausnahme iſt die Eintragung einer Zwangshypothek aus allen in der ZPO. und in anderen Reichsgeſetzen bezeichneten vollſtreckbaren Schuldtiteln zuläſſig. Nach § 801 ZPO. iſt aber auch die Landesgeſetzgebung nicht gehindert, auf Grund anderer, als der in den §§ 704, 794 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollſtreckung zuzulaſſen.

a. Reichsrechtliche Schuldtitel,

aa. der ZPO.

α. Die Zwangsvollſtreckung findet nach der ZPO. ſtatt aus *Endurteilen* (der Gerichte des Deutſchen Reiches), die rechtskräftig oder für vorläufig vollſtreckbar erklärt ſind (ZPO. § 704 Abſ. 1; KonſGG. v. 10. Juli 1879 § 14, v. 7. April 1900 § 19, RGBl. S. 213). Nur Endurteile, ſeien es kontradiktoriſche oder Verſäumnisurteile, ſeien es Teilurteile (ZPO. § 301) oder Urteile, die den Rechtsſtreit ſeinem ganzen quantitativen Umfange nach erledigen, ſind zur Zwangsvollſtreckung geeignete Titel. Aus Zwiſchenurteilen (§ 303) findet die Zwangsvollſtreckung nicht ſtatt. Unter Vorbehalt erlaſſene Urteile (§§ 540, 599) ſind inbetreff der Zwangsvollſtreckung als Endurteile anzuſehen (RG. RAnz. 1893 Nr. 294, E. 49 S. 162).

Die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (ZPO. § 724 Abs. 1). Ein Zeugnis über die Rechtskraft ist weder erforderlich, noch ausreichend (RG. VI B 75.91). Die vollstreckbare Ausfertigung wird vom Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gericht anhängig ist, vom Gerichtsschreiber dieses Gerichts erteilt (§ 724 Abs. 2; wegen der Gerichtsschreibergehilfen vgl. G. vom 3. März 1879 § 5, GS. S. 99, und GerichtsschrO. v. 17. Dezember 1899 § 26, JMBl. S. 849). Das Gericht kann die Erteilung der Vollstreckungsklausel zunächst weder anordnen noch versagen, sondern ist lediglich Beschwerdeinstanz (RG. Z. f. Gerichtsvollz. 1891 S. 183). Ist ein Teilurteil erlassen, aber nur gegen das Schlußurteil ein Rechtsmittel eingelegt, so hat der Gerichtsschreiber des höheren Gerichts, bei dem sich die Akten befinden, die vollstreckbare Ausfertigung des Teilurteils zu erteilen (RG. E. 18 S. 424). Auch im Falle der Restitutions- und Nichtigkeitsklage hat der Gerichtsschreiber der Instanz, bei der sich die Akten zur Zeit des Antrags befinden, die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen (RG. Gruch. 27 S. 1118). Die Vollstreckungsklausel: „Vorstehende Ausfertigung wird dem (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt" ist der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen, vom Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen (ZPO. § 725; vgl. GeschäftsO. für d. Gerichtsschr. d. AG. v. 26. November 1899 § 12 Nr. 4, JMBl. S. 395, der LG. v. 27. November 1899 § 11 Nr. 4, JMBl. S. 473, der OLG. v. 29. Nov. 1899 § 11 Nr. 4, JMBl. S. 563).

Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, im Urteil oder in der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird (ZPO. § 750 Abs. 1). Gegen eine dort nicht bezeichnete Person darf das Urteil nicht vollstreckt werden, auch wenn sie sich dem Kläger gegenüber zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet hat oder wenn sie für die Schuld persönlich verhaftet ist (RG. Gruch. 36 S. 889. Ein gegen eine Handelsgesellschaft erlassenes Urteil kann nicht gegen den Gesellschafter (RG. JW. 1891 S. 199), ein gegen eine Kommanditgesellschaft erlassenes Urteil nicht gegen den persönlich haftenden Gesellschafter (ROHG. E. 6 S. 416, Bd 20 S. 180, Bd 21 S. 130; RG. E. 13 S. 96), ein gegen einen Miteigentümer erlassenes Urteil kann nicht gegen die anderen Miteigentümer vollstreckt werden. Die Vorschriften des § 750 sowie des § 798 (vgl. Anm. II S. 1034) enthalten absolute Gebote. Eine unter deren Verletzung eingetragene Zwangshypothek ist nichtig (RG. E. 6 S. 388, Bd 8 S. 431, Bd 11 S. 402, Bd 20 S. 434, Bd 26 S. 399, JW. 1899 S. 537 Nr. 22). Durch nachträgliche Zustellung des Urteils konvalesziert die Hypothek nur dem Schuldner, nicht auch anderen Gläubigern gegenüber (RG. E. 20 S. 433, Bd 25 S. 468). Die Zustellung muß in Anwaltsprozessen an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen (RG. E. in St. 16 S. 275). Handelt es sich um die Vollstreckung eines Urteils, dessen vollstreckbare Ausfertigung nach § 726 Abs. 1 erteilt worden ist, oder soll ein Urteil, das nach den §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, dem § 745 Abs. 2 und dem § 749 für oder gegen eine der dort bezeichneten Personen wirksam ist, für oder gegen eine dieser Personen vollstreckt werden, so muß außer dem zu vollstreckenden Urteil auch die ihm beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit deren Beginn zugestellt werden (ZPO. § 750 Abs. 2). Die im § 750 Abs. 2 erwähnten Fälle, sowie die in den §§ 726 Abs. 2, 735, 736, 737, 739, 740, 741, 743, 745 Abs. 1, 746, 747, 748, 751 behandelten Fälle sind auf S. 128 ff. ausführlich besprochen. Hier ist zu bemerken daß der Gläubiger eines eingetragenen Miterben nicht befugt ist, im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes eine Hypothek am Anteile des Schuldners an einem Nachlaßgrundstücke vor erfolgter Aufhebung der Erbengemeinschaft eintragen zu lassen

(RG. JW. 20 S. A 85). Außerdem ist folgendes nachzutragen. In den Fällen des § 726 Abs. 1 und der §§ 727—729 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Die Anordnung ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen (§ 730). Neu ist die Bestimmung, daß auch bei Zug um Zug zu bewirkenden Leistungen die Anordnung des Vorsitzenden erforderlich ist. Ist eine vollstreckbare Ausfertigung unter Verletzung des § 730 erteilt, so kann dahin geklagt werden, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund dieser Ausfertigung unzulässig sei (RG. E. 41 S. 373). Ist die Eintragung der Zwangshypothek auf Grund einer solchen Ausfertigung bereits erfolgt, so wird der Schuldner die Eintragung eines Widerspruchs (BGB. §§ 894, 899) verlangen können. In amtsgerichtlichen Sachen tritt an die Stelle des Vorsitzenden der Amtsrichter. — Kann der nach dem § 726 Abs. 1 und den §§ 727—729 ZPO. erforderliche Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht geführt werden, so hat der Gläubiger beim Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben (§ 731 ZPO.) Auch im Wege der Widerklage kann dieser Anspruch geltend gemacht werden (RG. Gruch. 33 S. 1202). Das Verfahren ist eine Fortsetzung des ursprünglichen Rechtsstreits (RG. E. 34 S. 350, JW. 1899 S. 5 Nr. 16). Sind mehrere Rechtsnachfolger des im Urteile bezeichneten Schuldners (ZPO. § 727) vorhanden, so muß gegen sämtliche Rechtsnachfolger geklagt werden (RG. JMBl. 1891 S. 257, E. 28 S. 399). Erst das in diesem Verfahren ergehende Urteil bildet dann die Grundlage der Zwangsvollstreckung. Die §§ 724, 725 finden darauf Anwendung. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel können nicht beim Grundbuchamte, sondern müssen bei dem Prozeßgerichte, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt hat, erhoben werden (ZPO. § 732). Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung (des Vorsitzenden) ausdrücklich zu bezeichnen (ZPO. § 733 Abs. 1, 4). Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige davon erhalten hat. Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bescheinigen (ZPO. § 752). Die aktiven Militärpersonen sind in der Anlage zum Militärstrafgesetzbuch (RGBl. 1872 S. 204), im § 38 A, B, des MStGB. (RGBl. 1874 S. 55) und in der Anlage zum ServisG. v. 3. August 1878 (RGBl. S. 244) aufgeführt. Darüber, welche Behörde als Militärbehörde im Sinne der Vorschriften der Reichsjustizgesetze zu verstehen ist, vgl. AVf. v. 8. Juli 1880 nebst Anlage (JMBl. S. 156).

Aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen findet die Zwangsvollstreckung ebenfalls nur dann statt, wenn sie mit der Vollstreckungsklausel versehen sind, und die übrigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist in den Fällen des § 708 ZPO. von Amts wegen, im übrigen (§§ 709—713) auf Antrag auszusprechen. Dies muß in dem Urteile geschehen, das vollstreckbar sein soll. Ist der Antrag übergangen oder ist in den Fällen des § 708 eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so ist das Urteil nach § 321 auf Antrag zu ergänzen (§ 716). Ist der Antrag, wo erforderlich, nicht gestellt oder ergeben sich Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit erst nach Erlaß und vor der Rechtskraft des Urteils, so kann dem Gläubiger nur im Wege des Arrestes geholfen werden (§ 932; Mot. zu § 605 Entw. der ZPO.). Mit der Rechtskraft wird das Urteil definitiv vollstreckbar. Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urteils, das die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt (§ 717 Abs. 1).

β. Nach §§ 722, 723, 328 ZPO. findet die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil (eines deutschen ordentlichen Gerichts) ausgesprochen ist. Vorausgesetzt wird ein

Urteil eines ausländischen Gerichts, das nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft erlangt hat (§ 723 Abs. 2; anders nach §§ 660, 661 ZPO. v. 1877. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus ausländischen vorläufig vollstreckbaren Urteilen kann durch Vollstreckungsurteil nicht ausgesprochen werden; ebensowenig die aus ausländischen Schiedssprüchen (RG. E. 5 S. 399, Bd 30 S. 368, JW. 1895 S. 505 Nr. 8). Aus diesen kann im Inlande nur auf Erfüllung geklagt werden und erst aus dem auf diese Klage ergehenden Urteil ist die Zwangsvollstreckung zulässig, falls deren allgemeine Vorbedingungen gegeben sind. Die Schiedssprüche (auch die inländischen) sind bezüglich der Zwangsvollstreckung den ausländischen Urteilen gleichgestellt. Die Zwangsvollstreckung findet nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist (ZPO. § 1042).

γ. Nach § 794 ZPO. findet die Zwangsvollstreckung ferner statt:

1) aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder inbetreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind;

Es ist nicht erforderlich, daß der Vergleich vor dem Prozeßgericht abgeschlossen ist, er kann auch vor einem ersuchten oder irgend einem anderen ordentlichen deutschen Gericht (RG. E. 21 S. 348), auch vor einem deutschen Konsulargerichte (G. v. 10. Juli 1879 § 14, v. 7. April 1900 § 19), geschlossen sein (RG. Bolze 1 Nr. 2121, JW. 1885 S. 69). Der notarielle Vergleich fällt nicht unter § 794 Nr. 1. Ein außergerichtlicher Vergleich wird dadurch nicht zu einem gerichtlichen, daß die Parteien zu gerichtlichem Protokoll erklären, sie hätten sich nach Maßgabe überreichter Schriftstücke außergerichtlich verglichen (RG. JW. 1898 S. 261 Nr. 18, Gruch. 43 S. 218). Alle in einem gerichtlichen Vergleiche getroffenen Vereinbarungen der Parteien, auch solche, die sich nicht auf den Streitgegenstand beziehen, nehmen an der Vollstreckbarkeit teil (RG. JW. 1897 S. 324 Nr. 10). Darüber, ob der gerichtliche Vergleich die Formen der §§ 313, 925 BGB. ersetzt, vgl. S. 125, 419, 443, 445. Neu ist gegenüber der ursprünglichen Fassung die Bestimmung, daß auch die zwischen einer Partei und einem Dritten in einem solchen Vergleiche getroffenen Vereinbarungen vollstreckbar sind. Es heißt darüber in der Begr. z. Nov. z. ZPO. (§ 702): „In der Praxis kommt es nicht selten vor, daß in einem behufs Beilegung eines Rechtsstreits vor dem Prozeßgericht abgeschlossenen Vergleiche seitens einer mittelbar beteiligten Person eine Verpflichtung übernommen wird. Ob aus einem solchen Vergleiche die Zwangsvollstreckung gegen den Dritten auf Grund des bisherigen § 702 Nr. 1 stattfinden darf, ist streitig. Es erscheint aber unbedenklich und behufs Förderung der gütlichen Beilegung der Prozesse wünschenswert, die Vollstreckung gegen den Dritten zuzulassen." Auch dem Dritten steht daraus gegen die ihm verpflichtete Prozeßpartei die Zwangsvollstreckung zu. In den Fällen der §§ 1822 Nr. 12, 1714 BGB. bedarf ein vor dem Prozeßgerichte zwischen dem durch seinen Vormund vertretenen Minderjährigen als Kläger und dem Beklagten geschlossener Vergleich zu seiner Gültigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (RG. E. 56 S. 333). Vergleiche, die vor einem ausländischen Gerichte oder vor einem deutschen Sondergerichte geschlossen sind, eignen sich nicht zur Zwangsvollstreckung.

Ob § 794 Nr. 1 auch auf die nach Zustellung eines Zahlungsbefehls geschlossenen Vergleiche Anwendung findet, ist streitig, aber wohl zu bejahen (Dernburg HypR. § 1[illegible] Nr. 6 a; Turnau 1 S. 324 c 1).

2) aus Vergleichen, welche im Falle des § 510 vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind.

Der bezogene § 510 handelt vom Sühneverfahren.

3) aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;

Hierzu gehören namentlich die Kostenfestsetzungsbeschlüsse (§ 105).

4) aus Vollstreckungsbefehlen;

Diese scheiden hier wegen § 866 Abs. 3 Satz 1 aus.

5) aus Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld.

Soweit nach den Vorschriften der §§ 737, 739, 743, des § 745 Abs. 2 und des § 748 Abs. 2 die Verurteilung eines Beteiligten zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, wird sie dadurch ersetzt, daß der Beteiligte in einer nach Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt.

Die Urkunden zu 5 müssen von einem deutschen Gericht oder Notar aufgenommen sein; gerichtliche oder notarielle Beglaubigung genügt nicht. Bei notariellen Urkunden wird außerdem vorausgesetzt, daß die Originalurkunde vom Notar oder von einer Behörde verwahrt wird (§ 797 Abs. 2). Unter den Gerichten sind hier, wie in Nr. 1, die ordentlichen Gerichte zu verstehen. Die nach Art. 12 § 2 PAG. z. BGB. für die Beurkundung von Grundstücksveräußerungsverträgen bestellten Urkundsbeamten sind für die Beurkundung der Unterwerfungsklauseln nicht zuständig (RG. JW. 29 S. A 135, S. B 69). Für die Zwangshypothek kommen nur Urkunden über bestimmte Geldforderungen in Betracht. Die Gültigkeit des beurkundeten Vertrags ist nicht von der Angabe eines Schuldgrundes abhängig (BGB. § 780; anders nach bisherigem preuß. Rechte, RG. JWBl. 1897 S. 88). Es ist nicht erforderlich, daß der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gerade mit diesen Worten unterwirft; es genügt, wenn aus der Urkunde unzweideutig und unmittelbar der Wille des Schuldners erhellt, die Zwangsvollstreckung ohne Richterspruch zu dulden. Ist die Urkunde von einer zur Verfügung über ein Grundstück nur mit Genehmigung einer Aufsichtsbehörde befugten Person erteilt, so kann daraus die Eintragung einer Zwangshypothek nur dann erfolgen, wenn die Urkunde von der betreffenden Aufsichtsbehörde genehmigt ist. Soll z. B. aus einer Vollstreckungs-Urkunde die Zwangseintragung auf ein Mündelgrundstück erfolgen, so muß die Erklärung des Vormundes nach § 1821 Nr. 1 BGB. vom Vormundschaftsgerichte genehmigt sein (RG. JW. 16 S. 122); ebenso die Erklärung des Inhabers der elterlichen Gewalt (§ 1643 Abs. 1 BGB.; RG. RJA. 2 S. 44).

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist nur eintragungsfähig, wenn die Urkunde über einen der im § 794 Nr. 5 bezeichneten bestimmten Ansprüche errichtet ist. Bei einer Höchstbetragshypothek kann die Unterwerfung nicht eingetragen werden, weil es an einem bestimmten Betrage fehlt (S. 1017).

Auf die Zwangsvollstreckung aus den Schuldtiteln des § 794 Nr. 1 3 und 5 findet alles Anwendung, was oben unter *a* angeführt ist (§ 795). Insbesondere findet die Zwangsvollstreckung nur auf Grund vollstreckbarer Ausfertigungen statt. Die vollstreckbare Ausfertigung der gerichtlichen Urkunden wird vom Gerichtsschreiber des Gerichts erteilt, das die Urkunden aufgenommen hat (§ 797 Abs. 1). Darüber, ob sich diese Bestimmung, sowie Abs. 3—5 des § 797 nur auf die Urkunden im § 794 Nr. 5 oder auch auf die Vergleiche in Nr. 1, 2 bezieht, herrscht Streit. Das Reichsgericht hat sich ständig aus überzeugenden Gründen für die zweite Alternative ausgesprochen (E. 21 S. 345, Bd 35 S. 398, JW. 1897 S. 110 Nr. 18). Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden (§ 794 Nr. 5) wird vom Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen (§ 797 Abs. 2). Der aufbewahrende Notar oder die aufbewahrende Behörde (nicht etwa deren Gerichtsschreiber) haben die vollstreckbare Ausfertigung auch in den Fällen des

§ 726 Abs. 1 und der §§ 727—729 zu erteilen und nicht erst eine Anordnung des Vorsitzenden einzuholen (Mot. z. ZPO., Ausg. von Hahn S. 447; RG. JW. 1889 S. 52). In den Fällen des § 794 Nr. 5 ist es gleichgültig, ob der exekutive Anspruch auf einem einseitigen oder mehrseitigen Geschäfte beruht, ob er auf einen bestimmten Fälligkeitstag oder auf Kündigung gestellt, ob er von einer Bedingung oder Gegenleistung abhängig gemacht ist. Die Vollstreckungsklausel kann nur erteilt werden, wenn der Nachweis der Kündigung ꝛc. geführt wird. Ist nach der notariellen oder gerichtlichen Urkunde das Kapital mit dem Verzuge des Schuldners in der Zinszahlung fällig, so kann die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht von dem Nachweise, daß die Zinsen nicht rechtzeitig gezahlt seien, abhängig gemacht werden (Köln, Rhein. A. 88 1 S. 55; Kohler im A. f. ziv. Pr. 80 S. 184; a. M. KG. Busch Z. 15 S. 522). Nach § 7 der GebührenO. für Notare v. 25. Juni 1895 (in der Fassung des PGFG. Art. 134) hat der Notar für die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur in den Fällen der §§ 726, 737 ZPO. Anspruch auf (3/10) Gebühr eine Stempelabgabe wird in keinem Falle erhoben (JMBl. 1885 S. 133). Über die vollstreckbaren Ausfertigungen von Notariatsurkunden vgl. Dorst in Z. f. d. Not. 1903 S. 255.

Der dem § 794 ZPO. neu hinzugefügte Abs. 3 bringt für die Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung neben der Verurteilung des Schuldners zur Leistung noch die Verurteilung eines anderen Beteiligten zur Duldung der Vollstreckung voraussetzt, den Gläubiger in die Lage, gegen den zur Duldung Verpflichteten auf einfacherem Wege einen vollstreckbaren Titel zu erlangen und so die Kosten und Weiterungen eines Prozesses zu vermeiden.

Die Einwendungen, die die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen (ZPO. § 797 Abs. 3), sowie die (der Beschränkung des § 767 Abs. 2 nicht unterliegenden) Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen (§ 797 Abs. 4, 5), gehen das Grundbuchamt nichts an.

Im Anschluß an § 794 Nr. 5 regeln die §§ 799, 800 die Fälle der Rechtsnachfolge auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite, wenn der Eigentümer eines mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld belasteten Grundstücks sich in einer nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Es handelt sich dann freilich nicht um Eintragung einer Zwangshypothek, aber des Zusammenhangs wegen empfiehlt es sich, jene Bestimmungen an dieser Stelle zu besprechen. Der Rechtsnachfolger des Gläubigers muß, wenn er auf Grund der Urkunde zur Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer schreiten will, nach § 750 Abs. 2 neben der Abschrift der vollstreckbaren Urkunde und der Vollstreckungsklausel noch eine Abschrift der die Rechtsnachfolge nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde zustellen lassen. Die Zustellung der letzten Urkunde erklärt § 799 nicht für erforderlich, wenn der Rechtsnachfolger als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist. Diese Zustellung würde deshalb eine zwecklose Förmlichkeit sein, weil der Eigentümer von einer solchen Eintragung schon durch das Grundbuchamt Kenntnis erhält (GBO. § 55). Nach § 727 ZPO. kann eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Sonderrechtsnachfolger des in einem Urteile bezeichneten Schuldners erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge bei Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Im § 795 ist entsprechende Anwendung auch dieser Vorschrift auf die Fälle des § 794 vorgeschrieben; es ist jedoch zweifelhaft, ob die Bestimmungen der §§ 727, 795 der Anwendung auf die im § 794 Nr. 5 bezeichneten Fälle fähig sind. Mit Rücksicht hierauf gibt § 800 eine Sondervorschrift. Der Eigentümer kann sich in einer nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Die Wirksamkeit des Titels gegenüber dem Sondernachfolger ist jedoch davon abhängig, daß die Unterwerfung in das Grundbuch eingetragen wird. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung an Stelle der Eintragung (BGB. § 874) genügt nicht. (KG. RJA. 3 S. 131.) Es muß aus dem Eintragungsvermerke hervorgehen,

daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll (KG. JW. 23 S. A 232, RJA. 4 S. 270). Nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts und Gegenstandes der Unterwerfung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. (KG. JW. 28 S. A 262.) Die Worte des § 800 ZPO. sind zwar für die Unterwerfungsklausel nicht sakramental, in der Eintragungsformel muß aber zum Ausdrucke gebracht werden, daß der Eigentümer sich und die Sondernachfolger der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Eintragung z. B.: „Wegen aller Zahlungsverpflichtungen ist aus der Urkunde vom . . . die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig" — entspricht diesem Erfordernisse nicht. (KG. RJA. 3 S. 94.) Dagegen genügt die Eintragung: „Die jeweiligen Eigentümer unterliegen der sofortigen Zwangsvollstreckung." (KG. Rsp. 7 S. 354.) Vgl. auch Formular A zur P. AVf. v. 20 November 1899 Abt. III Nr. 4. Der Erwerber des Grundstücks wird auf diese Weise in den Stand gesetzt, sich von vornherein über die Sachlage zu unterrichten. Die Unterwerfung ist eine Belastung und setzt als solche Einigung (BGB. § 873) voraus. Zur Eintragung ist jedoch der Nachweis der Einigung nach § 19 GBO. nicht erforderlich (München im Recht 1903 S. 156). Auf die persönliche Forderung bezieht sich § 800 ZPO. nicht (München Rsp. 6 S. 401). Die Unterwerfung kann nicht vorgemerkt werden, weil es sich nicht um eine Änderung des Inhalts der Hypothek, sondern um deren prozessuale Geltendmachung handelt (Sekler Vorm. S. 27). Ist die Unterwerfung hinsichtlich einer für den Kaufpreis bestellten Hypothek in der Auflassungsurkunde erklärt, so ist sie auf Antrag des Gläubigers auch dann einzutragen, wenn diese Eintragung nicht mit ausdrücklichen Worten bewilligt ist (KG. im Recht 1905 S. 371 Nr. 1691). Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen später in das Grundbuch eingetragenen Eigentümer bedarf es nicht der Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde (vgl. Begr. zu § 800, Entw. § 707 b). Auf Höchstbetragshypotheken (BGB. § 1190) finden die §§ 800, 794 Nr. 5 ZPO. keine Anwendung, weil sie nicht auf eine bestimmte Geldsumme gehen. Hat sich der Eigentümer dennoch der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so ist die Bestimmung nicht eintragungsfähig (KG. RJA. 2 S. 202, München und Dresden Rsp. 8 S. 148 f.

δ. Einstweilige Verfügungen und Arreste sind Grundlagen für die Eintragung von Vormerkungen, Widersprüchen, Verfügungsbeschränkungen und Sicherungshypotheken (ZPO. §§ 929, 932, 936, 941, 942; vgl. S. 190, 1059).

bb. Andere reichsrechtliche Schuldtitel, aus denen die Zwangsvollstreckung stattfindet, sind:

α. Nach Aufhebung oder Einstellung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen. Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 724—793 ZPO. statt (KO. §§ 164, 206 Abs. 2). Ebenso findet aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, die in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung statt (KO. § 194). Die Zwangsvollstreckung ist also in diesen Fällen an dieselben Voraussetzungen gebunden, wie die aus Urteilen (vgl. Anm. α S. 1035 f.). Die in den Fällen der §§ 164, 194, 206 KO. vom Gerichtsschreiber des Konkurs-(Amts-)Gerichts zu erteilende vollstreckbare Ausfertigung besteht aus einem Auszug aus der Tabelle mit der Vollstreckungsklausel. Im Falle des § 194 KO. ist eine Ausfertigung des Zwangsvergleichsprotokolls und, wenn dieses die Vergleichsbedingungen nicht vollständig enthält, auch des die Bedingungen enthaltenden Schriftstücks sowie eine Ausfertigung des mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen

Bestätigungsbeschlusses dem Tabellenauszuge vorzuheften. Die vollstreckbare Ausfertigung darf erst dann erteilt werden, wenn die öffentliche Bekanntmachung der Aufhebung oder der Einstellung des Verfahrens nach § 76 Abs. 1 KO. für bewirkt gilt und eine gegen den Einstellungsbeschluß zulässige Beschwerde innerhalb der gesetzlichen Frist nicht erhoben ist (GeschäftsO. für d. GerSchr. d. AG. v. 26. November 1899 § 34). Voraussetzung ist auch hier überall die Fälligkeit der Forderung. Für nicht fällige Forderungen ist nur beim Vorliegen eines Arrestgrundes die Eintragung einer Arresthypothek (ZPO. § 932) zulässig.

β. Eine Entscheidung des Strafrichters, die den Verfall einer von dem oder für den Angeschuldigten geleisteten Sicherheit ausspricht, hat die Wirkungen eines vom Zivilrichter erlassenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteils und nach Ablauf der (einwöchigen) Beschwerdefrist die Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilendurteils (StPO. § 122 Abs. 3). Die Vollstreckung einer über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangenen Entscheidung des Strafrichters erfolgt nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte (§ 495 das.). Nach § 483 StPO. erfolgt die Strafvollstreckung durch die Staatsanwaltschaft auf Grund einer vom Gerichtsschreiber (des Gerichts, das in erster Instanz erkannt hat; JMBl. 1879 S. 237, 1881 S. 152) zu erteilenden, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Urteilsformel, und zwar auf Antrag der Strafvollstreckungsbehörde (RG. JW. 13 S. 133). Das Reichsgericht (E. 1 S. 233) scheint die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Strafurteils für erforderlich zu halten. Die Rechtslehre ist anderer Meinung (vgl. Loewe-Hellweg Nr. 3 zu § 495 StPO.). Jedenfalls kann die auf Buße lautende Entscheidung nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung vollstreckt werden. Antragsberechtigt ist hier der Neben- oder Privatkläger. Streitig ist auch, ob eine Geldstrafe überhaupt eingetragen werden kann. Es wird behauptet, daß die Verurteilung zu einer Geldstrafe kein fiskalisches Forderungsrecht begründe und daß die Eintragung dem Grundsatze der Strafvollstreckung, der sofortige Beitreibung verlange, widerspreche. Diese Bedenken sind jedoch unbegründet (vgl. z. B. G. v. 26. Juli 1897 § 54 Abs. 2 Satz 2, GS. S. 237) und werden von der Praxis nicht beachtet. Im Zirk. v. 10. Juli 1887 (PrMBl. S. 178) ist freilich die Eintragung einer auf Grund des G. über den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen vom 23. April 1883 (GS. S. 65) festgesetzten und im Pfändungspfandverfahren nicht beizutreibenden Geldstrafe für unzulässig erklärt. Ob dieses Zirk. wegen der besonderen Bestimmungen jenes G. begründet ist, kann jedoch dahingestellt bleiben, da nach ihnen der Höchstbetrag der Geldstrafe 30 Mk. beträgt, und die Eintragung einer Zwangshypothek daher nach § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. unzulässig ist.

γ. Aus rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen der Gewerbegerichte und Kaufmannsgerichte sowie aus Vergleichen, die nach Erhebung der Klage vor diesen Gerichten geschlossen sind, findet die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO. statt. Die vor dem Gemeindevorsteher geschlossenen Vergleiche sowie die rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidungen sind, sofern die Partei es beantragt, auf Ersuchen des Gemeindevorstehers nach den Vorschriften über das Verwaltungszwangsverfahren (Anm. ζ S. 1045) zu vollstrecken (GewGG. v. 29. Juli 1890 §§ 56, 72, 73, RGBl. S. 141, G. v. 30. Juni 1901, RGBl. S. 249 und KaufmGG. v. 6. Juli 1904 § 16, RGBl. S. 266). Den ordentlichen Gerichten wird alljährlich durch Mitteilung eines Verzeichnisses Kenntnis davon gegeben, für welche Bezirke und mit welcher sachlichen Zuständigkeit Gewerbegerichte auf Grund des G. v. 1890 errichtet und welche Veränderungen vorgekommen sind (JMBl. 1893 S. 271, 1894 S. 251, 1895 S. 299, 1896 S. 256, 1897 S. 270, 1898 S. 204, 1899 S. 278, 1900 S. 503, 1901 S. 150, 1902 S. 144, 1903 S. 238). Das Siegel des Gewerbegerichts soll (in Preußen) den preuß. Adler und den Namen des betreffenden Gewerbegerichts enthalten (PrMBl. 1891 S. 134). Die vollstreckbare Ausfertigung ist vom Gerichtsschreiber des Gewerbegerichts zu erteilen. Den Antrag auf Eintragung

einer Zwangshypothek hat die Partei unmittelbar beim Grundbuchamte zu stellen. Wegen der Königlichen Gewerbegerichte in der Rheinprovinz vgl. unten Anm. b β.

δ. Aus rechtskräftigen oder für vollstreckbar erklärten Entscheidungen der Innungen und der Innungsschiedsgerichte sowie aus Vergleichen, die nach Erhebung der Klage vor einem Innungsschiedsgerichte geschlossen sind, erfolgt die Zwangsvollstreckung, sofern die Partei dies beantragt, auf Ersuchen der Innung oder des Innungsschiedsgerichts durch die Polizeibehörde nach den Vorschriften über das Verwaltungszwangsverfahren (§ 91 b der GewO. in der Fassung des G. v. 26. Juli 1897, RGBl. S. 663).

ε. Die Vollstreckung der eine Geldstrafe aussprechenden Entscheidung sowie der die Kosten festsetzenden Verfügung der Anwaltskammer erfolgt auf Grund einer vom Schriftführer des Vorstandes erteilten, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Entscheidungsformel nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Die Vollstreckung wird von dem Schriftführer des Vorstandes betrieben (RAO. §§ 58, 63, 94, 97). Dieser ist mithin zur Stellung des Antrags auf Eintragung einer Zwangshypothek legitimiert.

ζ. Auf die gerichtliche Festsetzung der Auslagen und der Gebühr des gerichtlich bestellten Revisors einer Genossenschaft findet § 794 Nr. 3 Anwendung. Auf Grund der vom Konkursgerichte für vollstreckbar erklärten Vorschuß-, Zusatz- und Nachschußberechnung des Konkursverwalters findet die Zwangsvollstreckung wegen des so festgestellten, von den einzelnen Genossen zur Deckung des in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrags zu leistenden Beitrags nach der ZPO. auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung und eines Auszugs aus der Berechnung statt (GenG. v. 1. Mai 1889, in der durch Art. 11, 13 EG. z. HGB. v. 10. Mai 1897 bedingten Fassung, RGBl. 1898 S. 810, §§ 62, 106—115, 128, 129). Zum Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek ist der Konkursverwalter legitimiert.

η. Die rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Patentamts und des Reichsgerichts in Patentnichtigkeitssachen sind zur Zwangsvollstreckung geeignete Titel. Die vollstreckbare Ausfertigung ist vom Gerichtsschreiber des nach §§ 157 ff. GVG. zuständigen Amtsgerichts zu erteilen (RG. E. 33 S. 423).

ϑ. Nach dem RGFG. findet die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO. statt aus rechtskräftigen Beschlüssen eines zuständigen Gerichts (oder der andern nach Art. 147 EG. z. BGB. von der Landesgesetzgebung bestimmten Behörde), durch die eine vorgängige Vereinbarung oder eine Auseinandersetzung von Miterben oder eine Auseinandersetzung über das Gesamtgut nach Beendigung einer ehelichen Gütergemeinschaft oder endlich eine Dispache bestätigt ist (§§ 98, 99 Abs. 1, 158 Abs. 2). Ferner ist auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts eine Sicherungshypothek an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes einzutragen (das. § 54).

ι. Schließlich kommen noch die §§ 132, 133 ZVG. in Betracht. Ist der Meistbietende nach § 81 Abs. 4 für mithaftend erklärt, so kann auch auf sein Grundstück eine Zwangshypothek eingetragen werden. Es ist dann aber § 867 Abs. 2 ZPO. (S. 1030) zu beachten.

b. Landesgesetzliche Schuldtitel, aus denen in Preußen die Zwangsvollstreckung stattfindet.

α. Nach dem PFGG. findet aus den gerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschlüssen in den Fällen der Art. 10—14 und 30, sowie aus der Entscheidung, durch die ein Beteiligter zur Erstattung der ihm zu viel gezahlten Kosten verurteilt wird (Art. 14), die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO. statt.

β. Aus den vor den Vergleichskammern der Königl. Gewerbegerichte in der Rheinprovinz geschlossenen Vergleichen findet die Zwangsvollstreckung ebenso statt, wie aus den vor den Reichsgewerbegerichten geschlossenen Vergleichen (vgl. Anm. bb γ S. 1042).

Digitized by Google

Die Vergleiche werden hier vor Erhebung der Klage geschlossen (G. v. 11. Juli 1891 § 10, GS. S. 311).

γ. Aus den vor einem Schiedsmanne geschlossenen Vergleiche findet in Preußen die gerichtliche Zwangsvollstreckung statt. Die Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden finden hierbei entsprechende Anwendung (SchiedsmO. v. 29. März 1879 § 32 Abs. 1, 2). Die vollstreckbare Ausfertigung wird der Regel nach vom Schiedsmann und, wenn sich das Protokollbuch in Verwahrung des Amtsgerichts (§ 28) befindet, von dessen Gerichtsschreiber erteilt (§ 31 Abs. 2). In den Fällen der § 726 Abs. 1, §§ 727—729, 738, 742, 744, § 745 Abs. 2 und § 749 ZPO. ist die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Amtsgerichts zu erteilen, in dessen Bezirke der Schiedsmann seinen Wohnsitz hat (§ 32 Abs. 3 der SchiedsmO. in der Fassung der Art. 3 PAG. z. RG., betr. Ander. d. ZPO.). Die Vergleiche müssen in das dafür ausschließlich bestimmte, vom Schiedsmann oder, wenn es vollgeschrieben ist, vom Amtsgericht aufzubewahrende Protokollbuch eingetragen werden. Die Parteien erhalten auf Verlangen Abschrift oder Ausfertigung des Protokolls (SchiedsmO. §§ 28—30). Diese Bestimmungen sind nicht bloß instruktioneller Natur, sondern enthalten eine wesentliche Formvorschrift. Ein nicht in das Protokollbuch, sondern auf ein loses Blatt niedergeschriebener und den Parteien in Urschrift ausgehändigter Vergleich ist kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter schiedsmännischer Vergleich (RG. E. in St. 29 S. 92). Das Protokoll muß den Vorschriften des § 25 SchiedsmO. entsprechen, insbesondere den Gegenstand des Streites enthalten. Das OTrib. hat einen schiedsmännischen Vergleich, aus dem sich nur die Höhe der streitigen Forderung ergab, der aber keine Angabe über das Rechtsgeschäft enthielt, dem die Forderung entstammte, die Exekutionsfähigkeit abgesprochen und entschieden, daß durch Eintragung aus einem derartig mangelhaften Vergleich ein Realrecht nicht begründet werde, daß diesen Mangel auch der Subhastat und die nacheingetragenen Gläubiger gegen das Liquidat des aus dem Vergleich eingetragenen Gläubigers in der Subhastation geltend machen können (Gruch. 23 S. 457). Auch das RG. hat es nicht für genügend erachtet, wenn der Vergleich sich nur als solchen bezeichnet und nur eine Fristbewilligung enthält, sondern hat verlangt, daß aus der Urkunde sich der Gegenstand des Streites und die Erfordernisse eines Vergleichs im Sinne des bürgerlichen Rechtes ergeben müssen, wenn daraus die Zwangsvollstreckung stattfinden solle (IV 77/84). Es reicht auch nicht aus, wenn im Protokoll angegeben ist, worin die den Gegenstand des Vergleichs bildende Forderung besteht und aus welchem Rechtsgeschäfte sie entsprungen ist; sondern es muß aus der Urkunde hervorgehen, daß ein Streit unter den Parteien bestanden hat, ehe sie vor dem Schiedsmann erschienen. Es ist jedoch genügend, wenn das Protokoll den Gegenstand, über den die Parteien sich verglichen haben, angibt und man aus dem Inhalte der Urkunde entnehmen kann, daß über diesen Gegenstand ein Streit unter den Parteien bestanden hat. „Es bedarf dazu keiner besonderen Erwähnung der streitigen Punkte; es genügt, wenn durch Interpretation des Protokolls und der darin enthaltenen Verabredungen der Parteien gefunden werden kann, daß die Forderung des Gläubigers beim Schuldner auf irgend eine Weise Widerspruch gefunden hat und demnächst die Vereinigung zwischen beiden Teilen erfolgt ist" (Gruch. 32 S. 1103). Vgl. auch RG. Gruch. 31 S. 844, Bolze 7 Nr. 441. Vertretung der Parteien durch Bevollmächtigte ist unzulässig (SchiedsmO. § 18), ein durch Bevollmächtigte vor dem Schiedsmanne geschlossener Vergleich kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel (Köln. Rhein. Arch. 85 I S. 179).

δ. Für öffentliche landschaftliche (ritterschaftliche) Kreditanstalten kann mit landesherrlicher Genehmigung durch Satzung oder, wenn die Verfassung der Anstalt unmittelbar auf Gesetz beruht, durch Königliche Verordnung bestimmt werden, daß aus Urkunden, die von einem zum Richteramte befähigten Beamten der Anstalt innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse aufgenommen sind, die gerichtliche Zwangsvollstreckung stattfindet. Als landschaftliche Kreditanstalten gelten auch die provinzial- (kommunal-

ſtändiſchen öffentlichen Grundkreditanſtalten (PG. v. 3. Auguſt 1897, GS. S. 388, § 1). Auf die Zwangsvollſtreckung aus ſolchen Urkunden finden die Vorſchriften über die Zwangsvollſtreckung aus notariellen Urkunden entſprechende Anwendung (§ 10 Abſ. 1 daſ.). Die vollſtreckbare Ausfertigung wird vom betreffenden Beamten erteilt. Nach § 10 Abſ. 2 in der Faſſung des PAG. z. RG., betr. Änd. d. ZPO., Art. 5 iſt jedoch in den Fällen des § 726 Abſ. 1, der §§ 727—729, 738, 742, 744, des § 745 Abſ. 2 und des § 749 ZPO. die vollſtreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Amtsgerichts zu erteilen, in deſſen Bezirke die Anſtalt ihren Sitz hat.

ε. Die Vollſtreckung der Erkenntniſſe und Beſchlüſſe deutſcher Rheinſchiffahrtsgerichte und die Vollſtreckung elbzollgerichtlicher Entſcheidungen deutſcher Gerichte erfolgt nach § 161 GVG. Die Vollſtreckung der Erkenntniſſe und Beſchlüſſe außerdeutſcher Rheinſchiffahrtsgerichte erfolgt auf Grund einer vom Oberlandesgerichte Köln mit der Vollſtreckungsklauſel (ZPO. § 724; StPO. § 483) zu verſehenden Ausfertigung. Die Vollſtreckung elbzollgerichtlicher Entſcheidungen außerdeutſcher Gerichte erfolgt auf Grund einer mit der Vollſtreckungsklauſel (ZPO. § 724; StPO. § 483) zu verſehenden Ausfertigung; zuſtändig für die Erteilung der Vollſtreckungklauſel iſt jedes Landgericht, zu deſſen Bezirk ein Elbzollgericht gehört (G. v. 8. März 1879 § 12, GS. S. 129; G. v. 8. März 1879 § 9, GS. S. 132; vgl. auch Zuſatzart. zur revid. Rheinſchiffahrtsakte v. 18. September 1895, GS. 1898 S. 265).

ζ. Das Verwaltungszwangsverfahren. Nach dem PAG. z. ZPO. v. 24. März 1879 § 14 a. F. und § 5 n. F. (GS. S. 1899 S. 388) finden die Vorſchriften der ZPO. über die Wirkungen der Pfändung entſprechende Anwendung auf die auf Grund einer Entſcheidung oder Anordnung der zuſtändigen Verwaltungsbehörde, eines Verwaltungsgerichts, einer Auseinanderſetzungsbehörde oder eines ſolchen Inſtituts, dem die Befugnis zur Zwangsvollſtreckung zuſteht, bewirkte Pfändung. Nach § 5 Abſ. 2 erfolgt die Regelung des Verfahrens der Zwangsvollſtreckung wegen Geldforderungen aus ſolchen Entſcheidungen oder Anordnungen im Anſchluß an die Vorſchriften der ZPO. durch Königl. Verordnung. An die Stelle der zunächſt erlaſſenen V. v. 7. September 1879 und 4. Auguſt 1884 iſt die V., betr. das Verwaltungszwangsverf. wegen Beitreibung von Geldbeträgen, v. 15. November 1899 getreten. Die V. v. 4. Auguſt 1884 regelte das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen in Angelegenheiten der Juſtizverwaltung. Die V. vom 15. November 1899 beſtimmt allgemein:

§ 51. Die Zwangsvollſtreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt nach den für gerichtliche Zwangsvollſtreckungen beſtehenden Vorſchriften. Die erforderlichen Anträge ſind durch die Vollſtreckungsbehörde zu ſtellen.

Anträge auf Zwangsverſteigerung oder Zwangsverwaltung ſind nur zuläſſig, ſobald feſtſteht, daß durch Pfändung die Beitreibung des Geldbetrags nicht erfolgen kann.

Die Vollſtreckbarkeit der Forderung und die Zuläſſigkeit der Zwangsvollſtreckung nach Maßgabe des Abſ. 2 unterliegen nicht der Beurteilung des Gerichts oder Grundbuchamts.

In den beſonderen Rechten der beſtehenden Kreditverbände bei der Zwangsverſteigerung oder Zwangsverwaltung der zu ihnen gehörigen oder von ihnen beliehenen Güter wird durch die Beſtimmungen dieſer Verordnung nichts geändert.

§ 52. Iſt eine Sicherungshypothek eingetragen, ſo iſt im Falle der Veräußerung des belaſteten Grundſtücks die Zwangsvollſtreckung in Anſehung des Grundſtücks gegen den Rechtsnachfolger zuläſſig. Die Vorſchriften des § 3 Abſ. 3 finden Anwendung.

Nach § 3 Abſ. 1 d. V. kann, ſoweit nach den Vorſchriften des bürgerlichen Rechtes Dritte, insbeſondere Erben, Ehegatten, Eltern oder Nießbraucher, kraft Geſetzes zu der Leiſtung oder zur Duldung der Zwangsvollſtreckung verpflichtet ſind, das Zwangsverfahren auch gegen dieſe Perſonen angeordnet werden. Es finden dann die Vorſchriften der §§ 735—749, 778, 779, 781—784, 786 ZPO. mit der Maßgabe entſprechende Anwendung, daß die Anordnung des Zwangsverfahrens an die Stelle des nach §§ 735—749 zur Zuläſſigkeit

der gerichtlichen Zwangsvollstreckung erforderlichen oder genügenden vollstreckbaren Titels tritt (vgl. GeschAnweis. f. Gerichtsvollz. v. 1. Dezember 1899 § 108 Nr. 3, JMBl. S. 694). Nach § 3 Abs. 2 der V. wird durch die Geltendmachung der dem Erben nach den §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden (Verweigerung der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft oder bis zur Beendigung des Verfahrens über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, vgl. S. 208 Nr. 3), die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht gehemmt, wenn der beizutreibenden Forderung das im § 61 Nr. 2 oder 3 KO. bezeichnete Vorrecht zusteht. Wird seitens einer der im § 3 Abs. 1 der V. benannten Personen die Verpflichtung zu der Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung bestritten oder werden auf Grund der §§ 781—784, 786 ZPO. Einwendungen erhoben, so entscheidet nach § 3 Abs. 3 Satz 1 der V. hierüber der, für dessen Rechnung die Zwangsvollstreckung erfolgt. Nach Satz 2 daf. findet gegen die zurückweisende Entscheidung wahlweise die Beschwerde bei der vorgesetzten Aufsichtsbehörde oder die gerichtliche Klage statt und nach Satz 5 daf. finden auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln die Vorschriften der §§ 769, 770 ZPO. entsprechende Anwendung. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 der V. bilden die Behörden oder Beamten, denen die Einziehung der der Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren unterliegenden Geldbeträge zusteht, die zur Anordnung und Leitung des Zwangsverfahrens zuständigen Vollstreckungsbehörden. Die Behörde, der die Einziehung einer gerichtlich erkannten Geldstrafe obliegt, ist zugleich die Vollstreckungsbehörde für die mit der Einziehung der Strafe verbundene Beitreibung der Kosten. Diese Beitreibung erfolgt nach den für die Beitreibung der Strafe geltenden Vorschriften (Abs. 2 daf.). Den zuständigen höheren Verwaltungs- und den Aufsichtsbehörden ist es gestattet, die Funktionen der Vollstreckungsbehörde selbst zu übernehmen (Abs. 4 daf.). Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem davon die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat. Der Vollstreckungsbehörde ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige zu bescheinigen (§ 8 Abs. 1 daf.). Diese Bescheinigung ist dem Grundbuchamte mit dem Eintragungsantrage vorzulegen. Vgl. Abs. 1 S. 1036.

Die Verwaltungsbehörde ist nicht Partei, sondern Vollstreckungsbehörde. Das Grundbuchamt hat die Vollstreckbarkeit der Forderung und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht nachzuprüfen, sondern dem Ersuchen der Behörde stattzugeben und nur zu untersuchen, ob die Form des Ersuchens dem Art. 9 PAG. z. GBO. entspricht. Die Vorschriften über Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen finden keine Anwendung.

Besondere Fälle des Verwaltungszwangsverfahrens sind:

aa. Die Beitreibung der Gerichtskosten. Nach § 16 PGKG. (n. F. GS. 1899 S. 326) erfolgt die zwangsweise Einziehung der Gerichtskosten, insbesondere die Eintragung in das Grundbuch, im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens. Die Zwangsversteigerung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens wegen einer Kostenforderung ist weder gegen den ursprünglichen Schuldner noch gegen seinen Ehegatten oder Abkömmling oder den Ehegatten eines Abkömmlings zulässig. Nach der O. für die Verwalt. d. Kassen v. 31. März 1900 § 33 (JMBl. S. 103) steht die Anordnung des Zwangsverwaltungsverfahrens wegen Beitreibung der Kosten und der im § 141 PGKG. bezeichneten Beträge dem Rendanten zu. Dem Kurator ist jedoch gestattet, die Funktionen der Vollstreckungsbehörde selbst zu übernehmen (§ 33 Nr. 1 KassenO.). „Dem Antrag auf Eintragung ist, soweit tunlich, eine beglaubigte Abschrift der Kostenrechnung beizufügen. Erfolgt die Eintragung für die Kasse des Reichsgerichts oder eines anderen Bundesstaats, so ist zu beantragen, daß in der Eintragungsformel auch die preuß. Kasse erwähnt wird, der die Vertretung obliegt (A. Bf. v. 27. August 1881, JMBl. S. 177)." (§ 41 Nr. 1 u. 2 KassenO.) „Bei Befriedigung der Kasse durch Zahlung der Forderung sind dem, dem nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes hierauf ein Anspruch zusteht (BGB. §§ 1144, 1145, 1150, 1167), die Urkunden zu

erteilen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind" (§ 41 Nr. 3 KassenO.). Wird die durch Zwangshypothek gesicherte Forderung bezahlt und dadurch die Hypothek zur Eigentümergrundschuld des Schuldners, so kann die Kasse wegen einer anderen Forderung an denselben Schuldner die Eigentümergrundschuld zwar pfänden, aber nicht verlangen, daß die Grundschuld auf sie umgeschrieben werde, da eine Überweisung an Zahlungs Statt auf sie nach § 39 V. v. 15. November 1899 unzulässig ist (KG. JW. 26 S. A 300).

Der § 29 Abs. 2 PAG. z. deutsch. GKG. v. 10. März 1879, wonach jede Kostenforderung einen Titel zum Pfandrecht auf die Gegenstände des unbeweglichen Vermögens des Schuldners gibt und auf Grund dieses Titels die Eintragung eines Pfandrechts in das Grundbuch erfolgt, hat den Vorschriften des § 866 ZPO. gegenüber keine Bedeutung mehr. Die Kostenforderung gibt nach dem geltenden Rechte keinen Pfandrechtstitel (vgl. Anm. II 1 Abs. 2 S. 1035) und es ist nur die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig. Eine Kostenforderung, die ohne Nebenforderung den Betrag von 300 M. nicht übersteigt, darf nicht mehr eingetragen werden (ZPO. § 866 Abs. 3 Satz 2; KassenO. § 41 Nr. 1). Schuldtitel ist nicht der Eintragungsantrag der Kasse, sondern die Kostenrechnung. Eine Zusammenrechnung mehrerer Kostenforderungen aus mehreren Kostenrechnungen, um den Mindestbetrag zu erreichen, ist unstatthaft. Die im § 866 Abs. 3 ZPO. vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 5 das. führt nur dahin, daß die in einer Rechnung festgestellten mehreren Kostenansätze zusammengerechnet werden dürfen. (KG. JW. 25 S. A 176.) Bei der Zwangseintragung einer Kostenforderung sind die Eintragungskosten nicht mit einzutragen, weil das Grundstück (in Abweichung von § 1118 BGB.) ohnehin für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung haftet (ZPO. § 867 Abs. 1 Satz 2). Zur Stellung eines Antrags auf Zwangsversteigerung eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens ist die Genehmigung des Oberlandesgerichtspräsidenten einzuholen (§ 41 Nr. 4 KassenO.).

Zu den Kosten, die der zur Strafe Verurteilte zu tragen hat, gehören auch die Kosten der Strafvollstreckung (StPO. § 497; V. v. 15. November 1899 § 4 Abs. 2). Diese werden, wenn die Strafvollstreckung dem Amtsrichter übertragen ist, durch den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts, wenn die Strafvollstreckung der Staatsanwaltschaft obliegt, durch den Sekretär der Staatsanwaltschaft berechnet und festgestellt; die Einziehung der Transport- und Haftkosten erfolgt in allen Fällen durch die Gerichtskassen (vgl. StPO. § 483; KassenO. v. 31. März 1900 §§ 12, 22, 42 ff., 47). Zum Antrag auf Eintragung von Haftkosten ist also nur der Rendant oder Kurator der Gerichtskasse, nicht der Staatsanwalt oder sein Sekretär befugt. Die Eintragung aller entstandenen Kosten ist zulässig. Detentionskosten haben (im Gegensatze zu den Gebühren, die auf Gerichtskostengesetzen beruhen) die Natur der Auslagen. Auslagen können aber nicht im voraus, sondern erst dann eingezogen werden, wenn sie erwachsen sind, soweit nicht eine gesetzliche Verpflichtung zur vorschußweisen Deckung besteht (RGKG. §§ 1, 81 ff.). In Strafsachen besteht eine Verpflichtung des Angeklagten zur Vorschußleistung nicht (§§ 83, 84, 96 das.). Der Fiskus kann daher wegen künftiger Detentionskosten sein etwa gefährdetes Interesse nur durch Arrestschlag wahrnehmen, wenn nicht schon im Laufe des Strafverfahrens in dieser Richtung nach §§ 325, 326 StPO. Schritte geschehen sind. Die Eintragung einer Arresthypothek ist auch wegen künftiger Detentionskosten zulässig (ZPO. § 916 Abs. 2, § 932). Auch die Kosten, die bei den unter der Leitung des Ministers des Innern stehenden Straf- und Gefängnisanstalten durch die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens um Strafvollstreckung erwachsen, sind von den Gerichtskassen einzuziehen (§ 22 Nr. 1 KassenO. v. 31. März 1900). Die besonderen Vorschriften über die Vollstreckung der von der Polizeiverwaltung festgesetzten Geldstrafen (StPO. §§ 453—458; G. v. 23. April 1883, GS. S. 65) interessieren nicht mehr (ZPO. § 866 Abs. 3 Satz 2), da die Geldstrafen den Betrag von 30 M. nicht übersteigen dürfen.

Die Eintragung der Gerichtskostenzwangshypothek kann in den Fällen des § 3 Abs. 1 der V. v. 15. November 1899 auch gegen Erben, Ehegatten, Eltern des Verurteilten oder gegen Nießbraucher seines Vermögens erfolgen; dagegen ist es nicht zulässig, die Haft- und Verpflegungskosten für die Gefangenen auf Grundstücke der zu ihrer Alimentation verpflichteten Angehörigen einzutragen. Die Beschlagnahme des ganzen Vermögens eines Angeklagten (StPO. §§ 322, 333 ff., 480 in Verb. mit StrGB. § 93) führt nicht zur Eintragung einer Zwangshypothek (RG. Gruch. 41 S. 1120).

ββ. Die Beitreibung einer Geldforderung, deren Einziehung zur Ausführung einer Auseinandersetzung oder zur Ausgleichung unter den bei der Auseinandersetzung Beteiligten erforderlich ist, erfolgt durch die Generalkommission (Regierung) im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens (§ 86 G. v. 18. Februar 1880, n. F. GS. 1899 S. 404). Zeugnisse über die Rechtskraft der im Auseinandersetzungsverfahren ergangenen Urteile, sowie die vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urteils, eines Auseinandersetzungsrezesses und anderer im Auseinandersetzungsverfahren errichteten Urkunden, aus denen die Zwangsvollstreckung stattfindet, sind ausschließlich von der Generalkommission (Regierung) zu erteilen (§ 84 das. n. F.). Hängt die Vollstreckung eines Urteils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache ab, oder handelt es sich in den Fällen, wo solches zulässig ist, um die Vollstreckung des Urteils für oder gegen eine andere als die im Urteile bezeichnete Person, so vertritt die in den Vollstreckungsauftrag aufzunehmende Erwähnung, daß die in den §§ 726—729, 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO. bestimmten Voraussetzungen nachgewiesen seien, die nach den Vorschriften der ZPO. zu erteilende Vollstreckungsklausel (§ 88 G. v. 18. Februar 1880 n. F.). Wird für Kostenforderungen, deren Eintragung im Grundbuche beantragt ist, das Vorrecht der öffentlichen Abgaben in Anspruch genommen (Art. 3 PAG. z. ZVG.), so kann gleichwohl die Eintragung nur an der nächst offenen Stelle des Grundbuchs erfolgen; dem Antrage, bei der Eintragung gleichzeitig zu vermerken, daß den Kosten jenes Vorrecht zustehe, ist nicht zu entsprechen (KG. JW. 13 S. 125). Durch Art. 11 PAG. z. GBO. ist die Eintragung dieser Kosten ausgeschlossen (vgl. Begr. zu Art. 11).

γγ. Die vollstreckbaren Straf- und Beschwerdebescheide der Zoll- und Steuerbehörden haben die Wirkung rechtskräftiger Urteile. Die Vollstreckung dieser Bescheide sowie der Kostenentscheidungen liegt den Hauptämtern ob, die dabei nach Maßgabe der Bestimmungen über das Verwaltungszwangsverfahren zu verfahren haben. Zur Beitreibung von Geldstrafen darf ohne Zustimmung des Bestraften, insofern dieser ein Deutscher ist, kein Grundstück versteigert werden. Die zwangsweise Eintragung der Geldstrafen (und der Kosten) in das Grundbuch ist jedoch zulässig (§§ 53, 54 G., betr. d. VerwaltStrafverf. bei Zuwiderhandl. gegen d. Zollgef. ꝛc., v. 26. Juli 1897, GS. S. 237).

δδ. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörde, durch die nach §§ 65, 66 des G. v. 8. März 1871, GS. S. 130 (teilw. geändert durch G. v. 11. Juli 1891, GS. S. 329) über die Verpflichtung zur Gewährung der erforderlichen laufenden Unterstützung an den Hilfsbedürftigen Beschluß gefaßt ist, sind nach § 67 das. vorläufig und so lange vollstreckbar, bis auf erhobenen Rekurs im Verwaltungsweg oder mittels rechtskräftigen gerichtlichen Urteils eine abändernde Entscheidung erfolgt ist. Es findet daraus mithin die Eintragung einer Zwangshypothek statt. Da die Entscheidungen kraft Gesetzes vollstreckbar sind, bedarf es keiner Vollstreckungsklausel.

εε. Nach § 47 G., betr. die ärztlichen Ehrengerichte ꝛc., v. 25. November 1899 (GS. S. 565) erfolgt die Vollstreckung der eine Geldstrafe festsetzenden ehrengerichtlichen Entscheidung auf Grund einer vom Vorsitzenden des Ehrengerichts erteilten, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen beglaubigten Abschrift der Entscheidungsformel nach der V. v. 7. September 1879, betr. d. VerwaltZwVerf. Dasselbe gilt für die Vollstreckung der die Kosten festsetzenden Verfügung. Auffallend ist, daß in diesem später erlassenen und später (am 1. April 1900) in Kraft getretenen G. nicht die V. v. 15. Nov.

1899, sondern die aufgehobene V. v. 1879 bezogen ist. Selbstverständlich ist die neuere Verordnung maßgebend.

ζζ. Zu erwähnen ist endlich, daß § 59 der FeldpolizeiO. v. 1. November 1847 durch Art. 2 PAG. z. RG., betr. Ander. der ZPO., aufgehoben ist.

3. Dritte Voraussetzung ist, daß die Forderung, für die eine Zwangshypothek bestellt werden soll, eine bestimmte Geldforderung ist (vgl. Anm. I 3 S. 1033). Die Zwangshypothek ist Sicherungshypothek im Sinne des BGB. und folgt daher deren Regeln, sofern nicht in der ZPO. besondere Ausnahmen gemacht sind. Die Sicherungshypothek setzt aber eine bestimmte Geldforderung voraus (§ 1185 in Verb. mit § 1113 BGB.). Die einzige Abweichung der ZPO. bezüglich der Voraussetzungen betrifft nur die Höhe der Forderung (ZPO. § 866 Abs. 3 Satz 2; vgl. Anm. I 2 S. 1032). Für Forderungen, die auf andere Leistungen als auf Zahlungen lauten, ist die Zwangshypothek nicht zugelassen (Mot. III S. 771), z. B. nicht für Forderungen auf Herausgabe bestimmter Geldmünzen. Ist die Forderung im vollstreckbaren Titel nicht auf einen bestimmten Geldbetrag angegeben, so kann für sie, falls sie in eine bestimmte Geldforderung übergehen kann und die Voraussetzungen des Arrestes vorliegen, eine Arresthypothek eingetragen werden. Der Betrag der Geldforderung muß aber auch in Reichswährung angegeben sein (GBO. § 28 Satz 2). Man hat dies dahin aufgefaßt, daß schon der Schuldtitel auf Zahlung in Reichswährung lauten müsse, widrigenfalls nur beim Vorliegen der Arrestvoraussetzungen eine Eintragung (Arresthypothek) zulässig sei (vgl. Turnau I S. 328). Dieser Ansicht wird jedoch nur unter der Voraussetzung beigepflichtet werden können, daß der Schuldtitel auf eine konkret bestimmte Gattung ausländischer Münzen lautet, in welchem Falle nicht Abschn. 2, sondern Abschn. 3 (§§ 884, 893) des 8. Buches der ZPO. Anwendung findet. Handelt es sich dagegen nach dem vollstreckbaren Schuldtitel nur um eine Bezeichnung der Wertmenge, die bei Ausführung der Zwangsvollstreckung in inländische Währung ungerechnet und abgeführt werden kann, so wird, wie der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, so auch der Grundbuchrichter, der bei der Zwangseintragung das vollstreckende Organ ist, die Umrechnung in die deutsche Währung nach dem zur Zeit der Eintragung bestehenden Vorschriften (vgl. Bekanntm. v. 28. Juni 1898 § 3, RGBl. S. 915) vorzunehmen haben. Freilich verlangt § 28 Satz 2 GBO., daß die Angabe der Geldbeträge in Reichswährung in dem Eintragungsantrag enthalten sei; aber es ist dabei an den Fall, daß der Grundbuchrichter zugleich Zwangsvollstreckungsorgan ist, nicht gedacht (so auch Fuchs 1 S. 629 Nr. 4). Übrigens wird (wie bisher) anzunehmen sein, daß die Verletzung des § 28 Satz 2 GBO. nicht die Nichtigkeit der Zwangshypothek zur Folge hat.

III. Die Eintragung der Zwangshypothek.

1. In seiner Stellung als Vollstreckungsorgan hat der Grundbuchrichter zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Zwangsvollstreckungsverfahrens vorliegen, insbesondere also:

a. ob ein Titel vorliegt, aus dem nach Reichs- oder Landesrecht die Zwangsvollstreckung stattfindet, ob, wo dies erforderlich ist, der Titel mit der Vollstreckungsklausel versehen, ob diese vom zuständigen Beamten erteilt und ob in den Fällen der §§ 726 Abs. 1, 727—729, 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO. nach § 730 das. die Erteilung vom Vorsitzenden angeordnet ist (vgl. Anm. II 2 S. 1035). Die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel hat der Grundbuchrichter in keinem Falle zu prüfen (§ 732 das.). Wird die Eintragung seitens einer zuständigen Verwaltungsbehörde beantragt, so vereinfacht sich die Prüfung (vgl. Anm. ζ S. 1045). In den Fällen des § 726 Abs. 2 und der §§ 727—729 hat der Grundbuchrichter nicht nachzuprüfen, ob die dort erforderten Beweise geführt sind, sondern nur zu prüfen, ob die Vorschriften des § 730 Abs. 1 und 3 befolgt sind;

b. ob der Antragsteller mit dem in der Vollstreckungsklausel (§§ 725, 730 ZPO.) bezeichneten Berechtigten identisch ist. Der Berechtigte kann den Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek auch durch Bevollmächtigte stellen lassen. Der Prozeßbevollmächtigte ist auf Grund der Prozeßvollmacht zum Antrage legitimiert (§§ 81, 82

ZPO.). Über die Form der Vollmacht vgl. GBO. § 30 nebst Anm. Notare, die eine dem § 794 Nr. 5 ZPO. entsprechende Urkunde aufgenommen haben, sind ohne besondere Vollmacht zum Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek nicht ermächtigt. § 15 GBO. trifft auf diesen Fall nicht zu;

c. ob der vom Antragsteller bezeichnete Schuldner mit dem im Schuldtitel oder in der auf Anordnung (ZPO. § 730) erteilten Vollstreckungsklausel bezeichneten Schuldner (oder Rechtsnachfolger ꝛc.) identisch ist. Der Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters in den Fällen der §§ 735—737, 740, 741, 743, 745 Abs. 1, 746—748 ZPO. ergibt sich aus den Ausführungen S. 132 ff.; zu beachten ist auch § 794 Abs. 2 ZPO. Im Falle des Verwaltungszwangsverfahrens werden alle diese Nachweise durch die Anordnung des Zwangsverfahrens ersetzt (§ 3 V. v. 15. November 1899);

d. ob die Voraussetzungen des Beginns der Zwangsvollstreckung vorliegen (vgl. S. 127 ff.). Zu erwähnen ist noch, daß die Prüfung, ob der Gläubiger eine ihm obliegende Sicherheitsleistung bewirkt hat (ZPO. § 751 Abs. 2), abweichend vom bisherigen Rechte, dem Grundbuchrichter obliegt (über den Grund vgl. Mot. III S. 772). — Insbesondere muß der Grundbuchrichter prüfen, ob die Zustellung vorschriftsmäßig (§§ 750, 751 Abs. 2, 756, 765, 798) erfolgt ist. Es genügt Zustellung von Anwalt zu Anwalt (ZPO. § 198; Iwand in DJZ. 9 S. 542). Der Grundbuchrichter selbst ist weder verpflichtet, noch auch berechtigt, eine unterbliebene Zustellung nachzuholen, sondern muß den Eintragungsantrag ablehnen, wenn die absoluten Erfordernisse des Beginns der in der begehrten Eintragung liegenden Zwangsvollstreckungsmaßregel ihm vom Antragsteller nicht nachgewiesen werden. Die Nachholung der Zustellung und ihr Nachweis sind nicht als eine Vervollständigung des ersten Antrags in dem Sinne, daß der Antrag von Anbeginn an als begründet gelte, anzusehen, sondern der Antrag gilt erst dann als gestellt, wenn alle Voraussetzungen der Zwangseintragung vorliegen (RG. JW. 1 S. 120, Bd 10 S. 326). Die Vorschrift des § 18 GBO. ist auf den Fall der Zwangseintragung, die in erster Reihe unter den Regeln der Zwangsvollstreckung steht, nicht anwendbar. Es darf, bevor ihre Voraussetzungen erfüllt sind, keine Eintragung erfolgen, durch die der Zwangshypothek der Rang gesichert werden soll, der sich ergeben hätte, wenn der Antrag von Anbeginn an begründet gewesen wäre (wie hier Predari S. 288; a. M. Fuchs 1 S. 632 Nr. 10 b). Werden inzwischen Hypotheken eingetragen, so gehen diese der später eingetragenen Zwangshypothek unter allen Umständen vor; ist das Grundstück inzwischen in das Eigentum eines anderen übergegangen, so ist die Eintragung der Zwangshypothek unstatthaft. Diese Nichtanwendbarkeit des § 18 GBO. bezieht sich aber nur auf die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Wegen anderer Mängel, z. B. des ungenügenden Nachweises der Legitimation des Zessionars des Zwangsvollstreckungsgläubigers, darf die Eintragung einer Vormerkung nicht abgelehnt werden (Bd II zu § 18; vgl. E. 55 S. 343). Auch im Falle des § 751 Abs. 2 ZPO. ist die vorherige (die gleichzeitige kommt bei der Zwangseintragung nicht in Frage) Zustellung der Urkunde, durch die die Sicherheitsleistung nachgewiesen wird', so sehr Bedingung des Beginns der Zwangsvollstreckung, daß eine vorher eingetragene Zwangshypothek (wenigstens Dritten gegenüber) nichtig ist (RG. Seuff. Arch. 45 S. 373, E. 20 S. 433, Bd 25 S. 368) und durch die nachfolgende Zustellung nicht konvalesziert. Der Zwangshypothekar muß, auch wenn die Zustellung und ihr Nachweis nachgeholt ist, einem inzwischen eingetragenen Hypothekengläubiger weichen. Auch die Vorschrift des § 752 ZPO., wonach die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erst nach erstatteter Anzeige an die vorgesetzte Militärbehörde beginnen darf, ist absoluter Natur. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer Zwangshypothek gegen eine solche Person nicht vornehmen, bevor ihm eine Bescheinigung der Militärbehörde über den Empfang der Anzeige vorgelegt ist. Im Falle der Verwaltungszwangsvollstreckung liegt der antragenden Verwaltungsbehörde die Beibringung der Empfangsbescheinigung ob (§ 8 Abs. 1 V. v. 15.

Digitized by Google

November 1899); im übrigen aber steht die Prüfung, ob die Voraussetzungen des Beginns der Vollstreckung vorliegen, in diesem Verfahren dem Grundbuchrichter nicht zu.

e. Den materiellen Inhalt der vollstreckbaren Schuldtitel hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen, dagegen muß er prüfen, ob der Antrag sich mit der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit deckt, ob er soviel zu zahlen hat, wie im Antrage behauptet wird, ob der Kalendertag eingetreten ist (ZPO. § 751 Abs. 1) usw. Lautet das Urteil auf wiederkehrende Zahlungen, so können nur die bereits fälligen Raten (falls sie mehr als 300 Mk. betragen) im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen, die künftigen Raten aber nur durch Arresthypothek gesichert werden (RG. RJA. 4 S. 44). Ist der Eigentümer rechtskräftig verurteilt, nach seiner Wahl eine Hypothek zu einem bestimmten Betrage zu bestellen oder eine Geldsumme von demselben Betrage zu zahlen, so kann der Gläubiger bestimmen, welche dieser beiden Leistungen er zur Vollstreckung bringen will. Wählt er die Hypothekbestellung, so ist nach § 887 ZPO. zu verfahren (RG. E. 53 S. 84; vgl. oben S. 129). Wählt er dagegen die Zahlung, so kann er die Vollstreckung durch Eintragung einer Zwangshypothek bewirken lassen (KG. JW. 30 S. A 254).

f. Nach § 15 Nr. 3 EG. z. ZPO. n. F. (RGBl. S. 332) bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder eine unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Körperschaft oder Stiftung, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden. In diesen Landesgesetzen ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung vielfach beschränkt und der Grundbuchrichter hat diese Beschränkungen zu beachten. Nach Anh. § 153 zu 45 I 24 PAGO. sollen die Gerichte mit der Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus, die Gemeinden, andere Kommunalverbände und sonstige moralischen Personen nur nach Vereinbarung mit der Regierung und, falls eine Einigung mit dieser nicht erzielt wird, nach eingeholter Vorbescheidung des Justizministers vorgehen (A. Vf. v. 24. März 1882, JMBl. S. 59). An die Stelle der Regierung ist getreten der Kreisausschuß, wenn die Zwangsvollstreckung gegen eine Landgemeinde oder einen Amtsverband gerichtet ist, der Bezirksausschuß, wenn die Zwangsvollstreckung gegen eine Stadtgemeinde gerichtet ist (ZustG. v. 1. August 1883 § 33 Nr. 4, § 17 Nr. 4; LandgemO. v. 3. Juli 1891 § 121 Nr. 2; LandgemO. für Schleswig-Holstein vom 4. Juli 1892 § 121 Nr. 2, für Hessen-Nassau v. 4. August 1897 § 93 Nr. 2), im übrigen der Regierungspräsident (LandVerwG. v. 30. Juli 1883 § 18). Wegen der Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus vgl. auch den § 33 I 35 AGO. und Anh. § 242 dazu. Das Fortbestehen dieser Bestimmungen ist außer Zweifel (RG. Bolze 8 Nr. 1008; Küntzel in Gruch. 28 S. 286). Der Grundbuchrichter hat sich mit dem Versuche der Vereinbarung mit den Behörden ꝛc. nicht zu befassen; dies ist Sache des Vollstreckungsgerichts (§ 764 ZPO.). Der Gläubiger, der die Eintragung einer vollstreckbaren Forderung gegen den Fiskus ꝛc. beantragen will, hat auch die besondere Voraussetzung der Eintragung, die Zustimmung der Verwaltungsbehörde oder des Justizministers, durch eine Bescheinigung des Vollstreckungsgerichts nachzuweisen. Fehlt es daran, so ist der Eintragungsantrag abzuweisen.

Nach der A. Vf. v. 9. Dezember 1899 (JMBl. S. 802) ist von jeder Zwangsvollstreckung in ein Pfarr- oder Schulhaus oder ein anderes zum öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmtes Grundstück einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder einer unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehenden Körperschaft oder Stiftung die vorgesetzte Dienstbehörde des Schuldners zu benachrichtigen. Bei der Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek in das Grundbuch hat das Grundbuchamt durch Mitteilung der Eintragung, bei der Anordnung einer Zwangs-Versteigerung oder -Verwaltung sowie bei der Zulassung eines Beitritts zum Verfahren im Geltungsbereiche des ZVG. hat das Vollstreckungsgericht durch Mitteilung des Beschlusses über die Anordnung oder die Zulassung die Benachrichtigung zu bewirken. — Die zur Empfangnahme derartiger Mitteilungen bestimmten Stellen werden den Gerichten von den

Verwaltungsbehörden durch Vermittlung des Oberlandesgerichtspräsidenten bezeichnet. — Diese Mitteilungen sind Angelegenheiten der Justizverwaltung. Die dadurch entstandenen Auslagen sind nicht als Kosten der Zwangsvollstreckung zu berechnen.

g. Über die Zulässigkeit von Zwangseintragungen gegen einen Schuldner, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, vgl. Nr. 3 S. 155 f.

2. Sind alle prozessualen Voraussetzungen des Beginns der Zwangsvollstreckung gegeben, so hat der Grundbuchrichter als solcher zu untersuchen, ob die Eintragung der Zwangshypothek nach Grundbuchrecht zulässig ist. Nach § 40 Abs. 1 GBO. soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn der, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Aus dem Vollstreckungstitel ergibt sich nicht, in welches Grundstück die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, sondern der Gläubiger muß das Grundstück in seinem Antrag übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt (GBO. § 28 Satz 1) bezeichnen. Ist im Grundbuche des bezeichneten Grundstücks der im Vollstreckungstitel bezeichnete Schuldner nicht als Eigentümer eingetragen, seine sofortige Eintragung auch nicht möglich, so muß der Grundbuchrichter die Eintragung der Zwangshypothek ablehnen. (Anders jedoch, wenn Auflassung und Eintragung auf Grund des RAnfG. angefochten sind; vgl. S. 116 Anm. d). Ist der im vollstreckbaren Titel bezeichnete Schuldner nur als Miteigentümer des Grundstücks eingetragen, so kann die Zwangshypothek nur auf seinen Anteil (BGB. § 1114; ZPO. § 864 Abs. 2, 747) eingetragen werden, falls nicht etwa die vollstreckbare Ausfertigung gegen alle Miteigentümer lautet (RG. Gruch. 34 S. 1169), in welchem Falle jedoch auch der Eintragungsantrag gegen alle Miteigentümer zu stellen sein wird. Auf den Anteil eines Miterben kann vor geteilter Erbschaft eine Zwangs- oder Arresthypothek nicht eingetragen werden (RG. RJA. 1 S. 29, Rsp. 2 S. 27, Bd 7 S. 321, München Seuff. Arch. 57 S. 460). Gehört das Grundstück, auf das die Eintragung begehrt wird, zum Gesamtgut einer allgemeinen Güter-, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft, so ist erforderlich und genügend ein gegen den Ehemann lautender vollstreckbarer Titel (ZPO. § 740); gehört er zu dem Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, so ist ein gegen den überlebenden Ehegatten lautender vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich und genügend (§ 745 Abs. 1 ZPO.). Über das Verfahren in den übrigen in den §§ 735—749 ZPO. behandelten Fälle vgl. S. 132 ff. Ist ein Erblasser als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, so ist die Eintragung des Erben als Eigentümers nicht erforderlich, wenn der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlaßpfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Das gleiche gilt, wenn der Eintragungsantrag auf einen gegen den Testamentsvollstrecker vollstreckbarer Titel gegründet wird, sofern der Titel gegen den Erben wirksam ist (GBO. § 41. Ob dies der Fall, ist an der Hand der Bestimmungen des BGB. §§ 2205 ff., 2213 und der ZPO. §§ 325—327, 748, 749 zu prüfen. Der Grundbuchrichter muß aber unter allen Umständen auf Beibringung einer gegen den Erben gerichteten vollstreckbaren Ausfertigung bestehen, weil er sonst mit der Zwangsvollstreckungsmaßregel der Eintragung der Zwangshypothek nicht beginnen darf (ZPO. § 750; a. M. Fuchs 1 S. 634 Nr. 15). Nur von dem sich aus § 40 Abs. 1 GBO. ergebenden Erfordernisse der Eintragung des Erben als Eigentümers kann er nach § 41 das. absehen. Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlaßschuld gegen einen Erben, der die Erbschaft noch nicht angenommen hat (ZPO. § 778 Abs. 1, §§ 779 ff.), kommen nicht in Betracht, wenn die Zwangseintragung auf ein Nachlaßgrundstück erfolgen soll; die §§ 2014, 2015 BGB. stehen der Eintragung nicht entgegen, da sie dem Erben nur das Recht geben, die Berichtigung einer Nachlaßschuld für eine gewisse Zeit zu verweigern, ihn dagegen nicht von Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen den Nachlaß befreien (Prot. V S. 785). Nach § 782 ZPO. kann der Erbe nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der in den §§ 2014, 2015 BGB. bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind; nach § 932 ZPO. wird aber der Arrest in ein Grundstück durch

Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen. Daher ist § 866 ZPO. im besprochenen Falle anzuwenden und es sind nicht etwa die Voraussetzungen des Arrestes erforderlich.

Lauten die vollstreckbaren Schuldtitel auf eigene Verbindlichkeiten des Erben und die Eintragung der Zwangshypothek wird auf ein Grundstück verlangt, als dessen Eigentümer noch der Erblasser eingetragen ist, dann tritt die allgemeine Regel des § 40 GBO. ein, d. h. der Eintragung der Zwangshypothek muß die Eintragung des Eigentums des Erben vorausgehen. Dies ist bei der Zwangshypothek um so mehr erforderlich, als nach § 778 Abs. 2 ZPO. wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor der Annahme der Erbschaft nicht zulässig ist (vgl. BGB. §§ 1942 ff.). Der § 778 Abs. 2 ZPO. zieht aus dem Gedanken, daß die Erbschaft erst mit der Annahme endgültig Bestandteil des Vermögens des Erben wird, die Folgerung zugunsten der Nachlaßgläubiger, indem er den persönlichen Gläubigern des Erben bis zur Annahme der Erbschaft die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß versagt. Das Recht des Nacherben hindert nicht die Eintragung einer Zwangshypothek gegen den Vorerben (RG. RJA. 4 S. 59).

In allen Fällen, in denen der Schuldner zwar Eigentümer des Grundstücks, als solcher aber nicht eingetragen ist und die Eintragung einer Zwangshypothek nur gegen den eingetragenen Eigentümer zulässig ist, kann der Gläubiger auf Grund des gegen den Schuldner vollstreckbaren Titels die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentums des Schuldners verlangen (GBO. § 14). Bedarf der Gläubiger zu diesem Zwecke eines Erbscheins oder einer anderen Urkunde, die dem Schuldner auf Antrag von einer Behörde, einem Beamten oder einem Notar zu erteilen ist, so kann er die Erteilung an Stelle des Schuldners verlangen (ZPO. § 792; RG. RJA. 5 S. 234). „Verlangt hiernach der Gläubiger die Erteilung eines Erbscheins, so versteht es sich von selbst, daß die zufolge § 2356 BGB. erforderliche Versicherung an Eides Statt an Stelle des Schuldners vom Gläubiger abzugeben ist" (Begr. des Entw. § 700 a). Seine Legitimation zum Antrag auf Erteilung führt der Gläubiger durch Vorlegung des vollstreckbaren Titels. Gegen die Ablehnung steht ihm nur die Beschwerde im Aufsichtswege zu. Soweit es sich darum handelt, den Widerstand eines Dritten, der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, zu beseitigen, kann der Gläubiger, der eine Zwangshypothek eintragen lassen will, die Eintragung des Schuldners dadurch erreichen, daß er sich den Berichtigungsanspruch überweisen läßt, der dem Schuldner gegen den eingetragenen Dritten zusteht. Auch ist der Gläubiger in der Lage, nach § 256 ZPO. die Feststellungsklage gegen den Dritten dahin zu erheben, daß nicht dieser, sondern der Schuldner Eigentümer sei. Mit Hilfe des das Recht des Schuldners feststellenden Urteils kann er dann die Berichtigung des Grundbuchs nach § 14 GBO. verlangen (Denkschr. z. GBO. S. 49). Für den Fall, daß der vollstreckbare Titel auf Bestellung einer Hypothek lautet, trifft § 896 ZPO., für den Fall, daß er auf Zahlung einer Geldsumme lautet, trifft § 792 ZPO. Vorsorge.

Ist der Schuldner zwar nicht Eigentümer des Grundstücks, hat aber einen klagbaren Anspruch gegen den eingetragenen Eigentümer auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung (§§ 433, 313 BGB.), so kann der Gläubiger wegen seiner vollstreckbaren Forderung den Anspruch des Schuldners auf Eigentumsübertragung pfänden lassen und das Eigentum am Grundstück an Stelle des Schuldners für diesen erwerben. Die Auflassung hat dann vom eingetragenen Eigentümer an den vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Weigert sich der eingetragene Eigentümer, die Auflassung zu erklären, so muß der Gläubiger gegen ihn klagen. Die Auflassungserklärung wird durch rechtskräftiges Urteil ersetzt (ZPO. § 894). Mit dem Übergange des Eigentums auf den Schuldner erwirbt der Gläubiger die Zwangshypothek. Behufs der Berichtigung des Grundbuchs hat der Sequester die Eintragung zu bewilligen (ZPO. § 848).

Lautet der Schuldtitel nur gegen einen von mehreren Gesamteigentümern oder Miterben, so kann eine Eigentumseintragung überhaupt nicht erzwungen werden,

weil der Gläubiger gegen die Gesamteigentümer ꝛc., die nicht seine Schuldner sind, keinen Zwang ausüben darf. In diesem Falle ist also die Eintragung einer Zwangshypothek nicht möglich. Der Gläubiger kann nur den Anteil seines Schuldners pfänden, sich dessen Anspruch auf Auseinandersetzung überweisen (§§ 749 ff., 2042 ff. BGB.) lassen und wenn bei der Teilung ein Grundstück auf seinen Schuldner fällt, dessen Eintragung und die Eintragung einer Zwangshypothek durchsetzen. Vgl. Anm. 2 S. 732.

Sind zwei Personen als Eigentümer je zur Hälfte eingetragen und ist auf dem Grundstücksanteile des einen Miteigentümers eine Zwangshypothek eingetragen, so können die Eigentümer nicht Löschung der Hypothek mit der Behauptung verlangen, das Grundstück gehöre ihnen auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsvertrags zur gesamten Hand, also nicht nach bestimmten Anteilen. Wenn auch § 892 BGB. auf die Zwangshypothek keine Anwendung findet, so ist die Behauptung doch unbeachtlich, weil das Grundstück, wenn es auch für die Gesellschaft erworben sein sollte, doch so lange im Miteigentume der Eigentümer steht, bis es durch Auflassung und Eintragung Eigentum der Gesamthandsgemeinschaft wird. (RG. E. 54 S. 103; vgl. S. 452.)

3. Wie schon erwähnt, hat der Grundbuchrichter zu untersuchen, ob der Eintragungsantrag aus dem vollstreckbaren Titel hergeleitet werden kann. Ist in einem vollstreckbaren Urteile die Verurteilung mehrerer Schuldner schlechthin ausgesprochen, ohne daß sich aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen mit Sicherheit beurteilen läßt, ob die Schuldner in solidum oder nach Kopfteilen haften, so kann aus dem Urteile die Eintragung einer Zwangshypothek nicht erfolgen. Es muß dann die Art der Haftung der Schuldner je nach Lage der Sache durch ein Ergänzungsurteil (ZPO. § 321) oder durch ein neues Urteil festgestellt werden. Der Ansicht, daß in solchem Falle Kopfteile, als das jedenfalls begründete minimum, einzutragen seien, steht entgegen, daß die Verurteilung nach Kopfteilen nicht notwendig ein minimum, sondern etwas anderes ist, als die Verurteilung in solidum (a. M. Fuchs 1 S. 632 Nr. 10 a). Der Antrag des Gläubigers, mag er der einen oder der anderen Möglichkeit angepaßt sein, ist abzulehnen, weil das Urteil als Beleg weder für die eine noch für die andere Art der Eintragung dienen kann.

4. Ist das Grundstück der Belastungsbefugnis des Eigentümers (wie z. B. beim Familienfideikommißgute) durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung entzogen, so kann keine Zwangshypothek (abgesehen von der landesgesetzlich zulässigen Revenüenhypothek) eingetragen werden. In solchem Falle kann der Gläubiger auch nicht verlangen, daß der Schuldner sein Eigentum eintragen lasse (ähnlich Fuchs 1 S. 635 Nr. 17). Ist die Eintragung einer Zwangshypothek nicht zulässig, weil auf dem Grundstücke des Schuldners eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist, wonach der Schuldner ohne Genehmigung eines Dritten das Grundstück weder veräußern, noch verpfänden, noch darauf etwas eintragen oder löschen lassen darf, so kann der Gläubiger die Sicherung seiner Forderung auch nicht auf dem Wege einer einstweiligen Verfügung erlangen, durch die dem Schuldner untersagt wird, vor Eintragung einer Zwangshypothek für den Gläubiger das Grundstück zu veräußern oder zu belasten. Denn durch jene Verfügungsbeschränkung wird das Grundbuch überhaupt gesperrt. Überdies dienen Arrest und einstweilige Verfügung nur zur Durchführung eines künftigen Urteils. Liegt die Voraussetzung zur Eintragung einer Zwangshypothek, nämlich ein vollstreckbarer Titel vor, so sind vorläufig sichernde Maßnahmen unstatthaft, die bezwecken, Vermögensgegenstände, die gegenwärtig aus irgend einem Grunde der Zwangsvollstreckung nicht zugänglich sind, schon jetzt für einen künftig etwa zulässig werdenden Zugriff des Gläubigers mit Beschlag zu belegen. (RG. V 473. 04.)

5. „Hat der Schuldner mehrere Grundstücke, so konnte nach dem bisherigen preuß. Rechte (ZVG. v. 1883 § 6) der Gläubiger verlangen, daß die Forderung auf sämtliche Grundstücke ungeteilt eingetragen wurde. Jedoch gab für den Fall der Übermäßigkeit der durch die Zwangshypothek begründeten Sicherheit das preuß. Recht dem Schuldner die Befugnis, mittels einer gegen den Gläubiger anzustellenden Klage die Verteilung der

Forderung auf einzelne Grundstücke oder die Befreiung einzelner Grundstücke von der eingetragenen Hypothek zu beantragen." (Begr. zu § 867 ZPO., § 757 c des Entw.) So wollte auch der Entw. I BGB. (§§ 1130 ff.) die Frage regeln. Die 2. Komm. beschloß dagegen, unter Rückkehr zu dem älteren preuß. Rechte (§§ 22, 23 der V. v. 4. März 1834) den Gläubiger zur Verteilung seiner Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu zwingen, die betreffende Vorschrift aber in die ZPO. zu verweisen (Prot. III S. 694, 711, Bd VI S. 739). Gegen die vom Entw. I vorgeschlagene Regelung wurde geltend gemacht, daß die oben gekennzeichnete Befugnis des Schuldners nicht ausreiche, um ihn gegen eine übermäßige Belastung seines Grundbesitzes zu schützen, daß es auch, gegenüber den Schwierigkeiten, die mit Gesamthypotheken regelmäßig verbunden sind (vgl. §§ 64, 122 ZVG.), nicht angezeigt erscheine, deren Entstehung durch die Gesetzgebung zu begünstigen. Demgemäß schreibt § 867 Abs. 2 ZPO. vor, daß der Betrag der Forderung, wenn diese auf mehrere Grundstücke eingetragen werden soll, nach der Bestimmung des Gläubigers auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist. „Eine Gefährdung des Zweckes, dem die Vollstreckungsmaßregel dient, oder eine unbillige Benachteiligung des Gläubigers liegt hierin nicht, da dieser vor der Stellung des Eintragungsantrags in der Lage ist, das Grundbuch einzusehen und den Wert der einzelnen Grundstücke abschätzen zu lassen" (Begr. zu § 867). Ob mehrere auf einem Blatte vereinigte Grundstücke als *ein* Grundstück angesehen werden können, richtet sich nach der Lage des Einzelfalls (München Rsp. 1 S. 75). Durch die Verteilung entstehen weder Teilhypotheken (BGB. § 1151), noch Gesamthypotheken (BGB. § 1132), sondern selbständige Einzelhypotheken. Ermittelt der Gläubiger erst, nachdem die Zwangseintragung auf dem einen Grundstück erfolgt ist, daß der Schuldner Eigentümer noch anderer Grundstücke ist, so kann er die Verteilung auf alle einzelnen Grundstücke im Wege der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung erreichen, wenn er zuvor nach §§ 1168, 1176 BGB. auf einen Teil der zuerst eingetragenen Zwangshypothek verzichtet und den Verzicht eintragen läßt (Dresden Seuff. Arch. 57 S. 127). Zur Löschung der Teile, auf die verzichtet wird, ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich (S. 816 Nr. 6). Fällt bei der Subhastation eines der Grundstücke der auf dieses verteilte Betrag aus, so kann der Gläubiger verlangen, daß dieser Betrag, auch wenn er 300 Mk. nicht übersteigt (a. M. Brachvogel-Frydrych. GBO. S. 160 Nr. 7), im Wege der Zwangsvollstreckung auf ein anderes Grundstück eingetragen oder auf die anderen Grundstücke verteilt wird. Daß der auf das einzelne Grundstück entfallende Betrag 300 Mk. übersteigt, ist nicht erforderlich; nur die ganze Forderung muß nach § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. mehr als 300 Mk. betragen (so auch Dresden Seuff. Arch. 57 S. 171, dessen Ansicht, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus jedem der Grundstücke *ganz* fordern dürfe, jedoch unrichtig ist. Ist eines der Grundstücke veräußert und haftet der Erwerber für die Forderung nicht persönlich, so kann der Gläubiger aus diesem Grundstücke nur den darauf eingetragenen Betrag beitreiben). Die Beschränkung des § 867 Abs. 2 findet auf die nach § 128 ZVG. einzutragende Sicherungshypothek keine Anwendung (Jaeckel Anm. 5 zu §§ 128, 129, Oberneck 1 S. 993). Zerteilt der Schuldner nach Eintragung der Zwangshypothek sein Grundstück, so kann er nicht verlangen, daß der Gläubiger die Forderung auf die Parzellen verteile (Oberneck das.).

Die Bestimmung des § 867 Abs. 2 bezieht sich offensichtlich nur auf den Fall, daß dem Gläubiger bloß *ein* Schuldner gegenübersteht. Haften nach dem vollstreckbaren Titel mehrere Personen als Gesamtschuldner, so ist auf Antrag des Gläubigers auf ihren Grundstücken eine Gesamtzwangshypothek einzutragen. Hat ein Gesamtschuldner mehrere Grundstücke, so ist auf jedes nur ein Teilbetrag unter Vermerk der Mitverhaftung der übrigen Gesamtschuldner einzutragen. In den Grundbüchern der Grundstücke der anderen Gesamtschuldner ist zu vermerken, zu welchen Beträgen die einzelnen Grundstücke jenes Gesamtschuldners an der Gesamthaftung teilnehmen. So jetzt auch das KG. RJA. 2 S. 87. Haben gesamtschuldnerische Eheleute neben einem gütergemeinschaftlichen Grundstücke jeder noch zu seinem Sondergute gehörende Grundstücke, so kann eine Zwangshypothek

auf den Sondergutsgrundstücken zwar als Gesamthypothek eingetragen werden; soll die Eintragung aber auch auf dem gütergemeinschaftlichen Grundstück erfolgen, so muß geteilt werden (KG. RJA. 2 S. 97). Die Eintragung einer Zwangshypothek ist zulässig wegen einer Forderung, für die eine Vollhypothek besteht (vgl. Bd II Ergänz. II Abs. 1); der Grundbuchrichter darf aber die Vorschrift des § 49 GBO. nicht außer acht lassen (KG. JW. 27 S. A 138).

6. Besteht auf der Gläubigerseite eine Streitgenossenschaft, so ist die Forderung entweder allen Gläubigern ungeteilt oder jedem Gläubiger zu einem Teilbetrage zugesprochen. Im ersten Falle muß die Eintragung von allen Gläubigern beantragt werden und es erfolgt dann die Eintragung für alle Gläubiger ungeteilt; andernfalls kann jeder einzelne Gläubiger nur die Eintragung des ihm zugesprochenen Teilbetrags verlangen. Ist die Urteilsformel in dieser Beziehung unklar, so ist ihr Sinn aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen festzustellen. Bleiben Zweifel bestehen, so ist das Urteil nicht geeignet, die Grundlage einer Zwangshypothek zu bilden. Lautet der vollstreckbare Schuldtitel gegen mehrere Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421, 427 BGB., so kann der Gläubiger für die ganze Forderung oder für einen Teil auf dem Grundstücke eines Gesamtschuldners eine Zwangshypothek eintragen lassen.

7. Die Eintragung der Zwangshypothek erfolgt auf den Antrag des Gläubigers (ZPO. § 867 Abs. 1 Satz 1); der Prozeß- oder Vollstreckungsrichter ist nicht befugt, um die Eintragung zu ersuchen. Handelt es sich um eine Verwaltungszwangsvollstreckung, so ist der Antrag von der zuständigen Verwaltungsbehörde zu stellen (Anm. ζ S. 1045). Im Eintragungsvermerk ist die Hypothek als Sicherungshypothek zu bezeichnen.

8. Die Eintragung ist nach § 867 Abs. 1 Satz 1 auf dem vollstreckbaren Titel zu vermerken. Durch diese Bestimmung in Verbindung mit § 733 ist der Schuldner gegen Mißbrauch der vollstreckbaren Ausfertigung geschützt. Zur Legitimation des Gläubigers dient sie nicht (KG. Rsp. 2 S. 405). Der Gläubiger erhält die mit jenem Vermerke versehene Ausfertigung zurück. Die Bildung eines Hypothekenbriefs ist ausgeschlossen (BGB. § 1185 Abs. 1).

Beruht die vollstreckbare Forderung auf einem Wechsel oder andern indossablen Papiere, so bedarf es (abweichend vom § 8 Abs. 2 PfBG. v. 1883) der Vorlegung des Wechsels ꝛc. zur Eintragung nicht (Brachvogel u. Frydrychowiez GBO. S. 159 Nr. 2; a. M. Fuchs Nr. 11 a zu § 1190, Obereck S. 242).

9. Gegen abtehnende Entscheidungen des Grundbuchamts in den Fällen der §§ 866, 867, 932 ZPO. steht die **Beschwerde** und weitere Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO. (nicht nach §§ 793, 568 ZPO.) offen (RG. E. 48 S. 242; KG. RJA. 3 S. 100, JW. 27 S. A 140). Weist der Eigentümer nach, daß die durch Eintragung einer Zwangshypothek erfolgte Zwangsvollstreckung unzulässig war, so ist auf seine Beschwerde ein Widerspruch bei der Zwangshypothek nach § 54 Satz 1, § 71 Abs. 2, § 78 GBO. einzutragen (KG. JW. 27 S. A 138).

IV. Entstehung und Wirkungen der Zwangshypothek. Zur Entstehung genügt die Eintragung. Im Falle des § 848 Abs. 2 ZPO. (vgl. Anm. 2 Abs. 4 S. 1053) entsteht die Hypothek bereits mit der Eintragung des Schuldners als Eigentümers des Grundstücks. Die Zwangshypothek hat die beschränkte Wirkung wie jede Sicherungshypothek (§ 1184 BGB. mit Anm.). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs steht dem Gläubiger nicht zur Seite (vgl. S. 246 Nr. 2). Wie bei jeder Hypothek haftet das Grundstück außer für das Kapital auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Abweichend von der allgemeinen Bestimmung des § 1118 BGB. haftet das Grundstück, entsprechend dem Zwecke der Vollstreckungsmaßregel und der Vorschrift des § 788 ZPO., auch für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Eintragung. Diese Haftung ist nicht davon abhängig, daß die bezeichneten Zinsen und Kosten eingetragen werden; die Ein-

tragung ist nicht einmal statthaft, da die Haftung aus dem Gesetze folgt und Überflüssiges nicht eingetragen werden darf (Karlsruhe RJA. 2 S. 246). Für alle andern Kosten und Zinsen, insbesondere für die Kosten des Prozesses, in dem das vollstreckbare Urteil ergangen ist, haftet das Grundstück nur im Falle der Eintragung, und diese kann nur erfolgen, wenn auch für diese Nebenforderungen ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Sind Zinsen zwar zuerkannt, ist aber die Höhe des Zinssatzes oder der Anfangspunkt der Verzinsung nicht angegeben, so kann nur die Hauptforderung eingetragen werden. Zinsrückstände, die zu einem bestimmten Geldbetrage zuerkannt sind, können unter einer Nummer mit der Hauptforderung eingetragen werden. Besteht die vollstreckbare Forderung lediglich aus rückständigen Zinsen einer Hypothek, so ist sie als neue selbständige Hypothek unter einer neuen Nummer einzutragen; die Eintragung in Spalte Veränderungen und mit dem Vorrechte der Hypothek ist nicht zulässig (KG. JW. 12 S. 120; Dernburg HypR. § 16 Nr. 4 a). Zu den Kosten der Eintragung sind auch die Gebühren des prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalts für die Stellung des Eintragungsantrags zu rechnen (RG. JW. 1898 S. 658 Nr. 5, Karlsruhe Rsp. 3 S. 441). Daher ist der Streit darüber, wer diese Gebühr festzusetzen habe, im wesentlichen müßig. Eine Festsetzung ist nicht nötig, kann aber vom Gläubiger verlangt werden (RG. Gruch. 30 S. 1168 ff.; Köln Rhein. Arch. 84 I S. 164, Bd 85 I S. 46; Jena und Celle Seuff. Arch. 48 S. 109, Bd 51 S. 365). Nach herrschender Ansicht hat der Grundbuchrichter die Gebühren nach Prüfung ihrer Notwendigkeit zusammen mit der Hauptforderung auf Grund des über diese lautenden vollstreckbaren Titels einzutragen (KG. JW. 4 S. 351, Bd 12 S. 91). Sollen die Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung mit eingetragen werden, so bedarf es keines besonderen vollstreckbaren Titels, aber die Entstehung dieser Kosten muß dem Grundbuchrichter durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden und er hat dann zu prüfen, ob die Kosten notwendig waren (KG. RJA. 6 S. 57). Zweifel herrschen für den Fall, wenn die Kostenerstattung im Festsetzungsbeschluß ohne Bestimmung des Beitragsverhältnisses der Streitgenossen aufgegeben ist. Ergibt das Urteil, zu welchem Betrage jeder Streitgenosse verpflichtet ist, so ist der Festsetzungsbeschluß aus diesem zu ergänzen. Sind im Urteile die Streitgenossen in der Hauptsache als Solidarschuldner verurteilt, während in der Kostenentscheidung das Beitragsverhältnis nicht bestimmt ist, so haften sie nach § 100 Abs. 4 ZPO. auch für die Kostenerstattung als Gesamtschuldner. Es kann mithin, auch ohne daß die Gesamthaftung aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse hervorzugehen braucht, die ganze Kostenforderung auf dem Grundstück *eines* Streitgenossen im Zwangsweg eingetragen werden. Nach der ursprünglichen Fassung der Vorschrift (§ 95 Abs. 4 ZPO. v. 1877) war dies zweifelhaft; das RG. (JW. 1886 S. 314, 1888 S. 67) verlangte Feststellung der Gesamthaftung in der Kostenentscheidung des Urteils. Enthalten weder Urteil noch Festsetzungsbeschluß eine Feststellung des Beitragsverhältnisses, so kann nach § 100 Abs. 1 ZPO. nur der Kopfteil jedes Streitgenossen auf sein Grundstück eingetragen werden. Zu den Kosten der Zwangsvollstreckung gehören auch die Kosten des Berichtigungsverfahrens aus § 14 GBO. (Oberneck 1 S. 994).

V. *Übergang der Hypothek auf den Eigentümer des verhafteten Grundstücks.* Wird nach dem Beginne der Zwangsvollstreckung durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder ihre Einstellung angeordnet, so sind die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nach §§ 775 Nr. 1 und 776 ZPO. aufzuheben. Demgemäß muß das Recht des Gläubigers aus der Zwangshypothek wegfallen. Nach den bisherigen Bestimmungen des preuß. Rechtes (§§ 63 ff. EigG.) fiel dieser Fall nicht unter die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und erfolgte daher die Löschung der Zwangshypothek (§ 11 ZVG. v. 1883). Nach § 1163 Abs. 2 Satz 1 BGB. erwirbt im Falle des Erlöschens der Forderung der Eigentümer die Hypothek. Diese grundsätzliche Abweichung vom bisherigen Rechte bedingt auch eine anderweite Regelung des Schicksals der Zwangshypothek im besprochenen Falle. Die Zwangshypothek geht als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1

BGB.) auf den Eigentümer über (ZPO. § 868 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn auf Grund der §§ 775 Nr. 2, 3 und 776 ZPO. durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt (§ 868 Abs. 2). Auf Antrag des Eigentümers ist die Zwangshypothek auf seinen Namen umzuschreiben, wenn jene Voraussetzungen in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form von ihm nachgewiesen werden. Der Vorlegung des mit dem Eintragungsvermerke versehenen vollstreckbaren Schuldtitels (§ 867 Abs. 1 ZPO.) bedarf es zur Umschreibung ebensowenig wie zur Löschung (RG. Gruch. 35 S. 702). In den Fällen des § 868 ZPO. ist es unerheblich, ob die Forderung materiell entstanden oder erloschen ist, ob also die Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 BGB. vorliegen. Ist der Tatbestand des § 868 ZPO. nicht gegeben, so kann die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht in Frage kommen, weil rechtskräftig feststeht, daß die Forderung besteht; dagegen wird auch die Zwangshypothek zur Eigentümergrundschuld, wenn die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek eingetragen ist, erlischt. Dann kommt insoweit neben dem § 868 ZPO. der § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. zur Anwendung. Dies ist der Sinn der von Bruck (EigHyp. S. 178 f.) wohl mißverstandenen Bemerkung in den Prot. III S. 707 Nr. V. Außerdem geht die Zwangshypothek als Grundschuld auf den Eigentümen über, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (BGB. § 1168). Ist die Eintragung ihrem Inhalte nach (z. B. weil sie 300 Mk. nicht übersteigt) unzulässig, so kann die Zwangshypothek nicht zur Eigentümerhypothek werden (Jena RJA. 1 S. 16; a. M. Oberneck 1 S. 994).

In dem besonderen Falle des § 128 Abs. 3 ZVG. kann die dem Eigentümer angefallene Zwangshypothek zum Nachteile gewisser Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

VI. Die Bestimmung des § 870 Abs. 1 ZPO. entspricht dem früheren Rechte (PZVG. v. 1883 § 156), den Art. 40 PAG. z. BGB., Art. 22 PAG. z. GBO. und Art. 22 PAG. z. ZVG.

VII. Übergangszeit. Vormerkungen, die nach § 6 Abs. 3 oder § 7 PZVG. v. 1883 eingetragen sind, verwandeln sich mit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts nicht in Sicherungshypotheken (Art. 192 EG. z. BGB.), sondern bleiben nach Art. 179 oder 184 das. bestehen. Im Falle des § 6 Abs. 3 G. v. 13. Juli 1883 bedarf es zur Umschreibung in eine Sicherungshypothek der freiwilligen oder durch rechtskräftiges Urteil hergestellten Bewilligung des derzeitigen Eigentümers des Grundstücks, im Falle des § 7 der Vorlegung einer unbeschränkt vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels gegen den ursprünglichen Schuldner. In beiden Fällen ist die Eintragung der Sicherungshypothek nicht an die Schranke des § 867 Abs. 2 ZPO. gebunden (KG. JW. 22 S. A 179). Das RG. ist dieser Entscheidung beigetreten (E. 52 S. 40).

B. Die Arresthypothek.

Die ZPO. bestimmt:

§ 932. Die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück oder in eine Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung; der nach § 923 festgestellte Geldbetrag ist als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für welchen das Grundstück oder die Berechtigung haftet.

Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 867, 868 Anwendung.

Der Antrag auf Eintragung der Hypothek gilt im Sinne des § 929 Abs. 2, 3 als Vollziehung des Arrestbefehls.

1. Die Vollziehung des Arrestes bestimmte sich bisher (§ 811 ZPO. v. 1877) nach den Landesgesetzen. Nach § 10 Abs. 1 PZVG. v. 1883 war, wenn ein Arrestbefehl vollzogen werden sollte, auf Antrag des Gläubigers eine Vormerkung in Höhe des zu sichernden

Geldbetrags einzutragen. Der Grund, aus dem die ZPO. v. 1877 die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für die Regelung der Vollziehung des Arrestes in Grundstücke aufrecht erhielt, nämlich die große Verschiedenheit des bisher geltenden Immobilienrechts, hat sich mit der Herstellung eines einheitlichen Privatrechts für das Reich erledigt (Mot. III S. 140, 626). Der Entw. I e. BGB. (§ 1132) folgte dem bisherigen preuß. Rechte mit der Abänderung, daß nicht eine Vormerkung, sondern eine Sicherungshypothek einzutragen sei. Es wurde mit dem bisherigen Rechte angenommen, daß kein Grund vorliege, dem Immobiliararreste dingliche Wirkung zu versagen, daß aber an Stelle der jetzt rechtlich anders gestalteten Vormerkung eine andere Belastungsform zu wählen sei (Mot. III S. 627). Die 2. Komm. schloß sich diesen Erwägungen an, beschloß aber, die Vorschriften über die Arrefthypothek in die ZPO. zu verweisen (Prot. III S. 702). Diese Vorschläge sind denn auch Gesetz geworden. Die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück erfolgt nur durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung. Im wesentlichen ist die Arrefthypothek ebenso gestaltet, wie die Zwangshypothek; die §§ 867, 868 ZPO. finden Anwendung. Für die Arrefthypothek ist das Erfordernis eines Mindestbetrags (§ 866 Abs. 3 Satz 2) nicht ausdrücklich aufgestellt. Infolge davon war streitig, ob § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. auch auf die Arrefthypothek anzuwenden sei. Das RG. (E. 60 S. 279) hat die Frage im bejahenden Sinne entschieden.

2. Die Eintragung einer Arrefthypothek ist nur zulässig, wenn die Arrestvoraussetzungen vorliegen. Nach § 916 ZPO. findet der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann. Der Anspruch kann auch betagt oder bedingt sein. Nach § 917 Abs. 1 findet der dingliche Arrest statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Die im § 12 I 29 PAGO. enthaltene Beschränkung ist prozessualer Natur und deshalb seit Einführung der ZPO. nicht mehr anwendbar (RG. E. 26 S. 400, Gruch. 34 S. 947, V 43,99).

Es sind zwei Stadien des Arrestverfahrens zu unterscheiden: die Anordnung und die Vollziehung.

a. Mit der Anordnung ist der Grundbuchrichter nicht befaßt. Für sie ist sowohl das Gericht der Hauptsache (das Prozeßgericht I. Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, nach § 943 das Berufungsgericht, niemals aber das Reichsgericht), als auch das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke sich der mit Arrest zu belegende Gegenstand befindet (ZPO. § 919). Hat ein nicht zuständiges Amtsgericht den Arrestbefehl an Stelle des zuständigen Landgerichts erlassen, so ist er nicht nichtig, sondern nur anfechtbar; er ist also so lange wirksam, bis er auf Widerspruch des Arrestschuldners (RG. E. 12 S. 401) vom Landgericht aufgehoben wird (RG. E. 40 S. 390, Gruch. 42 S. 1211, JW. 1898 S. 118 Nr. 16). Der Grundbuchrichter darf die Eintragung auf Grund eines solchen Arrestbefehls nicht ablehnen. Da der Arrest nicht, wie die einstweilige Verfügung, zur Sicherung einer Individualleistung, sondern zur Sicherung der Beitreibung einer Geldsumme dient, so ist in dem Arrestbefehl ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zum Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird (§ 923). Dieser Geldbetrag ist bei der Eintragung der Arrefthypothek als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für den das Grundstück haftet (§ 932 Abs. 1). Die Arrefthypothek ist demnach eine Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 BGB. Das Gericht kann die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung (in jedem Falle) abhängig machen (§ 921). Dann ist ordnungsmäßig der Nachweis der Bestellung der Sicherheit durch Vorverfügung zu erfordern, nicht aber in der Anordnung als Bedingung zu stellen (RG. E. 12 S. 366, JW. 1895 S. 539 Nr. 14). Doch wird der Grundbuchrichter die Eintragung einer Arrefthypothek aus einer so bedingten Anordnung nicht ablehnen dürfen, wenn ihm die Bestellung der

Sicherheit in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Weise nachgewiesen wird. Die Anordnung kann durch Endurteil oder durch Beschluß erfolgen. Gegen das Endurteil findet Berufung statt, und zwar auch dann, wenn es ein Versäumnisurteil ist (RG. E. 29 S. 402, Bd 37 S. 369, Bd 40 S. 428, JW. 1898 S. 142 Nr. 12, Gruch. 43 S. 770). Gegen den Beschluß findet Widerspruch statt (ZPO. § 924). Der Widerspruch kann nur beim Arrestgericht erster Instanz erhoben werden, auch wenn der Arrest erst auf Beschwerde vom Gerichte zweiter Instanz angeordnet ist (RG. E. 18 S. 361, 374, Bd 29 S. 296, Bd 37 S. 368, JW. 1896 S. 132 Nr. 11). Über den Widerspruch wird durch Endurteil entschieden, gegen das Berufung, nicht Beschwerde stattfindet (RG. E. 37 S. 368). Die Anordnung des Arrestes enthält schon an sich das Vollstreckungsgebot und ist daher sofort vollstreckbar. Einlegung der Berufung (gegen das Endurteil) und Erhebung des Widerspruchs (gegen den Beschluß) hemmen die Vollstreckbarkeit nicht. Daher bedürfen Arrestbefehle der Vollstreckungsklausel nur, wenn die Vollziehung für einen anderen als den im Befehle bezeichneten Gläubiger oder gegen einen anderen als den im Befehle bezeichneten Schuldner erfolgen soll (ZPO. § 929 Abs. 1). In diesem Falle finden auf die Vollstreckungsklausel die §§ 727 bis 730 Anwendung. Demgemäß ist auch die Eintragung der Arresthypothek nur in diesem Falle davon abhängig, daß der vorgelegte Arrestbefehl mit der Vollstreckungsklausel versehen ist.

b. Die Vollziehung des Arrestes erfolgt auf Betreiben des Arrestgläubigers in der Regel durch das Vollstreckungs- (nicht durch das Arrest-) Gericht (ZPO. § 930), im Falle des § 932 lediglich auf Antrag des Gläubigers durch das Grundbuchamt. Die Vollziehung des Arrestbefehls ist — worauf der Grundbuchrichter zu achten hat — unstatthaft, wenn seit dem Tage, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erlassen, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind (§ 929 Abs. 2). Die Vollziehung ist vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Sie ist jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung an ihn nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der für diese im § 929 Abs. 2 bestimmten Frist erfolgt (§ 929 Abs. 3). Der Antrag auf Eintragung der Arresthypothek gilt im Sinne des § 929 Abs. 2, 3 als Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs. 3). Damit ist die Wahrung der Frist in die Hand des Gläubigers gelegt, ohne daß dadurch die Interessen des Schuldners gefährdet sind (Begr. des § 811 Entw.). In Wirklichkeit erfolgt die Vollziehung erst durch die Eintragung der Arresthypothek (§ 932 Abs. 1). Der Antrag ist vom Gläubiger unmittelbar beim Grundbuchamte zu stellen. Dem Ersuchen des Arrest- oder Vollstreckungsrichters soll der Grundbuchrichter nicht stattgeben (anders bei der einstweiligen Verfügung § 941); doch ist eine auf Ersuchen dieser Richter eingetragene Arresthypothek nicht ungültig (RG. V. 250/90). Der Gläubiger hat sich die Unterlagen für die Vollziehung des Arrestes selbst zu beschaffen und der Grundbuchrichter darf den Befehl erst dann durch Eintragung der Arresthypothek vollziehen, wenn seine Prüfung das Vorhandensein jener Unterlagen ergibt (RG. JW. 7 S. 305). Der Grundbuchrichter hat folgende Anforderungen zu stellen.

α. Es muß eine Ausfertigung des den Arrest anordnenden Urteils oder Beschlusses vorgelegt werden. Aus dem Arrestbefehle muß die Höhe des zu sichernden Geldbetrags in gesetzlicher Währung (GBO. § 28 Satz 2) zu ersehen sein. Die Angabe des Schuldgrundes braucht der Arrestbefehl nicht zu enthalten (§ 780 BGB.). Im Eintragungsvermerk ist der zu sichernde Geldbetrag anzugeben; im übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf den Arrestbefehl Bezug genommen werden (§ 1115 BGB.). Handelt es sich um künftige, wiederkehrende Zahlungen, so muß der Höchstbetrag, für den das Grundstück haften soll, angegeben werden (RG. RJA. 4 S. 44). Im Arrestbefehle braucht das Grundstück, auf das die Hypothek eingetragen werden soll, nicht bezeichnet zu sein, sondern die Eintragung muß auch auf Grund eines ganz allgemeinen Arrestes erfolgen. Der Gläubiger muß in seinem Antrage das Grundstück bezeichnen. Soll die Eintragung auf mehrere Grundstücke des

Schuldners erfolgen, so kann dies nur in vom Gläubiger zu bestimmenden Teilbeträgen geschehen (ZPO. § 867 Abs. 2, § 932 Abs. 2).

β. Nach der (mit der Novelle v. 30. April 1886 übereinstimmenden) Fassung des § 929 Abs. 3 ist die Vollziehung des Arrestes vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Die Zustellung an den Schuldner hat der Grundbuchrichter also nicht zu prüfen. Dagegen hat er zu untersuchen, ob die zweiwöchige Frist des § 929 Abs. 2 nicht verstrichen ist. Die Frist beginnt mit dem Tage der Verkündung des Urteils oder mit dem Tage der Zustellung des Beschlusses an den Gläubiger. Den Tag der Verkündung ersieht der Grundbuchrichter aus der Urteilsausfertigung, da dieser Tag nach § 315 ZPO. vom Gerichtsschreiber auf dem Urteile zu vermerken und dieser Vermerk mit auszufertigen ist. Die Zustellung des nicht verkündeten Beschlusses an den Gläubiger erfolgt nach § 329 Abs. 3 ZPO. von Amts wegen. Der Gläubiger hat die Zustellungsurkunde dem Grundbuchrichter vorzulegen. Kann der Gläubiger zwar nicht diese Zustellungsurkunde vorlegen, bringt er aber die Urkunde über Zustellung an den Schuldner bei und ist die Zustellung an diesen so zeitig erfolgt, daß zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags die zweiwöchige Frist noch nicht verstrichen ist, so muß dem Antrage stattgegeben werden (RG. Bes. Beil. z. RAnz. 1889 S. 55; vgl. auch RG. E. 11 S. 402). Die Frist ist nach der (von der auf das bisherige Recht gegründeten Rechtsprechung des RG. abweichenden) Bestimmung des § 932 Abs. 3 ZPO. gewahrt, wenn der *Antrag* vor ihrem Ablaufe gestellt wird; es ist also nicht erforderlich, daß auch die Eintragung innerhalb der Frist erfolgt. Die Arresthypothek entsteht mit der Eintragung (§ 867 Abs. 2 Satz 1, § 932 Abs. 2). Ist sie eingetragen, obwohl die Frist zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags bereits abgelaufen war, so ist sie unwirksam (RG. E. 26 S. 395), der Inhalt des Grundbuchs steht mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang und der Eigentümer hat gegen den Gläubiger und dessen Rechtsnachfolger den Anspruch auf Berichtigung nach §§ 894, 899 BGB. Ist zwar die Frist für den Eintragungsantrag gewahrt, aber die Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner nicht innerhalb einer Woche nach Stellung des Antrags und vor Ablauf der für diesen bestimmten Frist erfolgt, so ist die Arresthypothek ebenfalls ohne Wirkung (ZPO. § 929 Abs. 3 Satz 2). Im ersten Falle hat das Grundbuchamt nach GBO. § 54 Abs. 1 Satz 1 von Amts wegen (oder auf Antrag des Eigentümers oder auf Anweisung des Beschwerdegerichts; § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.) einen Widerspruch einzutragen. Einer einstweiligen Verfügung oder der Bewilligung des Gläubigers (BGB. § 899 Abs. 2) bedarf es dazu nicht. Im anderen Falle muß der Schuldner die Aufhebung der Arrestvollziehung (vgl. ZPO. §§ 927, 934) herbeiführen. Gelingt ihm dies und ist er noch Eigentümer des Grundstücks, so erwirbt er die Hypothek (ZPO. §§ 868, 932 Abs. 2); hat er das Grundstück veräußert, so erwirbt der derzeitige Eigentümer die Hypothek (vgl. auch BGB. § 1163). Der *neue* Eigentümer kann die Unwirksamkeit der Hypothek (in beiden Fällen) mit der Eigentumsfreiheitsklage oder mit der Berichtigungsklage geltend machen (RG. E. 38 S. 250).

Über die Rückbeziehung der Wirkungen der Zustellung im Falle der *öffentlichen* Zustellung vgl. ZPO. § 207 Abs. 1 und dazu RG. E. 40 S. 390, JW. 1898 S. 118 Nr. 17.

c. Zum Eintragungsantrag ist auch der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers legitimiert (ZPO. § 82).

d. Die §§ 14, 40, 41 GBO. sind bei der Eintragung einer Arresthypothek ebenso anzuwenden, wie bei der Eintragung einer Zwangshypothek im engeren Sinne. Insbesondere ist die *Vollziehung* des Arrestes durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf den Anteil eines Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung nicht zulässig (RG. RJA. 1 S. 29; vgl. Anm. 2 S. 732).

3. Die Wirkungen der Arresthypothek sind dieselben wie die der Zwangshypothek im engeren Sinne (vgl. Anm. IV S. 1056). Erlangt der Gläubiger hinterher einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung, so ist die Höchstbetragshypothek auf seinen Antrag in eine Sicherungshypothek mit festem Betrag umzuschreiben (Fischer-Schäfer S. 164).

4. Nach §§ 325, 480 StrPO. kann der Strafrichter wegen der den Angeschuldigten möglicherweise treffenden Geldstrafen und Kosten des Verfahrens (vgl. auch § 140 StrGB. einzelne zum Vermögen des Angeschuldigten gehörigen Gegenstände mit Beschlag belegen. Auf diese Beschlagnahme finden die Bestimmungen der ZPO. über die Vollziehung und die Wirkungen des dinglichen Arrestes entsprechende Anwendung. Es kann demnach jetzt auch eine Arresthypothek eingetragen werden, und zwar auf Antrag der Staatsanwaltschaft.

5. Die V., betr. das Verwaltungszwangsverfahren ꝛc., v. 15. Novbr. 1899 bestimmt im § 53: „Soweit ein Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer im Verwaltungszwangsverfahren beizutreibenden Geldforderung zulässig ist, erfolgt die Vollziehung desselben unter entsprechender Anwendung dieser Verordnung." Die Verwaltungsbeamten sind nur mit der Vollziehung des Arrestes betraut, die Arrestanordnung gebührt nach §§ 916 ff. ZPO. den Gerichten (KG. JW. 2 S. 130, Bd 3 S. 151). Daher ist die Verwaltungsvollstreckungsbehörde (§ 51 der V.) nur befugt, den Antrag auf Eintragung einer Arresthypothek zu stellen, wenn sie einen gerichtlichen Arrestbefehl vorlegen kann.

6. Die Feststellung der Defekte an öffentlichem oder Privatvermögen, die bei öffentlichen Kassen oder anderen öffentlichen Verwaltungen oder bei Beamten, in deren Gewahrsam solches Vermögen infolge besonderer Anordnung gekommen ist, entdeckt werden, ist zunächst durch die unmittelbar vorgesetzte Aufsichtsbehörde zu bewirken. Über den Betrag des Defekts, die Person des zum Ersatze Verpflichteten und den Grund der Verpflichtung ist von dieser Behörde ein motivierter Beschluß abzufassen, der, wenn er von einer Provinzial- oder Zentralbehörde abgefaßt oder von einer Provinzialbehörde genehmigt worden, ohne weiteres vollstreckbar ist (also keiner Vollstreckungsklausel bedarf). Im Beschluß ist zugleich zu bestimmen, ob der Beamte zum Ersatze des Defekts oder nur zur Sicherstellung anzuhalten und im ersten Falle, ob die Exekution unbedingt oder mit welchen näher zu bestimmenden Modifikationen zu vollstrecken ist. Bei Gefahr im Verzuge kann die unmittelbar vorgesetzte Behörde, auch wenn sie nicht die Eigenschaft einer Provinzialbehörde hat, oder der unmittelbar vorgesetzte Beamte vorläufige Sicherungsmaßregeln durch Beschlagnahme des Vermögens gegen die der Exekution unterworfenen Beamten ergreifen; es muß aber davon der vorgesetzten Provinzialbehörde ungesäumt Anzeige gemacht und deren Genehmigung eingeholt werden. Gegen Beamte, die nur mit der Kontrolle befaßt sind und daher nur subsidiarisch haften, kann, wenn ohne ihr grobes Verschulden der Defekt nicht hätte entstehen können, zur Sicherung des demnächst im Wege des Rechtes auszuführenden Anspruchs die Beschlagnahme des Vermögens (nicht auch die Exekution) beschlossen werden. Die Verwaltungsbehörde kann den zur Vollstreckung geeigneten Beschluß selbst zur Ausführung bringen, soweit sie nach den Gesetzen Exekution zu verfügen befugt ist. Andernfalls ist das betreffende Gericht darum zu ersuchen. Die Gerichte und Grundbuchämter sind (falls sie zuständig sind) verpflichtet, den an sie ergehenden Ersuchen zu genügen, insbesondere die beantragten Eintragungen, wenn sonst kein Anstand obwaltet, im Grundbuche zu bewirken, ohne auf eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit einzugehen (V. v. 24. Jan. 1844, GS. S. 52, eingeführt in den neuen Landesteilen durch V. v. 23. September 1867 § 1 Nr. 8 und v. 25. Februar 1878 § 1 Nr. 8, aufrecht erhalten in dem durch das AG. z. G., betr. Änd. der ZPO., nicht berührten § 82 PAG. z. GVG. v. 24. April 1878. Wegen der Zuständigkeit der Behörden vgl. ZustG. v. 1. August 1883 §§ 17 Nr. 5, 32 Nr. 5, die KreisO. v. 13. Dezember 1872, 19. März 1881 §§ 55 b Nr. 2, 128 a, v. 6. Mai 1884 § 85, v. 7. Juni 1885 § 86, v. 31. Juli 1886 § 73, v. 30. Mai 1887 § 73, v. 26. Mai 1888 § 116, StädteO. v. 8. Juni 1891 § 73 Nr. 1, LandgemO. v. 3. Juli 1891 § 121, v. 4. Juli 1892 § 121 Nr. 2 und v. 4. August 1897 § 93 Nr. 1, LandVerwG. v. 30. Juli 1883 § 153 und v. 19. Mai 1889 Art. V B Nr. 6 und G., betr. Übertragung von Befugnissen ꝛc. auf die Königl. Eisenbahndirektionen, v. 17. Juni 1880 § 1 a). Sicherungsmaßregeln sind nicht nur gegen den Beamten selbst, sondern auch gegen seine Erben zulässig (RG. Gruch. 25 S. 124). Auf Grund eines Beschlusses, den eine Provinzialbehörde abgefaßt oder genehmigt hat, ist,

wenn er Ersatz eines Defekts anordnet, eine Zwangshypothek im engeren Sinne, wenn er Sicherstellung anordnet, eine Arresthypothek einzutragen. Einer Anordnung des Arrestes durch das Gericht bedarf es nicht, da das Gesetz die Verwaltungsbehörden zu Beschlagnahmen ermächtigt. Inbezug auf den Arrest ist ein gerichtliches Verfahren nur zugelassen, wenn der Kontrollbeamte, gegen den die Beschlagnahme beschlossen ist, im Wege der Klage auf richterliches Gehör anträgt (V. v. 24. Januar 1844 § 17; RG. Gruch. 25 S. 124). Als Gläubigerin ist die betreffende Kasse einzutragen. Die Beschlagnahme von unbeweglichen Kuxen auf Grund dieser Verord. hindert, solange sie im Grundbuch eingetragen steht, die Anheimstellung der Kuxe zum Verkaufe nach §§ 130, 234 ABergG. (RG. E. 31 S. 312; Daubenspeck Bergrechtl. E. 1 S. 114). Zwangs- und Arresthypotheken gehen auf den Käufer über, hindern also den Verkauf nicht.

Über die Vollstreckung der von den Justizbehörden gefaßten Defektenbeschlüsse vgl. AVf. v. 19. November 1886 (JMBl. S. 322).

Bezüglich der Defekte der Reichsbeamten enthalten die §§ 134—148 des RBeamtG. v. 31. März 1873 ähnliche Bestimmungen wie die V. v. 24. Januar 1844.

7. Im übrigen wird auf die Ausführungen unter A S. 1030 ff. verwiesen.

C. Für die Eintragung der Zwangs- und Arresthypothek wird dieselbe Gerichtsgebühr erhoben, wie für jede Hypothek. Die Rechtsanwälte erhalten nach herrschender Ansicht für den Antrag auf Zwangseintragung Gebühren nach der RAGebO.; dagegen mit guten Gründen Schanz in JW. 1905 S. 196, der die Landesgesetze für maßgebend erklärt.

Zweiter Titel.

Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191.

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld).

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind.

I. Die Grundschuld ist die Rechtsform des reinen Realkredits. Sie ist ein selbständiges Recht und unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Hypothek, daß bei der Hypothek das dingliche Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke der Regel nach von dem Bestand einer persönlichen Forderung des Gläubigers abhängt, während bei der Grundschuld eine solche Abhängigkeit ausgeschlossen ist. Die Beteiligten können freilich miteinander verabreden, daß eine Forderung durch die Grundschuld gesichert werden soll. Aber eine solche Abrede kommt nur als Motiv, nicht als Erfordernis der Begründung des Rechtes in Betracht. Die Grundschuld hat ihren Zweck lediglich in sich selbst; sie soll dem Berechtigten eine bestimmte Summe Geldes aus dem Grundstücke verschaffen, gleichviel, ob eine zur Zahlung verpflichtete Person vorhanden ist oder nicht. Die Beitreibung dieser Summe aus dem Grundstücke kann der Grundschuldgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung, der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung verlangen (§§ 1192, 1147). Der Eigentümer kann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dadurch abwenden, daß er die beizutreibende Summe an den Grundschuldgläubiger zahlt und auf diese Weise die Möglichkeit erlangt, das Grundstück von der Grundschuld zu befreien (§§ 1143, 1150,

Digitized by Google

1183, 1168, 1144, 1145, 1192). Die Grundschuld ist also immer nur ein das Eigentum beschränkendes Recht, welches der Konsolidation mit jenem fähig ist. Der Grundschuldbegriff entspricht in der Hauptsache dem geltenden Rechte. Nur in Hamburg und Lübeck hatte das Gläubigerrecht insofern einen erweiterten Inhalt, als der Eigentümer, wenn die Zwangsvollstreckung in das Grundstück keinen Erfolg hatte, persönlich dem Gläubiger zahlungspflichtig war. Diesen Standpunkt lehnt das BGB. ab, um den Gegensatz zwischen der akzessorischen Hypothek und der Grundschuld nicht abzuschwächen und zu verdunkeln. (Nach den Mot. III S. 779 und der Denkschr. S. 221.)

2. Die Grundschuld ist eine Belastung des Grundstücks, die nur auf rechtsgeschäftlichem Wege und also nur durch Einigung des Berechtigten und des Eigentümers und durch Eintragung in das Grundbuch nach Bestimmung des § 873 begründet werden kann. Soll die Grundschuldsumme verzinslich sein, so muß dies unter Bezeichnung des Zinssatzes in dem Begründungsakte festgesetzt werden (§ 1191 Abs. 2, § 1115). Daß die Zulassung der Verzinslichkeit im Abs. 2 des § 1191 besonders ausgesprochen ist, wird in den Motiven (III S. 780) gerechtfertigt.

Zur Erleichterung der Zinsenzahlung war im § 39 PEigG. bestimmt, daß mit dem Grundschuldbriefe Zinsquittungsscheine ausgegeben werden können und, wenn dies geschehen, nur der Inhaber des fälligen Scheines gegen dessen Aushändigung zur Empfangnahme der Zinsen berechtigt sei. Da von dieser Einrichtung nur wenig Gebrauch gemacht ist, hat man sie zur Aufnahme in das BGB. nicht für geeignet erachtet. (Mot. III S. 784.) Nach dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts können neue Zinsquittungsscheine nicht mehr ausgegeben werden.

3. Eine Grundschuld kann auch unter Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt werden. (Vgl. Anm. 7 S. 730.)

4. Es steht nichts im Wege, daß der Grundschuldgläubiger sich für den Anspruch aus der Grundschuld zugleich die persönliche Haftung des Eigentümers ausbedingt (vgl. Puntschart Der Grundschuldbegriff S. 120 Anm. 1 und Planck zu § 1192 Nr. 5). Im § 53 Abs. 2 ZVG. wird die Zulässigkeit solcher Haftung vorausgesetzt. Zur Begründung der persönlichen Haftung des Eigentümers (oder auch eines Dritten) ist aber ein besonderes Rechtsgeschäft nötig, von selbst entsteht sie nicht. (Vgl. Prot. III S. 513.) Das Grundbuch nimmt von der persönlichen Haftung keine Notiz. Es darf bei der Grundschuld die etwa vorhandene persönliche Forderung weder in das Grundbuch eingetragen noch in dem Grundschuldbriefe erwähnt werden. „Das Recht des Grundschuldgläubigers wird, auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt war, in keiner Weise dadurch berührt, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt. Vielmehr hat der Eigentümer gegebenenfalles nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr gegen den Grundschuldgläubiger." (Denkschr. S. 211.) Dieser Kondiktionsanspruch geht nicht auf den Erwerber des Grundstücks über (RG. JW. 1901 S. 464 Nr. 17). Der Eigentümer kann, wenn wegen Nichtbestehens der Forderung in der Bestellung der Grundschuld eine ungerechtfertigte Bereicherung des Grundschuldgläubigers liegt, die Rückübertragung auf sich verlangen (BGB. § 812). Diesen Anspruch kann er je nachdem durch Vormerkung oder Widerspruch (§§ 883, 1157) sichern. Ist die Grundschuld bereits in dritter Hand, so steht ihm der Anspruch gegen den Dritten nur unter den Voraussetzungen des § 892 zu (vgl. Anm. V S. 270).

5. Die Vorschriften über den Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld (BGB. §§ 1080, 1291). Auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld oder eine Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung (ZPO. § 857 Abs. 6). Die Vorschriften des § 64 ZVG. finden entsprechende Anwendung, wenn die dem Anspruche

des betreibenden Gläubigers vorgehende Belastung eine Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld ist (das. Abs. 3).

6. Vgl. die Übergangsbestimmung im Art. 195 EG. z. BGB. (S. 715) und die Anm. 3 dazu (S. 724).

§ 1192.

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung.

1. Nach § 1138 Entw. I sollte die Erteilung eines Grundschuldbriefs nicht ausgeschlossen werden können. Mit Rücksicht hierauf war im § 1136 bestimmt, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Briefhypothek Anwendung finden. Nachdem bei der 2. Lesung der Verzicht auf die Erteilung eines Grundschuldbriefs zugelassen war, mußte mit der Streichung des § 1138 auch der § 1136 dahin geändert werden, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek Anwendung finden. Demnach finden nach § 1192 BGB. die Vorschriften über die Briefhypothek auf die Grundschuld mit Brief und die Vorschriften über die Buchhypothek auf die Grundschuld ohne Brief Anwendung. Der Entw. I schloß sich dem preuß. Rechte an, wonach die Grundschuld vom Grundschuldbrief untrennbar war (EigG. §§ 20, 27, 38, 49; GBO. §§ 79, 82—84, 95, 119 ff.). Für die Änderung war maßgebend, daß sachlich eine Grundschuld ohne Brief schon dann gegeben sei, wenn eine Buchhypothek zur Eigentümerhypothek werde (§ 1177), daß daher mit der Zulassung einer Grundschuld ohne Brief eine neue Form der Kapitalbelastung nicht geschaffen würde (vgl. Mot. III S. 782). Auch bei der Bestellung einer Grundschuld könnte den Parteien daran liegen, sich die mit dem Fehlen eines Briefes verbundenen Vorteile zu sichern. Wenn auch die Grundschuld dadurch weniger verkehrsfähig werde, so bestehe doch für das Gesetz kein Grund, dem dahin gehenden Willen der Parteien die Wirksamkeit zu versagen. (Prot. III S. 709 VIII.)

2. Zur Vereinfachung des Gesetzes ist die Grundschuld in der Weise geregelt, daß die entsprechende Anwendung der die Hypothek betreffenden Normen, die eine Forderung nicht notwendig zur Voraussetzung haben, auf die Grundschuld vorgeschrieben wird und nur im übrigen die Besonderheiten der Grundschuld in den §§ 1193—1198 ausdrücklich bestimmt werden. Bei Befolgung dieser Methode ist man von folgenden Gesichtspunkten ausgegangen. „Die Frage, ob eine für die Hypothek gegebene Vorschrift im einzelnen Falle zur Anwendung auch auf die Grundschuld geeignet ist, wird mitunter nicht leicht zu entscheiden sein. Demnach erscheint es nicht ratsam, die anwendbaren oder die nicht anwendbaren Paragraphen einzeln aufzuführen. Im allgemeinen kann der Gesetzgeber darauf vertrauen, daß die Praxis seine Absicht erkennen und das Richtige treffen werde. Es wird namentlich nicht zweifelhaft sein, daß die Bestimmungen, welche auf der Voraussetzung einer persönlichen Schuld beruhen, für die Grundschuld gegenstandslos sind. Andere Bestimmungen sind zwar ebenfalls auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt, können aber nur als Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen angesehen werden, die auch für die Grundschuld gelten müssen. Der Versuch indessen, in dieser Hinsicht durch das Gesetz Gewißheit zu schaffen, könnte leicht zu Mißverständnissen führen, da die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zu entsprechender Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, sich schwer für alle Fälle im voraus treffen läßt." (Mot. III S. 781.) Hiermit war man bei der 2. Lesung einverstanden (Prot. III S. 709 VIII).

In folgendem ist der Versuch gemacht, die Besonderheiten der Grundschuld gegenüber der Hypothek durch die Untersuchung festzustellen, welche der für die Hypothek gegebenen Bestimmungen auch auf die Grundschuld Anwendung finden können. Erheblich

erleichtert ist dies dadurch, daß die Redaktionskommission den 8. Abschnitt des III. Buches des Entwurfs eines BGB. doppelt, nämlich einmal unter Voranstellung der Hypothek und sodann unter Voranstellung der Grundschuld und Rentenschuld, redigiert und durch den zweiten Redaktionsentwurf (Prot. IV S. 501 bis 514, auch in Gruch. 38 S. 424) zur Lösung der Zweifel, zu denen die Vorschrift des § 1192 Abs. 1 BGB. Anlaß geben kann, wesentlich beigetragen hat.

An die Stelle des § 1113 tritt der § 1191. Der § 1114 gilt auch für Grundschulden.

Der § 1115 müßte in Anwendung auf Grundschulden etwa so lauten: „Bei der Eintragung der Grundschuld müssen der Gläubiger, die Geldsumme und, wenn sie verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden. Bei der Eintragung einer Grundschuld für eine Kreditanstalt usw." (unverändert).

Eine Hypothek kann für den Eigentümer eines Grundstücks nicht bestellt werden, wohl aber eine Grundschuld (§ 1196).

Im Zwangsvollstreckungs- und Arrestverfahren kann nur eine Hypothek (Sicherungshypothek), nicht aber eine Grundschuld eingetragen werden, da es sich stets um eine Eintragung für eine Forderung handelt (ZPO. §§ 866, 932).

Auch bei der Grundschuld kann die Erteilung des Briefes ausgeschlossen werden (vgl. Anm. 1 S. 1065). Bei Anwendung der §§ 1116, 1117 auf Grundschulden braucht nur Grundschuld statt Hypothek und Grundschuldbrief statt Hypothekenbrief gesetzt zu werden.

In den §§ 1118, 1119 ist Grundschuld statt Hypothek und Kapital statt Forderung, in den §§ 1120—1131 statt Hypothek und Hypothekengläubiger Grundschuld und Grundschuldgläubiger zu lesen.

Der § 1132 war für Grundschulden von der Redaktionskommission so gefaßt: „Ist eine Grundschuld in der Weise an mehreren Grundstücken bestellt, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat (Gesamtgrundschuld), so haftet jedes Grundstück für den ganzen Betrag" usw. Im Abs. 2 ist Grundschuld an Stelle von Forderung zu setzen.

Die §§ 1133—1135 sind in ähnlicher Weise zur Anwendung auf Grundschulden einzurichten. § 1136 bedarf keiner Änderung.

Die §§ 1137—1139 sind von der Anwendung auf Grundschulden ausgeschlossen, weil sie lediglich Einreden gegen die Forderung betreffen. Vgl. aber Anm. 10 zu § 1138 S. 845 f.

Im § 1140 tritt an die Stelle des Hypothekenbriefs der Grundschuldbrief.

Der § 1141 ist für Grundschulden durch den § 1193 ergänzt. Der Satz 1 im Abs. 1 des § 1141 fällt bei Grundschulden weg, da bei diesen von der Fälligkeit der Forderung nicht die Rede sein kann. Der Satz 2 im Abs. 1 und der Abs. 2 sind auch bei Grundschulden anwendbar.

Einer dem § 1194 entsprechenden Bestimmung über den Zahlungsort bedarf es bei Hypotheken nicht (vgl. Anm. 2 zu §§ 1193, 1194).

Der Abs. 1 des § 1142 kann in Anwendung auf Grundschulden nur so lauten: „Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig geworden ist." Abs. 2 ist unverändert anwendbar.

Den § 1143, welcher auf Grundschulden nicht paßt, hat die Redaktionskommission unter Anwendung des sich aus § 1163 Abs. 1 Satz 2 ergebenden Grundsatzes und unter Einfügung der Bestimmungen des § 1143 Abs. 2 und § 1176 durch folgende Vorschrift ersetzt: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld, unbeschadet der Vorschrift des § 1173, auf ihn über. Im Falle teilweiser Befriedigung kann der dem Eigentümer zufallende Teil der Grundschuld nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Teiles geltend gemacht werden."

Die §§ 1144, 1145 sind durch Änderung der Worte Hypothekenbrief, Hypothek, Teilhypothekenbrief der Grundschuld anzupassen.

Der § 1146 ist ohne weiteres anwendbar (vgl. Anm. 1 S. 866 f.).

Digitized by Google

Der § 1147 ist mit den sich aus § 1197 ergebenden Maßgaben auf Grundschulden anzuwenden.

Der § 1148 ist unter Änderung des Wortes Hypothek in Grundschuld anwendbar.

Im § 1149 ist der Eingang dahin zu ändern: „Der Eigentümer kann vor dem Eintritte der Fälligkeit der Grundschuld dem Gläubiger usw."

Der Anwendung des § 1150 auf Grundschulden steht nichts entgegen. Der Abs. 3 Satz 1 des § 268 ist dahin zu ändern: „Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über."

Die §§ 1151, 1152 sind unter Änderung der Worte Forderung in Grundschuld, Teilhypotheken in Teilgrundschulden, Hypothekenbrief in Grundschuldbrief und Teilhypothekenbrief in Teilgrundschuldbrief anwendbar.

Der § 1153 kann schon seinem Wortlaute nach auf Grundschulden nicht Anwendung finden.

Die Bestimmungen der §§ 1154, 1155 über die Abtretung von Forderungen sind unter Änderung der Worte Forderung in Grundschuld und Hypothekenbrief in Grundschuldbrief auf Grundschulden anwendbar (vgl. Mot. III S. 783 Nr. 2). Die Pfändung und *Überweisung* der Grundschuld im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 830 ff. ZPO. (ZPO. § 857 Abs. 6.) Was die Übertragung der Grundschuld *kraft Gesetzes* (§ 1155 Satz 2) angeht, so ist die Anwendbarkeit des § 268 Abs. 3 bei § 1150 erwähnt. Der Anwendung des § 426 auf Gesamtgrundschuldner ist zwar bei der 2. Lesung mit Entschiedenheit widersprochen und die Kommission hat zu dieser Frage Stellung nicht genommen (Prot. III S. 710 VIII); die Anwendung ist aber unbedenklich zuzulassen. Denn die Ausgleichungspflicht mit ihren Folgen (§ 426 Abs. 2) beruht nicht auf der Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, sondern auf dem zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse, welches von der Voraussetzung einer Forderung für die Hypothek nicht berührt wird. Dasselbe gilt für den Ersatzanspruch des § 1173 Abs. 2. Dagegen kann von der Anwendung des § 1174 auf Grundschulden nicht die Rede sein, da es bei diesen an einem persönlichen Schuldner fehlt. Die *Blankoabtretung* ist so wenig bei Grundschulden wie bei Hypotheken zugelassen (vgl. Anm. II 4 S. 887). Streitig ist die Frage, ob eine nach früherem Rechte zulässigerweise vorgenommene Blankoabtretung nach dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts noch durch Eintragung des Namens des Erwerbers ausgefüllt werden kann (bejaht von Dernburg SR. § 246 Nr. 11, Biermann Nr. 1 Abs. 2 zu § 1192; verneint von Habicht § 44 S. 503 Anm. 2 und vom RG. in jur. Monatsschr. f. Posen 1909 S. 75). Sie dürfte mit der preuß. Gesetzgebung zu verneinen sein, die davon ausgeht, daß die Ausfüllung noch unter der Herrschaft des früheren Rechts erfolgt sein muß, damit die Abtretung wirksam sei (vgl. EG. z. BGB. Art. 195 Abs. 1 Satz 1, PAG. z. BGB. Art. 34, hier S. 724 in Anm. 3, Strantz-Gerhard PAG. z. BGB. S. 228 ff., Planck 6 Anm. 4 b zu Art. 195, Riedner Anm. 2 dazu).

Die §§ 1156—1159 sind unter Änderung von Hypothek in Grundschuld anwendbar.

Ebenso der § 1160 unter Änderung von Hypothek in Grundschuld und von Hypothekenbrief in Grundschuldbrief.

Die Anwendung des § 1161 auf Grundschulden ist ausgeschlossen.

Der § 1162 paßt auch für den Grundschuldbrief.

Der Abs. 1 Satz 1 des § 1163 kann bei Grundschulden keine Anwendung finden, (vgl. aber Anm. 5 S. 1069). Die sich aus Abs. 1 Satz 2 für Grundschulden ergebende Bestimmung ist oben zu § 1143 mitgeteilt. Der Abs. 2 gilt nach entsprechender Änderung auch für Grundschulden.

Die §§ 1164—1167 setzen einen persönlichen Schuldner voraus und sind deshalb von der Anwendung auf Grundschulden ausgeschlossen.

Der § 1168 handelt nur vom Verzicht auf das dingliche Recht, findet daher auch auf Grundschulden Anwendung.

Dasselbe gilt vom § 1169, der nur Einreden gegen das dingliche Recht betrifft.

Die §§ 1170, 1171 sind auf Grundschulden anzuwenden, wenn Hypothek und Forderung durch Grundschuld und Hypothekenbrief durch Grundschuldbrief ersetzt werden.

Die Redaktionskommission hat die im § 1172 Abs. 1 in Betracht kommenden Fälle des § 1163 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 so zusammengefaßt: „Eine Gesamtgrundschuld steht in den Fällen, in welchen die Grundschuld kraft Gesetzes von dem Eigentümer erworben wird, den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu." Im Abs. 2 bedarf es nur der Änderung der Worte Hypothek und Gesamthypothek in Grundschuld und Gesamtgrundschuld.

Der Abs. 1 des § 1173 wird dahin zu ändern sein: „Befriedigt der Eigentümer eines der mit der Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Grundschuld an seinem Grundstücke; die Grundschuld an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn die Grundschuld auf den Eigentümer übertragen wird oder wenn sich das Recht aus der Grundschuld und das Eigentum am Grundstück in einer Person vereinigen." Letzteres z. B. wenn der Grundschuldgläubiger das belastete Grundstück erwirbt. In der Fassung der Redaktionskommission schließt der Abs. 1 mit den Worten „übertragen wird." Im Abs. 2 bedarf es nur der Änderung der Worte Hypothek und Gesamthypothek in Grundschuld und Gesamtgrundschuld (vgl. Nr. 5 S. 949 ff.) (Die Frage der Anwendbarkeit des Abs. 2 auf Grundschulden ist von der 2. Kommission unentschieden gelassen; Prot. III S. 709 VIII.) A. M. Biermann Nr. 1, Planck Nr. 4 d, wie hier Kober Nr. 7 zu § 1192.

Bei den §§ 1154, 1155 ist schon bemerkt, daß der § 1174 auf Grundschulden nicht anwendbar ist.

Der Anwendung des § 1175 auf Gesamtgrundschulden steht nichts entgegen.

Im § 1176 sind die Worte „oder dem persönlichen Schuldner" zu streichen und an die Stelle von Hypothek Grundschuld zu setzen.

Die Fälle des § 1177 können bei Grundschulden nicht vorkommen.

Der § 1178 ist auch auf die Grundschuld für Rückstände anzuwenden. Ebenso der § 1179 auf die Verpflichtung zur Löschung einer Grundschuld.

Der Fall des § 1180 kann bei Grundschulden nicht vorkommen.

Die Anwendung der §§ 1181, 1182, 1183 erfordert nur die Änderung der Worte Hypothek und Gesamthypothek in Grundschuld und Gesamtgrundschuld.

Die §§ 1184—1190 sind auf Grundschulden nicht anwendbar. Sicherungsgrundschulden gibt es nicht, da es bei der Grundschuld an einer festzustellenden Forderung fehlt. Die Stelle der Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere vertritt bei Grundschulden der Grundschuldbrief auf den Inhaber, auf welche die Vorschriften der §§ 1187—1189 entsprechende Anwendung finden (§ 1195).

3. Der § 1141 Entw. I bestimmte: „Der Anspruch wegen rückständiger Grundschuldzinsen ist nach den Vorschriften zu beurteilen, welche für den Anspruch wegen rückständiger Hypothekenzinsen gelten." Es sollten dafür also nach § 1121 Entw. I für die Übertragung und das Erlöschen der Forderung wegen rückständiger Zinsen die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse (BGB. §§ 404 ff.) maßgebend bleiben, auch wenn der Gläubiger das Recht aus der Grundschuld geltend macht. Dazu bemerkten die Motive III S. 790):

„Bei rückständigen Hypothekenzinsen hängt der Bestand des dinglichen Rechtes vom Bestande der Forderung wegen der Zinsen ab. Die fällige Zinsforderung unterliegt aber nicht den sachenrechtlichen Vorschriften über die Übertragung und die Aufhebung des Rechtes; vielmehr finden in dieser Hinsicht lediglich die Normen des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung (BGB. § 1159). Was dagegen die von den Grundschulden zu entrichtenden Zinsen betrifft, so kann aus der allgemeinen Bestimmung des § 1136 (BGB. § 1192 Abs. 1) nicht gefolgert werden, daß diese ebenso zu behandeln seien, wie die Zinsen

einer durch Hypothek gesicherten Forderung. Das praktische Bedürfnis verlangt aber, daß rückständige Grundschuldzinsen in Ansehung der Übertragung und der Aufhebung des Rechtes gleichfalls nicht den erschwerenden sachenrechtlichen Vorschriften, sondern den Normen des Obligationenrechts unterworfen werden. Das Gesetz muß deshalb unterstellen, der Eigentümer des Grundstücks schulde die Zinsen dem Gläubiger. Nach dieser Auffassung kann der Eigentümer auf alle in der Person seiner Rechtsvorgänger eingetretenen Erlöschungsgründe in Beziehung auf die dingliche Haftung für die Zinsen, wie im Falle der Schuldübernahme der Übernehmer, sich berufen. Der Unterstellung einer Schuld des Eigentümers darf aber eine weitere als die in dem § 1141 des Entw. festgesetzte Folge nicht gegeben werden. Der Eigentümer als solcher ist weder nach dem PEigG. noch nach den Nachbildungen dieses Gesetzes zur Verzinsung der Grundschuldsumme persönlich verpflichtet. Die selbständige Hypothek des hamburg. Rechtes erzeugt allerdings eine solche Verpflichtung, und auch in Mecklenburg findet sie in beschränkter Weise statt. Allein vom Standpunkte des Entwurfs empfiehlt sich eine derartige Regelung nicht."

Bei der 2. Lesung wurde der § 1141 Entw. I sachlich nicht beanstandet; es ist aber dem Antrage, diese Bestimmung mit dem § 1192 BGB. zu verbinden, Folge gegeben (Prot. III S. 712 III).

4. Außer der in Anm. 3 erörterten Bestimmung des § 1159 BGB. gelten als Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung die §§ 1115, 1118, 1119, 1145 Abs. 2, 1146, 1158, 1177, 1178 auch für Zinsen der Grundschuld. Besondere Vorschriften für Zinsen der Grundschuld geben die §§ 1194 und 1197 Abs. 2. Außerdem kommen auch die allgemeinen Vorschriften über Zinsen — die §§ 197, 201 über die Verjährung der Zahlung von Zinsen, die §§ 248, 289 über das Verbot von Zinseszinsen, der § 247 über das vorzeitige Kündigungsrecht des Schuldners im Falle der Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als sechs vom Hundert für das Jahr usw. — zur Anwendung.

5. Bei der Hypothek hat § 1163 Abs. 1 an die Nichtentstehung und das Erlöschen der Forderung die Folge geknüpft, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehen soll, und damit den Satz, daß nachstehende Hypotheken nicht eher zum Zuge aus dem Versteigerungserlöse gelangen können, als bis die ihnen vorgehenden Rechte voll aus ihm befriedigt worden sind, gegenüber dem bisherigen preuß. Rechte (§ 63 EigG.) verstärkt und erweitert. Dieser Satz enthält aber kein allgemeines Rechtsprinzip, sondern tritt nur als Folge derjenigen Rechtssätze ein, die dem aus dem Versteigerungserlöse zu befriedigenden Rechte materiellen Bestand gewähren. Dies trifft bei der Hypothek zu, bei der als Folge des Nichtentstehens und Erlöschens der Forderung eine wirksame Belastung des Grundstücks zugunsten des Eigentümers geschaffen (§ 1163 Abs. 1) und damit zugleich für den Eigentümer ein Befriedigungsanspruch aus dem Versteigerungserlös anerkannt ist. Aber dies ist nur für die Hypothek, nicht auch für die Grundschuld geschehen. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 1163 Abs. 1 auf Grundschulden verbietet sich durch die Bestimmung des § 1192 Abs. 1, wonach die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit entsprechende Anwendung finden sollen, als sich daraus nicht ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Grundschuld mit einer persönlichen Forderung in Verbindung gebracht ist; denn dadurch wird die Grundschuld nicht zur Hypothek, sondern bleibt Grundschuld (vgl. ZVG. § 53 Abs. 2). Es entsteht daher trotz einer solchen Verbindung keine Eigentümergrundschuld in derjenigen Höhe, in der die Grundschuld nicht mit Valuta belegt ist. Die Erklärung des Grundschuldgläubigers, daß er Valuta nicht in voller Höhe gezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere, berechtigt daher nicht den Eigentümer des Grundstücks oder denjenigen Eigentümer, der die Grundschuld bestellt hat, und ebensowenig den Gläubiger des Eigentümers, dem die Rechte des Eigentümers auf die Grundschuld überwiesen sind, den vom Gläubiger nicht liquidierten Betrag für sich zu liquidieren. In Höhe des nicht liquidierten Betrags wird vielmehr der Versteigerungserlös für die übrigen an ihm berechtigten Gläubiger frei, weil die Grundschuld insoweit ins Leere fällt; er gebührt also dem nächsten ausfallenden Gläubiger. Wäre in der Erklärung des Grundschuldgläubigers ein

Verzicht auf den nicht valutierten Teil der Grundschuld zu erblicken, so würde auch hierdurch dieser Grundschuldteil nicht auf den Eigentümer übergegangen sein, weil er nicht mehr die Grundschuld träfe, sondern den Versteigerungserlös, und deshalb der § 1168 nicht anwendbar wäre (vgl. Anm. 5 S. 934). (RG. E. 60 S. 251.) Man hat diese Entscheidung des RG. überraschend gefunden (JW. 1905 S. 304). Es wäre vielleicht richtiger gewesen, die Erklärung des Gläubigers, daß er Valuta nicht in voller Höhe gezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere, dahin aufzufassen, daß ihm die Grundschuld wegen ihrer Unabhängigkeit von der Forderung zwar auch zu dem nicht valutierten Betrage zustehe (vgl. Biermann Nr. 1 zu § 1191), daß hierin aber eine ungerechtfertigte Bereicherung liege, die ihn nach § 812 BGB. verpflichte, die Grundschuld zu dem nicht valutierten Betrage auf den Eigentümer zurückzuübertragen, und daß er diese Verbindlichkeit durch seine Erklärung erfülle (vgl. Anm 4 S. 1064). Dann würde die Grundschuld zu keinem Betrage ins Leere fallen, sondern zu dem nicht valutierten Betrage vom Eigentümer bezw. vom Gläubiger des Eigentümers auf den dessen Rechte durch Überweisung oder Abtretung übergegangen sind, erworben sein. Mit dem RG. übereinstimmend Du Chesne (Bayer. ZBl. f. Rpfl. 1905 S. 257) und Landsberg (PofMSchr. 8 S. 78). Planck (Nr. 5 zu § 1192) findet die Entscheidung des RG. bedenklich und nähert sich der hier vorgeschlagenen Auffassung.

§ 1193.

Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

§ 1194.

Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat.

1. „Bei der Hypothek entscheidet sich die Frage, ob der Anspruch des Gläubigers fällig und an welchem Orte er zu befriedigen ist, nach den für die Forderung geltenden Normen. Für die Grundschuld sind diese Normen gegenstandslos, weil sie von einer Forderung nicht abhängig ist. Das Gesetz muß daher, wenn nicht bei der entsprechenden Anwendung der §§ 1141, 1142, 1156 Abs. 2, 1160 Abs. 2, 1177 Abs. 1 Satz 2 auf den Anspruch aus der Grundschuld sich Lücken ergeben sollen, besondere Vorschriften über die Zeit und den Ort der Zahlung aufstellen." (Mot. III S. 788.) Demgemäß geben die §§ 1193, 1194 Vorschriften nur für die Fälle, in denen die Beteiligten darüber nicht etwas anderes bestimmt haben (§ 1193 Abs. 2, § 1194). Erst dann, wenn keine dem andern Teile gegenüber wirksame Bestimmung vorhanden ist, treten die gesetzlichen Vorschriften ein. (Mot. III S. 789; Prot. III S. 710 X.)

2. Die Bestimmungen über Zeit und Ort der Zahlung gehören nicht zu den Angaben, die nach § 1115 im Grundbuch eingetragen sein müssen, um gegen Dritte Wirkung zu haben. Hierzu genügt, daß sie aus der Eintragungsbewilligung ersichtlich sind, auf die bei der Eintragung der Grundschuld Bezug genommen ist (§ 1115 Abs. 1 Halbs. 2). Unter den Personen, welche die Bestimmungen vereinbart haben, gelten diese, wenn sie auch nur mündlich getroffen sind.

3. In Ansehung der Zahlungszeit ist zwischen dem Anspruch auf das Kapital und dem Anspruch auf die Zinsen zu unterscheiden.

Digitized by Google

Darüber, wann das Kapital der Grundschuld fällig wird, enthielt das PEigG. keine Bestimmung. Es ging davon aus, daß die Beteiligten die Zahlungszeit zu bestimmen haben, indem es die Angaben der Bedingungen der Rückzahlung in der Eintragungsbewilligung vorschrieb (§ 23), und zwar zwingend, so daß, wenn diese Angabe fehlte, die Grundschuld nicht eingetragen wurde. Die Anwendung solchen Zwanges auf die Beteiligten ist nicht beibehalten (§ 1115), „weil es sich nur um Nebenbestimmungen handelt, von denen die Begründung des Rechtes füglich nicht abhängig gemacht werden kann. In Ermangelung einer Vorschrift aber würde der Anspruch aus der Grundschuld sofort nach ihrer Eintragung fällig sein, sofern nicht die Geltendmachung im Begründungsvertrage hinausgeschoben wäre (§ 271). Dies würde jedoch dem, was die Beteiligten gewöhnlich beabsichtigen, nicht entsprechen. Gegenüber dem Zwecke der Grundschuld, einerseits den Realkredit zu vermitteln, anderseits als Kapitalanlage zu dienen, kann als die Absicht bei der Begründung des Rechtes für die Mehrzahl der Fälle nur die vorausgesetzt werden, daß der Gläubiger seinen Anspruch erst nach einer beiden Teilen zustehenden Kündigung geltend machen dürfe und die Kündigungsfrist eine verhältnismäßig geräumige sein solle. Bei Bemessung der Frist auf sechs Monate folgt der § 1193 dem § 41 des hamburg. G. v. 4. Dezember 1868, ohne indessen für die Zahlung bestimmte Tage des Jahres festzusetzen." (Mot. III S. 788.) Die Kündigung kann hiernach in jedem Zeitpunkte erfolgen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Über die Kündigung vgl. S. 698 und die Anm. 3 c Abs. 3 S. 749, wo auch der Vorbehalt für die Landesgesetze im Art. 117 Abs. 2 EG. z. BGB. berücksichtigt ist.

„Bezüglich der Zinsen bedarf es hier keiner Vorschrift. In der Regel werden die Beteiligten in der Eintragungsbewilligung angeben, wann sie zu entrichten sind. Fehlt eine solche Angabe, so wird der gemäß § 1115 in das Grundbuch einzutragende Zinssatz, der regelmäßig für das Jahr und vom Hundert zu verstehen ist, auf jährliche Zahlungstermine schließen lassen." (Mot. III S. 789; vgl. BGB. § 608.)

4. Über den Ort, wo das Kapital und die Zinsen der Grundschuld dem Gläubiger zu zahlen sind, fehlte im preuß. Rechte jede Bestimmung. Die Ansichten gingen auseinander. Das BGB. folgt im § 1194 der vom RG. gebilligten Ansicht (JW. 1891 S. 58 Nr. 104; über die Gründe vgl. Mot. III S. 789).

5. Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts genügt die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger; die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich (§ 1119 Abs. 2).

6. Verwandelt sich eine Hypothek gemäß § 1177 Abs. 1 in eine Grundschuld, so bleiben auch in Ansehung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Für die Anwendung der §§ 1193, 1194 ist hier kein Raum.

§ 1195.

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung.

1. „Wie für die Hypothek ein Hypothekenbrief, wird über die Grundschuld ein Grundschuldbrief erteilt, sofern nicht die Erteilung durch Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen ist (§§ 1116, 1192). Nach § 1195 kann aber, abweichend von der Briefhypothek, eine Grundschuld auch in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Diese Bestimmung dient ähnlichen Zwecken, wie die Zulassung einer Hypothek zur Sicherung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, und ergänzt die Vorschriften des § 1187 für solche Fälle, in denen der Eigentümer nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit den belasteten Grundstücken haften will. Die Natur und der Zweck des Grundschuldbriefs auf den Inhaber bringen es mit sich, daß auf einen solchen Brief die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende

Anwendung zu finden haben (§ 1185 Satz 2)." (Denkschr. z. BGB. S. 228.) Eine Buchgrundschuld auf den Inhaber ist unzulässig.

„Ist nach Maßgabe des § 1195 die Grundschuld für den Inhaber des Briefes eingetragen und für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter gemäß § 1189 bestellt, so kann dieser innerhalb der bei seiner Bestellung bestimmten Grenzen mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger über das Recht verfügen, also gegebenenfalls auch Eintragungen in das Grundbuch bewilligen. Die GBO. (§ 43 Satz 2) nimmt hierauf durch die Bestimmung Rücksicht, daß es der Vorlegung des Briefes nicht bedarf, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Vertreters oder durch eine gegen ihn ergangene gerichtliche Entscheidung begründet wird." (Denkschr. z. GBO. S. 52.)

2. Der Grundschuldbrief auf den Inhaber unterscheidet sich von dem früheren Grundschuldbriefe, der durch Blankozession begebbar gemacht war (PEigG. § 55), in Hinsicht auf die Begründung der Grundschuld dadurch, daß früher die Grundschuld zunächst für einen bestimmten Gläubiger, der auch der Eigentümer sein konnte, eingetragen werden mußte, während jetzt die Eintragung unmittelbar für den Inhaber des Briefes erfolgen darf. Etwa so: „500 000 M. zu 4 Prozent jährlich verzinsliche Grundschuld, für welche von der Stadtgemeinde 1000 Grundschuldbriefe auf den Inhaber über je 500 M. nebst 4 Prozent Zinsen nach erfolgter Genehmigung der Zentralbehörde ausgegeben sind. Die Zinszahlungstermine und die Zahlungsbedingungen sind in der Eintragungsbewilligung vom . . . angegeben. Zum Vertreter der Inhaber der Grundschuldbriefe ist der . . . gemäß §§ 1195, 1189 BGB. bestellt. Eingetragen am . . ." (Vgl. GBO. § 51.) — Ferner war zu Verfügungen über die Grundschuld beim Grundbuchamte nur ein bestimmter Gläubiger befugt, durch dessen Namen die Blankozession auszufüllen war, während jetzt der Besitz des Grundschuldbriefs allein dessen Inhaber legitimiert. Während endlich nach bisherigem Rechte bei der Grundschuld keine Eintragung in das Grundbuch ohne Vorlegung des Grundschuldbriefs vorgenommen werden durfte und die Eintragung auf dem Briefe vermerkt werden mußte (PGBO. § 129), bedarf es dessen jetzt nur dann, wenn die Eintragung nicht von einem Vertreter, sondern vom Inhaber des Grundschuldbriefs selbst bewilligt ist (GBO. § 43 Satz 2).

3. Die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche nach § 1195 Satz 2 auf den Grundschuldbrief auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden, ergeben folgendes.

a. Der Grundschuldbrief auf den Inhaber darf nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden (§ 795). Ohne staatliche Genehmigung ist der unbegebene Brief ohne jede rechtliche Bedeutung und der begebene nichtig; ebenso auch die Eintragung. Freilich ist es möglich, daß nach der Eintragung und nach der Erteilung des Briefes beide durch *nachfolgende* staatliche Genehmigung volle Wirksamkeit erlangen, aber dann wird eben nur eine Ordnungswidrigkeit geheilt. Die Genehmigung *muß* dem Grundbuchamte *vor* der Eintragung nachgewiesen werden; das Grundbuchamt nimmt Eintragungen, solange deren Wirksamkeit nicht gesichert ist, nicht vor. (RG. E. 59 S. 381; KG. RJA. 1 S. 37.) Eine Vorschrift, daß der Staat die Genehmigung auf den Briefen zu beurkunden hat, besteht nicht. Über die staatliche Genehmigung bestimmt für *Preußen* Art. 8 der V. v. 16. November 1899 (GS. S. 562):

Die nach § 795 BGB. zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber erforderliche Genehmigung wird auf Grund eingeholter Königlicher Ermächtigung von den zuständigen Ministern erteilt.

Der Ermächtigung bedarf es nicht für die Genehmigung von Änderungen der Höhe des Zinssatzes und von sonstigen Änderungen der Ausgabebedingungen.

b. Der Eigentümer wird Schuldner der Grundschuld, sobald er den Brief begibt, und der Inhaber des Briefes wird Gläubiger, sobald er den Brief erhält. Einer Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers, wie sie § 1117 vorschreibt, bedarf es nicht. Der

Eigentümer wird aus der Grundschuld auch dann verpflichtet, wenn der Brief ihm gestohlen oder verloren gegangen oder wenn er sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Auf die Wirksamkeit des Briefes ist es ohne Einfluß, wenn er ausgegeben wird, nachdem der Eigentümer gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. (§§ 793, 794.)

c. Die Übertragung der Grundschuld erfolgt durch Übergabe des Briefes. Die §§ 1154, 1155 finden keine Anwendung. Die Verpfändung der Grundschuld erfolgt nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1293), also durch Übergabe des Briefes unter Einigung des Briefinhabers mit seinem Gläubiger darüber, daß diesem das Pfandrecht zustehen soll (§§ 1204—1206).

d. Der Eigentümer kann dem Inhaber des Briefes nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung des Briefes betreffen oder sich aus dem Briefe ergeben oder dem Eigentümer unmittelbar gegen den Inhaber des Briefes zustehen (§ 796). Die Anwendung des § 1157 auf Einreden gegen die Grundschuld ist ausgeschlossen (Planck Nr. 5, Kober Nr. 2 d, Biermann Nr. 2 c zu § 1195; vgl. S. 1006 Anm. 4 d).

e. Zu dem Briefe können Zinsscheine und Erneuerungsscheine ausgegeben werden (§§ 803—805).

f. Ein Brief kann mit Zustimmung des Eigentümers auf Verlangen des Inhabers vom Grundbuchamt erneuert werden (§ 798; GBO. §§ 67, 68; abw. Fuchs 1 S. 663 Nr. 10 und Planck Nr. 7 zu § 1195).

g. Ein abhanden gekommener oder vernichteter Brief kann im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Der Inhaber kann auf Grund des Ausschlußurteils unter Zustimmung des Eigentümers vom Grundbuchamte die Erteilung eines neuen Briefes an Stelle des für kraftlos erklärten verlangen (BGB. §§ 799, 800; § 1162 ist nicht maßgebend; über das Verfahren vgl. ZPO. §§ 1004 ff.; Biermann Nr. 2 d, Planck Nr. 8 zu § 1195; abw. Fuchs 1 S. 663 Nr. 11).

h. Der Anspruch aus dem Grundschuldbrief auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Frist, wenn nicht der Brief vor dem Ablaufe der 30 Jahre dem Eigentümer zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung des Briefes innerhalb dieser Frist, so ist die Verjährung des Anspruchs, da es sich um einen Anspruch aus einem eingetragenen Rechte handelt, nach § 902 ausgeschlossen. Insoweit wird der § 801, der die Verjährung in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist anordnet, modifiziert. Die Bestimmungen des § 802 gelten infolgedessen auch nur für die Vorlegungsfrist. (Vgl. Planck Nr. 10, Biermann Nr. 2 e zu § 1195; a. M. Fuchs 1 S. 662 Nr. 7.)

i. Die Umschreibung eines auf den Inhaber lautenden Grundschuldbriefs auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur durch den Eigentümer erfolgen, der aber dazu nicht verpflichtet ist (§ 806). Soll die Umschreibung im Grundbuche zum Ausdrucke gebracht werden, so erfordert sie als eine Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke nach § 877 die Einigung des Eigentümers mit dem Inhaber des Briefes und die Eintragung in das Grundbuch; der Zustimmung nacheingetragener Berechtigter bedarf es nicht. Auf dem bisherigen Briefe ist die Umschreibung zu vermerken, falls nicht die Erteilung des Briefes nachträglich ausgeschlossen wird. (Biermann Nr. 2 g, Planck Nr. 12 zu § 1195.) Eine Außerkurssetzung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber findet seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr statt; eine vorher erfolgte hat ihre Wirkung verloren (EG. z. BGB. Art. 176). Vgl. EG. z. BGB. Art. 101 und für Preußen AG. z. BGB. Art. 18.

k. Da der Eigentümer mit der Aushändigung des Briefes das Eigentum daran erwirbt, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über ihn nicht berechtigt ist (§ 797), so bedarf es zur Begründung seines Antrags auf Löschung der Grundschuld nur der Vorlegung des Briefes, nicht auch der Bewilligung des letzten Inhabers (so auch Biermann Nr. 2 h zu § 1195 und Oberneck I S. 1019; a. M. Planck Nr. 6 zu § 1195).

4. Für den Grundbuchverkehr ergeben sich einige Besonderheiten.

Nach § 793 Abs. 2 Satz 2 genügt zur Unterzeichnung der Schuldverschreibung auf den Inhaber eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Hieraus ergibt sich, daß auch die Unterschriften der Grundbuchbeamten unter dem Grundschuldbrief auf den Inhaber (abweichend von § 56 Satz 2 GBO.) im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellt werden können (Denkschr. z. GBO. S. 67). Dies erleichtert die Ausfertigung, wenn eine größere Zahl von Teilgrundschuldbriefen herzustellen ist (GBO. § 70 Abs. 2). Vgl. EG. z. BGB. Art. 100 und für Preußen AG. z. BGB. Art. 17.

Für Grundschuldbriefe auf den Inhaber gilt die Regel des § 42 GBO., daß bei einer Hypothek ꝛc., über die ein Brief erteilt ist, eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird, ohne die Ausnahmen des § 42 Abs. 1 Satz 2 (GBO. § 54 Abs. 2 Satz 2). Auch die Eintragung eines Widerspruchs der dort bezeichneten Art darf nicht früher erfolgen, bis der Brief vorgelegt wird. Einer Vorlegung des Briefes bedarf es nur dann nicht, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung eines nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters oder durch eine gegen ihn erlassene gerichtliche Entscheidung begründet wird (GBO. § 43 Satz 2). Vgl. Anm. 1 Abs. 2.

Über die Eintragung einer Grundschuld auf den Inhaber für Teilgrundschuldbriefe vgl. § 51 und über die Herstellung der Teilbriefe vgl. § 70 Abs. 2 GBO.

5. Die Zwangsvollstreckung in einen Grundschuldbrief auf den Inhaber erfolgt nach den Vorschriften über Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen, also durch Pfändung mittels Wegnahme des Briefes und durch Versteigerung (ZPO. §§ 808 ff.).

§ 1196.

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden.

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.

1. Während das Pfandrecht, weil es zur Sicherung einer Forderung dient, nur an einer fremden Sache entstehen kann, läßt sich die Hypothek, wenn sie unabhängig von einer Forderung gedacht wird, mit Hilfe der Bucheinrichtung auch für den Eigentümer des Grundstücks bestellen. In Preußen wurde die Eintragung auf den Namen des Eigentümers bereits durch das G. v. 21. März 1868 § 81 für Neuvorpommern und Rügen gestattet. Das EigG. v. 1872 bestimmte dann in § 27: „Der Eigentümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen."

„Der praktische Nutzen, den die Zulassung der Begründung einer Grundschuld für den Eigentümer diesem gewährt, liegt in der rationellen Verwertung des Realkredits, welcher durch sie ermöglicht wird. Bedarf z. B. jemand, dem ein von Hypotheken und Grundschulden nicht belastetes Gut im Werte von 100000 Mk. gehört, eine Summe von 20000 Mk., so kann er dieses Kapital für den Gläubiger nur an der ersten Stelle der betreffenden Abteilung des Grundbuchblatts eintragen lassen. Das ist aber gegen sein berechtigtes Interesse, wenn die Verhältnisse des Geldmarkts so liegen, daß das Kapital zu mäßigen Bedingungen auch gegen Eintragung mit dem Range nach 40000 Mk. zu bekommen gewesen wäre. Wird dagegen dem Eigentümer gestattet, die Grundschuld für sich selbst zu bestellen, so kann er den ganzen Gutswert durch Schaffung solcher Grundschulden erschöpfen und davon zunächst die minder sicheren unterzubringen versuchen, die besseren aber zur Benutzung in schwierigen Zeiten zurücklegen." (Mot. III S. 792).

Nun kann zwar der Eigentümer nach § 881 sich bei der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek oder Grundschuld die Befugnis vorbehalten, eine andere Hypothek oder Grundschuld von bestimmtem Umfange mit dem Range vor jener Hypothek oder Grundschuld eintragen zu lassen. Dadurch wird aber die Grundschuld des Eigentümers nicht

ersetzt. Einerseits hängt solcher Stellenvorbehalt von der Genehmigung des Gläubigers ab, dem die Hypothek oder Grundschuld bewilligt wird, und wenn er sie versagt, fehlt dem Eigentümer das Mittel, später eine bessere Hypothek oder Grundschuld zu vergeben. Anderseits ist der Vorbehalt nicht ein übertragbares Recht, sondern befähigt nur den jeweiligen Eigentümer zur Begründung einer Hypothek oder Grundschuld mit gewissem Range.

2. Der Akt, durch den die Grundschuld für den Eigentümer begründet wird, unterscheidet sich von der Bestellung einer solchen für eine andere Person nur dadurch, daß an die Stelle der Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles (§ 873) die einseitige, zum Zweck der Eintragung in der Form des § 29 GBO. abzugebende, Erklärung des Eigentümers tritt. Ist diese Erklärung dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung eingereicht, so wird sie dadurch nicht unwirksam, daß der Eigentümer in der Verfügung beschränkt wird (§ 878). Mit ihrer Eintragung im Grundbuche tritt die Grundschuld des Eigentümers in Wirksamkeit. Sie kann als Grundschuld mit Brief oder ohne Brief begründet werden. (Vgl. Biermann, Kober Nr. 1 b, Planck Nr. 3 zu § 1196.) Ist ursprünglich eine Buchgrundschuld für den Eigentümer eingetragen, so kann durch eine einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte die Ausschließung der Erteilung des Briefes trotz § 1116 Abs. 3 aufgehoben werden, weil eine Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger nicht möglich ist (Planck Nr. 2 a zu § 1196).

3. Es ist die Frage aufgeworfen, ob eine Hypothek, die wegen fehlender oder unwirksamer Einigung keinen rechtlichen Bestand hat (vgl. Anm. 1 S. 912 f.), als Grundschuld des Eigentümers aufrecht zu erhalten sei, m. a. W. ob eine Hypothek, die als solche nichtig ist, um deswillen zu einer gültigen Grundschuld des Eigentümers wird. Dies könnte nur dann bejaht werden, wenn die Grundschuld des Eigentümers als das Geringere in der Hypothek als dem Größeren enthalten wäre. Das ist aber nicht der Fall. Beide sind verschiedene Belastungsformen, deren jede an besondere Voraussetzungen gebunden und mit besonderen Wirkungen ausgestattet ist, und beide sind an die dingliche Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger gebunden (so auch KG. Rsp. 8 S. 142, Eccius in Gruch. 45 S. 456, Planck, Biermann, Kober; a. M. Dernburg SR. § 221 Nr. II 2, Oberneck 1 S. 664, Fuchs, Willenbücher u. a.). Vielleicht kann sich der Eigentümer, wenn er der Einigung mit dem Gläubiger nicht sicher ist, die Verfügung über den Rang der Belastung in der Weise erhalten, daß er bei Bestellung und Eintragung der Hypothek hinzufügt: „falls die Hypothek als solche nicht wirksam sein möchte, soll sie als Grundschuld des Eigentümers X zu demselben Betrag und mit denselben Bedingungen in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts Geltung haben." Wird die Hypothek nachträglich durch Einigung wirksam, dann kann der Eigentümer einseitig den Zusatz löschen lassen, da nur *sein* Recht dadurch betroffen wird. Tritt die Bedingung ein, so daß die Hypothek als solche wegfällt und die Belastung als Grundschuld des Eigentümers ins Leben tritt, so kann dies im Grundbuche nur mit Einwilligung des Hypothekengläubigers geschehen.

§ 1197.

Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

1. Das PEigG. bestimmte in den §§ 27, 28 den Inhalt der Eigentümergrundschuld für den Fall, wenn die Eintragung von vornherein auf den Namen des Eigentümers erfolgt war, dahin: „Er (der Eigentümer) erlangt dadurch das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu über-

Digitized by Google

tragen. Bei der Verteilung der Kaufgelder infolge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen. Hat der Eigentümer das Eigentum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers." Im § 1197 BGB. werden nicht die Befugnisse des Eigentümers aufgezählt, sondern es wird nur bestimmt, welche der sich aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Hypothek (§ 1192) ergebenden Befugnisse dem Grundschuldgläubiger versagt sind, falls er der Eigentümer des Grundstücks ist. Daraus folgt ohne weiteres, daß der Eigentümer vermöge der ihm zustehenden Grundschuld alle die Rechte hat, welche das preuß. Gesetz ihm zuschreibt. Er kann über die Grundschuld verfügen, er kann sie abtreten und verpfänden, sie als Vermächtnis zuwenden und einem nachstehenden Gläubiger lediglich mit dessen Einwilligung das Vorrecht vor ihr einräumen (§ 880). An Stelle des Eigentümers kann das diesem zustehende Verfügungsrecht auch durch Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung vom Gläubiger ausgeübt werden. Im Falle des Konkurses stehen den Konkursgläubigern die Rechte des Eigentümers zu. Wer vom Eigentümer die Grundschuld erwirbt, hat auch diejenigen Rechte des Grundschuldgläubigers, welche dem Eigentümer, solange er der Gläubiger war, nicht zustanden. In dem Augenblicke, wo der Eigentümer die Grundschuld veräußert und das Grundstück behält, wird er Grundschuldner und der Erwerber wird Grundschuldgläubiger ohne die Beschränkungen des § 1197. In dem Momente, wo der Eigentümer das Grundstück veräußert und die Grundschuld behält, wird er frei von den Beschränkungen des § 1197.

Dem Eigentümer ist als Gläubiger nur versagt, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung seines eigenen Grundstücks zu seiner Befriedigung zu betreiben. „Ein derartiger Selbstbetrieb des Eigentümers kann nicht gestattet werden, weil dieser hierbei eine doppelte, in sich widerspruchsvolle Rolle übernehmen würde" (Mot. III S. 679). Der Eigentümer kann es zwar auch zur Zwangsversteigerung des Grundstücks bringen, indem er die Forderung einem anderen überträgt und von diesem die Zwangsvollstreckung betreiben läßt. Aber das Gesetz braucht doch nicht darauf zu verzichten, den geraden Weg zu einem von ihm gemißbilligten Ziele zu verschließen, wenn es nicht imstande ist, die Erreichung dieses Zieles auf Umwegen zu verhindern. (Prot. III S. 572 fl.) Wird die Zwangsvollstreckung von einem anderen betrieben, so kann der Eigentümer bei der Verteilung der Kaufgelder nicht nur das Kapital, sondern auch die Zinsen davon seit Beginn der Zwangsverwaltung, falls solche bestanden hat, liquidieren. Daß dem Eigentümer das Kapital aus dem Grundstücke bezw. dessen Kaufgeldern gezahlt werden muß, ergibt sich aus dem Begriffe der Grundschuld (§ 1191), sobald die Bestellung der Grundschuld auch für den Eigentümer zugelassen wird. Zur Rechtfertigung der Zinsenbestimmung heißt es in den Motiven (III S. 734), und damit hat man sich auch bei der 2. Lesung (Prot. II S. 611 B) mit dem Hinzufügen begnügt, daß die Entscheidung der praktischen Frage nicht durch Schlußfolgerung aus einer bestimmten juristischen Konstruktion gewonnen werden könne: „Sieht man von der Forderung als Quelle des Zinsrechts ab, so kann man die Zinsen kaum anders als eine Belastung der Einkünfte des Grundstücks betrachten. Solange daher dem Eigentümer die Einkünfte gebühren, ist ein Zinsenrückstand nicht denkbar. Erst wenn ihm durch die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung die Einkünfte entzogen werden, erwacht das Recht auf Verzinsung des Betrags der Eigentümerhypothek. Von diesem Zeitpunkte müssen dem Eigentümer Zinsen zugestanden werden, damit nicht die gleich- und nachstehenden Gläubiger zum Nachteile der Eigentümerhypothek einen Vorteil erlangen, auf welchen sie vermöge ihres Rechtes keinen Anspruch haben. Der § 1197, Abs. 2 schließt, indem er den Anfangstermin der Zinsen auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung feststellt, die nach Lage der Sache kaum angemessene Auffassung aus, daß die Grundschuld für den Eigentümer den Anspruch auf die zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Zinsen begründe.

Selbstverständlich kann der Eigentümer die dem Hypothekengläubiger wegen Ver-

Digitized by Google

schlechterung des Grundstücks nach §§ 1132—1135 zustehenden Sicherungsmaßregeln nicht gegen sich selbst zur Anwendung bringen.

Vgl. Bruck EigHyp. S. 229 ff.

2. Die Bestimmungen des § 1197 finden nicht allein in den Fällen Anwendung, wo von vornherein die Eintragung der Grundschuld auf den Namen des Eigentümers erfolgt, sondern auch dann, wenn die für einen anderen eingetragene Grundschuld vom Eigentümer oder das Grundstück vom Gläubiger erworben ist. „Es besteht kein Grund für eine verschiedene Gestaltung des Inhalts der Eigentümergrundschuld, je nachdem die Eintragung von vornherein für den Eigentümer oder zunächst für einen anderen erfolgt war. Wird einmal ein solches Recht am eigenen Grundstücke zugelassen, so ist es ganz gleichgültig, auf welchem Wege der Berechtigte dazu gelangt ist. Der Eigentümer muß an sich in den vorausgesetzten Fällen die für den Berechtigten aus der Grundschuld fließenden Befugnisse haben, wenn der wirtschaftliche Zweck der Eigentümergrundschuld erreicht werden soll." (Mot. III S. 794). Der § 1197 kommt auch in den Fällen des § 1177 zur Anwendung, wo die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld umgewandelt wird oder wo sich die Rechte aus der Eigentümerhypothek nach den für die Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen.

3. Aus der Praxis. Das RG. hat in einem Falle, wo der Eigentümer die von ihm gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 und § 1177 Abs. 1 als Grundschuld erworbene Hypothek verpfändet hatte und bei der Kaufgelderverteilung im Zwangsversteigerungsverfahren vom Pfandnehmer die Grundschuld an Kapital und Zinsen liquidiert war, den auf die Zinsen zur Hebung gelangten Betrag dem Pfandnehmer sowohl wie der Konkursmasse des Eigentümers ab- und dem nachstehenden Gläubiger mit folgender Begründung zugesprochen. Der Anspruch des Eigentümer-Hypothekars auf Zinsen richtet sich nur gegen die Zwangsverwaltungsmasse; die Zwangsversteigerungsmasse steht ihm hierfür nicht zu Gebote. Denn nach dem ZVG. ist die Verteilung beider Massen eine durchaus selbständige, die eine und die andere wird nach besonderen, für beide keineswegs übereinstimmenden Grundsätzen durchgeführt; die früher durch § 150 Abs. 2 des preuß. ZVG. v. 1883 vorgeschriebene Vereinigung beider Massen findet nicht mehr statt (Jaeckel ZVG. S. 384, 522). Wenn das zwangsversteigerte Grundstück bis zum Zuschlage auch unter Zwangsverwaltung gestanden hat, so kann der Eigentümer von der ihm zugefallenen Hypothek für diese Zeit Zinsen nur dann aus der Zwangsverwaltungsmasse beanspruchen, wenn eine solche besteht. Hat aber, weil das Grundstück Einkünfte, aus denen sie hätte gebildet werden können, nicht abgeworfen hat, niemals eine Zwangsverwaltungsmasse bestanden, so kann der Zinsenanspruch auf die Versteigerungsmasse nicht übertragen, d. h. gegen den Versteigerungserlös nicht liquidiert werden. Wie der Eigentümer zur Aufstellung eines Zinsenliquidats nicht befugt ist, kann auch der Verwalter im Konkurse des Eigentümers, der nicht mehr Recht hat als der Gemeinschuldner, ein solches nicht aufstellen. Ebensowenig kann der Pfandnehmer den auf die Zinsen liquidierten Betrag des Erlöses für sich beanspruchen. Wäre die Hypothek abgetreten, so wäre sie eben keine Eigentümerhypothek mehr und der Zessionar könnte von der Abtretung ab auch Zinsen verlangen. Dagegen bleibt die Eigentümerhypothek in der Hand des Pfandnehmers Eigentümerhypothek, und dieser hat bei der Zwangsversteigerung nicht mehr Rechte und den übrigen Beteiligten gegenüber keine andere rechtliche Stellung als der Verpfänder. In der Verpfändung einer Eigentümerhypothek liegt noch keine solche Trennung derselben vom Eigentümer, daß an sie die Entstehung eines Zinsenanspruchs geknüpft werden könnte; eine solche Trennung tritt vielmehr erst mit dem Augenblicke ein, wo der Pfandgläubiger in Realisierung seines Pfandrechts die Hypothek veräußert. (RG. E. 60 S. 359.)

4. Bestellt der Eigentümer, der zugleich der Gläubiger ist, einen Nießbrauch an der Grundschuld, so hat auch der Nießbraucher kein Recht auf die Zinsen, da der Eigentümer ein Zinsenrecht, das ihm selbst nicht zusteht, auch auf den Nießbraucher nicht übertragen

kann. Hat der Gläubiger, der nicht der Eigentümer ist, einen Nießbrauch an seiner Grundschuld bestellt, so erlischt das Recht des Nießbrauchers auf die Zinsen nicht, wenn der Gläubiger das Grundstück oder der Grundstückseigentümer die Grundschuld erwirbt, die Grundschuld also zu einer Eigentümergrundschuld wird (§ 1071 Abs. 2). Ruht zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück eine Eigentümergrundschuld auf ihm, so hat der Nießbraucher auch diese zu verzinsen (§ 1047 und Anm. 3 dazu). (Biermann zu § 1197.)

5. Befindet sich der Eigentümer im Konkurse, so ist der Konkursverwalter durch § 1197 Abs. 1 nicht gehindert, die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger zu betreiben (KO. §§ 117, 126, ZVG. §§ 172 ff.).

§ 1198.

Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

1. „Wenn das Gesetz in der Hypothek und der Grundschuld zwei verschiedene Rechtsformen zur Erreichung des nämlichen wirtschaftlichen Zweckes gewährt, so geht es davon aus, daß die Entscheidung darüber, welche Form im einzelnen Falle die angemessene ist, den Beteiligten überlassen bleiben muß. Die Konsequenz dieses Gedankens führt notwendig dahin, im Interesse des Realkredits auch die Umwandlung der einen Form in die andere zu gestatten." (Mot. III S. 795.) Das PEigG. gestattete im § 29 die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld auf Antrag des Gläubigers und des Eigentümers unter Zustimmung der vor dem 1. Oktober 1872 gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten. Die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek war im Gesetze nicht vorgesehen, wurde aber von der Praxis zugelassen (KG. JW. 1 S. 139).

2. Für beide Fälle der Umwandlung ist, weil es sich dabei um eine Änderung des Inhalts eines eingetragenen Rechtes handelt (vgl. S. 150 Anm. 2), die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger sowie Eintragung in das Grundbuch erforderlich (§ 877, 873). Das weitere Erfordernis, das im § 1144 Entw. I aufgestellt war, daß zu der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld die vertragsmäßige Zustimmung der dem Gläubiger gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich sei, weil dadurch die Rechtsstellung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, die eine Hypothek wegen Nichtbestehens der Forderung anfechten können, ungünstiger werde, ist im Satz 2 des § 1198 ausdrücklich ausgeschlossen, weil von diesem Erfordernis abzusehen sei, nachdem im § 1163 Abs. 1 der Grundsatz angenommen worden, daß der Eigentümer die Hypothek erwerbe, wenn die Forderung, wofür sie bestellt sei, nicht bestehe oder erlösche (Prot. III S. 721, S. 693 B). Hiernach bedarf es zur Umwandlung nur der unzweideutigen (KG. RJA. 1 S. 164) Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger, ohne Unterschied, ob eine Hypothek in eine Grundschuld oder ob eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt wird. Steht die Hypothek oder Grundschuld dem Eigentümer zu, so genügt zur Eintragung seine einseitige Bewilligung, so oft nicht einem Dritten ein Recht an der Post zusteht (§ 876; Biermann zu § 1196, Oberneck 1 S. 1015, Braunschw. Rsp. 2 S. 318, Bruck EigHyp. S. 234; abw. Männer S. 299 Anm. 23, Kober Nr. 1 a, Planck Nr. 2 a u. Fuchs Nr. 6 zu § 1198). Voraussetzung der Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek ist eine neue Forderung, welche der Hypothek zur Grundlage dienen soll. Da der Eigentümer eine Forderung gegen sich selbst nicht begründen kann, ist die Umwandlung in eine Eigentümerhypothek unmöglich. (KG. RJA. 3 S. 212.)

3. Die Umwandlung reicht in ihren Wirkungen nicht weiter, als durch die Einigung bestimmt ist; sie läßt deshalb die für das umgewandelte Recht bestehenden rechtsgeschäftlichen Normen über Kündigung, Verzinslichkeit und Zinssatz unberührt, falls hierüber bei

der Umwandlung neue Bestimmungen nicht getroffen sind. (Mot. III S. 795.) Daß bei der Umwandlung auch von den Befugnissen des § 1119 über Einführung der Verzinslichkeit oder über Erhöhung des Zinssatzes bis zu fünf Prozent sowie über Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts Gebrauch gemacht werden kann, darüber war man bei der 2. Lesung einverstanden (Anm. 6 S. 999).

Der bisherige Streit darüber, ob in der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld eine Novation zu finden sei, ist gegenstandslos geworden, da die Novation als besonderes Rechtsinstitut in das BGB. nicht aufgenommen ist (Mot. II S. 78). „Die Forderung erlischt nicht notwendig mit der Umwandlung, z. B. dann nicht, wenn die Grundschuld nur dazu dienen soll, die Zahlung an den Gläubiger zu vermitteln" (Mot. III S. 796). Nimmt dagegen der Gläubiger die Grundschuld als die durch die Hypothek gesicherte Leistung an Erfüllungs Statt an, so erlischt die Forderung, für welche die Hypothek bestellt war (§ 364). Das Schicksal der Forderung hängt lediglich von der Bestimmung der Beteiligten ab.

4. Im Grundbuche wird die Umwandlung neben der davon betroffenen Post in der Spalte Veränderungen vermerkt. Dazu bedarf es der Bewilligung des Eigentümers und des Gläubigers (bezw. der einseitigen Erklärungen des Eigentümers) in der Form des § 29 GBO. Der Antrag kann von einem von ihnen privatschriftlich gestellt werden, wenn die formgerechte Bewilligung beigelegt wird (GBO. § 13 Abs. 2, § 30). Betrifft die Umwandlung eine Hypothek oder Grundschuld mit Brief, so muß der Brief vorgelegt werden (GBO. § 42). Bei der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Briefgrundschuld muß, sofern nicht die Erteilung eines neuen Briefes beantragt wird, die Eintragung der Rechtsänderung auf dem bisherigen Briefe vermerkt und die mit dem Briefe verbundene Schuldurkunde abgetrennt werden (GBO. § 65). Die Erteilung des neuen Briefes erfolgt nach Vorschrift der §§ 68, 69 GBO. Bei der Umwandlung einer Briefgrundschuld in eine Briefhypothek wird ebenso verfahren; nur muß die etwa vorhandene Schuldurkunde mit dem bisherigen oder dem neuen Briefe verbunden werden (GBO. §§ 70, 58). Wird eine Briefhypothek in eine Buchgrundschuld oder eine Briefgrundschuld in eine Buchhypothek umgewandelt, so kommt zugleich § 1116 BGB. zur Anwendung und mit dem Briefe wird nach § 69 GBO. verfahren. Wird eine Buchhypothek in eine Briefgrundschuld oder eine Buchgrundschuld in eine Briefhypothek umgewandelt, so wird der Brief nach §§ 56—59, 70 gebildet. Vgl. Oberneck in Gruch. 43 S. 911, Biermann Abs. 2 zu § 1198.

5. Auch eine Sicherungshypothek kann in eine Grundschuld umgewandelt werden (vgl. Anm. 2 S. 997 f.).

6. Zur Umwandlung wird vorausgesetzt, daß die umzuwandelnde Belastung zu Recht besteht. Eine Hypothek oder eine Grundschuld, die wegen fehlender oder unwirksamer Einigung nichtig ist, eignet sich daher nicht zur Umwandlung.

7. Zur Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek bedarf es der Einigung und Eintragung nur, um ihr dingliche Wirkung gegen jeden zu verschaffen. Die formlose Vereinbarung des Eigentümers mit dem Gläubiger ist nicht wirkungslos, sie erzeugt vielmehr obligatorische Wirkungen für die beiden vertragschließenden Teile. Namentlich sind diese verpflichtet, die Vereinbarung als den Kausalvertrag durch die Abgabe der zur Eintragung der Umwandlung erforderlichen formgerechten Erklärungen zu erfüllen, und der Eigentümer muß gegen sich die Haftung des Pfandgrundstücks für die der Grundschuld untergelegte Forderung gelten lassen. Haben z. B. Eigentümer und Gläubiger für eine Hypothek des früheren preuß. Rechtes, die seit dem 1. Januar 1900 zu dem bis dahin nicht valutierten Betrag als eine dem Eigentümer zustehende Grundschuld des BGB. gilt, vereinbart, daß der nicht valutierte Teil der Hypothek für bestimmte andere Forderungen des Gläubigers haften soll, so kann der Gläubiger, wenn er vom Eigentümer auf Bewilligung der Löschung der Hypothek zu ihrem bis zum 1. Januar 1900 nicht valutierten Betrage verklagt wird, mit Erfolg geltend machen, daß die Hypothek infolge der getroffenen Ver-

einbarung auch für die nachträglich untergelegte Forderung weiterhafte, und der Eigentümer kann nicht replizieren, die Umwandlung der Grundschuld sei, weil sie nicht auf einer nach §§ 873 Abs. 2, 877 unwiderruflichen Einigung beruhe, nichtig; denn der dem Gläubiger zur Seite stehende Kausalvertrag ist auch formlos gültig (vgl. S. 101). (RG. E. 50 S. 77.) Bei der Eintragung der Umwandlung muß der Schuldgrund der zu sichernden Forderung im Eintragungsvermerk ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bezeichnet werden.

8. Vgl. Anm. 11 zu § 1163 S. 920.

II. Rentenschuld.

§ 1199.

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld).

Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden.

1. In Preußen konnten bisher einem Grundstücke feste Geldrenten als Reallasten auferlegt werden. Dem Eigentümer stand das Ablösungsrecht nach Kündigung zu. Es konnte vertragsmäßig nur für einen Zeitraum von 30 Jahren ausgeschlossen und ein höherer Ablösungsbetrag als der fünfundzwanzigfache Betrag der Rente nicht festgesetzt werden. Diese Vorschriften des § 91 AblöfG. v. 2. März 1850 sind durch die neuere Gesetzgebung auf den ganzen Umfang der Monarchie ausgedehnt (vgl. S. 651 f.). Für Rentengüter sind jene einschränkenden Bestimmungen zunächst durch das G., betr. die Beförderung deutscher Ansiedelungen in den Prov. Westpreußen und Posen, v. 26. April 1886 §§ 2—4 (GS. S. 131), dann durch das G. über Rentengüter v. 27. Juni 1890 §§ 1, 2 (GS. S. 209) für die ganze Monarchie beseitigt und es ist die Ablösbarkeit der Rente, die Festsetzung des Ablösungsbetrags und der Kündigungsfrist im allgemeinen der vertragsmäßigen Abmachung überlassen.

Es wurde jedoch auch die Bestellung einer Rentenschuld für zulässig erachtet, die der Rentenschuld des BGB. sehr nahe kommt. Verpflichtete sich der Eigentümer eines Grundstücks, ein empfangenes Kapital durch Zahlung einer bestimmten jährlichen Rente zu verzinsen, mit dem Vorbehalte, daß ihm zustehe, die fernere Rentenzahlung gegen Kündigung zu einem bestimmten Betrag abzulösen, daß dagegen dem Gläubiger ein Rückforderungsrecht nicht zustehe, und bewilligte er die Eintragung der Rente in die II. Abt. des Grundbuchs, so wurde eine solche Eintragungsbewilligung nach Maßgabe des § 91 AblöfG. v. 2. März 1850 für rechtsgültig erachtet und die Eintragung als Reallast in die II. Abt. des Grundbuchs nicht aus dem Grunde beanstandet, daß nur eine Darlehnshypothek eingetragen werden könne. Eine Urkunde über die Eintragung durfte nach § 119 PGBO. nicht gefertigt werden (KG. JW. 17 S. 70). Die Frage, ob in solchem Falle eine Darlehnshypothek unter Verfügung der Rentenpflicht als Verzinsungs- und der Bestimmungen über die Ablösung als Rückzahlungsbedingungen in die III. Abt. des Grundbuchs eingetragen werden dürfe, ist, soviel bekannt, nicht hervorgetreten. Ihrer Bejahung würden prinzipielle Bedenken kaum entgegengestanden haben.

2. Nach den §§ 1105 ff. BGB. kann auch ferner eine wiederkehrende aus dem Grundstücke zu entrichtende Geldrente als Reallast begründet werden; in Preußen jedoch nur unter Einhaltung der Beschränkungen des § 91 G. v. 2. März 1850 bezw. der späteren Gesetze (vgl. Anm. 1 Abs. 1), welche nach Art. 115 EG. z. BGB. unberührt geblieben sind. Die Besonderheiten der Rentengutsrente sind durch Art. 60 EG. z. BGB. aufrecht erhalten und durch Art. 12 § 1 und Art. 29 PAG. z. BGB. weiter ausgestaltet. — Renten eigener Art hat das BGB. in der Rente für den Überbau und der Rente für den Notweg geschaffen (vgl. darüber die §§ 912—918 S. 382 ff.).

Im Hinblick auf die namentlich aus den Kreisen der Landwirtschaft laut gewordenen Wünsche ist außerdem im BGB. die Rentenschuld als eine besondere Kreditform neben der

Hypothek und Grundschuld hingestellt und als ein selbständiges Rechtsinstitut ausgestaltet. Danach wird die Rentenschuld als Grundschuld bestellt, aber in Abweichung von der gewöhnlichen Grundschuld derart, daß das Grundstück nicht mit einem Kapitale, dessen Zinsen die Rente darstellen würde, sondern direkt mit einer Geldrente belastet wird, für die aber bei der Bestellung eine bestimmte Summe als Ablösungskapital festzustellen und einzutragen ist.

3. Die Rentenschuld als Grundschuld (Rentenschuld) unterscheidet sich von der Rentenschuld als Reallast (Rentenlast) in folgenden Punkten. Während der Eigentümer des Grundstücks bei der Rentenlast für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Renten, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch persönlich haftet (§ 1108 BGB.), haftet er für alle Ansprüche aus der Rentenschuld ohne Ausnahme nur mit dem Grundstücke (§§ 1191, 1199). Bei Bestellung der Rentenschuld muß die Ablösungssumme in das Grundbuch eingetragen werden (§ 1199 Abs. 2); für die Rentenlast ist dies nicht vorgeschrieben. Auf die Rentenschuld finden die Vorschriften über die Grundschuld und damit, soweit sich nicht daraus etwas anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, auch die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung (§§ 1192, 1199); für die Rentenlast gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 1105—1112. Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld und eine gewöhnliche Grundschuld in eine Rentenschuld umgewandelt werden (§ 1203); bei der Rentenlast ist eine Umwandlung ausgeschlossen. Der Eigentümer erwirbt durch Ablösung die Rentenschuld (§ 1200 Abs. 1); die abgelöste Rentenlast eignet sich nur zur Löschung. Für die Rentenschuld wird, wenn dies nicht ausgeschlossen wird, ein Rentenschuldbrief erteilt (§§ 1116, 1192, 1199); für die Rentenlast gibt es keine Urkunde über die Eintragung. Der Rentenschuldbrief kann auch auf den Inhaber ausgestellt (§ 1195) und die Rentenschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden (§ 1196). — In Preußen kann die Ablösungsbefugnis des Eigentümers bei der Rentenschuld auf 20 Jahre, bei der Rentenlast auf 30 Jahre ausgeschlossen werden (vgl. Anm. 2 zu § 1202). Dort wird die Rentenlast in der II., die Rentenschuld in der III. Abt. eingetragen (A. Bf. v. 20. November 1899 §§ 11 Nr. 1, § 12 Abs. 1). Bei der Rentenschuld muß die Rente in einer bestimmten Geldsumme (§ 1199 Abs. 1), bei der Rentenlast kann die wiederkehrende Leistung nach BGB. auch in anderen vertretbaren Sachen bestehen (§ 1105). In Preußen dürfen mit Ausnahme fester Geldrenten beständige Abgaben und Leistungen einem Grundstück als Reallasten nicht auferlegt werden; bei Rentengütern werden ausnahmsweise den festen Geldrenten feste Abgaben in Körnern gleichgeachtet (vgl. S. 651 f.) Bei der Rentenschuld muß die Rente in regelmäßig wiederkehrenden Terminen zu zahlen sein (§ 1199 Abs. 1); bei der Rentenlast wird nur die Entrichtung wiederkehrender Leistungen gefordert (§ 1105). Bei der Rentenschuld wie bei der Rentenlast braucht nicht notwendig die Bezahlung der gleichen Geldsumme für jeden Termin festgesetzt zu werden. Die Rentenlast kann auch für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks bestellt werden; bei der Rentenschuld muß eine bestimmte physische oder juristische Person als Gläubiger angegeben werden (KG. RJA. 4 S. 257; vgl. § 1115 u. Anm. 1a S. 736). Bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks erhält der Gläubiger der Rentenschuld die Ablösungssumme, der Gläubiger der Rentenlast eine Geldrente (ZVG. § 92). Bei der Rentenschuld wie bei der Rentenlast finden auf die einzelnen Leistungen die für die Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 1200 Abs. 1, § 1107).

Von der Revenüenhypothek und Revenüengrundschuld unterscheidet sich die Rentenschuld noch hauptsächlich dadurch, daß bei der ersten für Kapital und Zinsen nur die Nutzungen des Grundstücks haften und deshalb Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung verlangt werden kann, wogegen der Rentenschuldgläubiger wegen der Rente und der Ablösungssumme sich an die Substanz des Grundstücks

halten und das Grundstück zur Zwangsversteigerung bringen kann (vgl. Anm. 4 S. 727 u. § 1199).

4. Bei Bestellung der Rentenschuld hat sich die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger (BGB. § 873) auch auf die Festsetzung der Ablösungssumme zu erstrecken, die sowohl im Grundbuch als im Rentenschuldbrief angegeben werden muß (§ 1199 Abs. 2; GBO. § 70 Abs. 1 Satz 2). Die Höhe der Ablösungssumme ist reichsgesetzlich auch für die Reallasten nicht bestimmt; die Regelung ist der Landesgesetzgebung durch Art. 115 EG. z. BGB. vorbehalten (vgl. Prot. III S. 783 II). Für Preußen vgl. S. 651 f.. Die Landesgesetzgebung wird auch bei der Rentenschuld dann einzutreten haben, wenn bei der Rentenschuld ordnungswidrig die Festsetzung der Ablösungssumme unterblieben ist und deshalb die Rentenschuld nur als eine Reallast, bei welcher der Eigentümer auch für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen nicht persönlich haftet (vgl. § 1108), aufrecht erhalten werden kann (Biermann Nr. 2 zu § 1199, Gierke SR. S. 916 A. 3). Planck (Nr. 3) und Fuchs (Nr. 7 zu § 1199) verlangen hierzu die Eintragung als Reallast im Grundbuche, welche durch die Eintragung der Rentenschuld ohne Ablösungssumme nicht ersetzt werde. Die Bestimmung des Betrags der Ablösungssumme ist bei der Rentenschuld lediglich der Vereinbarung der Beteiligten überlassen, ohne daß dafür eine Grenze nach oben oder unten gesetzt ist. Die Ablösungssumme muß aber in einem fest bestimmten Geldbetrage bestehen, der nicht, je nachdem die Ablösung früher oder später erfolgt, verschieden sein kann (vgl. Anm. 2 zu § 1201).

5. Dadurch ist der Eigentümer besser gestellt als der Gläubiger, daß er seine Verpflichtung nicht nur durch fortdauernde Zahlung der Rente erfüllen, sondern auch durch Zahlung der Ablösungssumme aufheben kann, während dem Gläubiger, abgesehen von wenigen Ausnahmefällen (vgl. Anm. 1 S. 1083 f), das Ablösungsrecht nicht zusteht. Infolge dessen kann der Gläubiger beim Steigen des Zinsfußes sich nicht durch Kündigung bessere Beleihungsbedingungen verschaffen, der Eigentümer dagegen beim Sinken des Zinsfußes kündigen und Geld unter besseren Bedingungen erlangen (Dernburg SR. § 247 Nr. 7).

6. Die Rentenschuld kann in folgender Weise bestellt werden:

„Ich (Eigentümer) bewillige die Eintragung einer Rentenschuld von jährlich 400 Mk., zahlbar in Raten von je 100 Mk. am 1. Mai, am 1. August, am 1. November und am 1. Februar vom 1. Mai 1900 ab, unter Bestimmung der Ablösungssumme auf 10 000 Mk., für X (Gläubiger) auf mein Grundstück Band . . . Blatt . . . des Grundbuchs von . . . . indem ich mich verpflichte, die Rentenschuld nicht vor dem 1. Mai 1915 zu kündigen, und indem ich die Kündigungsfrist auf drei Monate festsetze. Ich beantrage die Eintragung und die Aushändigung des Rentenschuldbriefs an X — oder: ich beantrage die Eintragung unter Ausschließung der Erteilung eines Rentenschuldbriefs —."

Der Eintragungsvermerk kann so gefaßt werden:

„Vierhundert Mark vom 1. Mai 1900 an jährlich am 1. Mai, am 1. August, am 1. November und am 1. Februar mit je hundert Mark zahlbare Rentenschuld, ablösbar mit zehntausend Mark für X mit dem Bemerken, daß der Eigentümer die Rentenschuld erst vom 1. Mai 1915 an mit dreimonatiger Frist kündigen darf, eingetragen am . . ."

Das Muster eines Rentenschuldbriefs ist als Anlage G der PAV. v. 20. Nov. 1899 beigefügt.

7. Ein beim Intrafttreten des Liegenschaftsrechts bestehendes der Rentenschuld ähnliches Recht bleibt mit seinem bisherigen Inhalt und Range bestehen (EG. z. BGB. Art. 184). Eine Umwandlung in eine Rentenschuld des BGB. tritt kraft Reichsrechts nicht ein. Doch kann dies von der Landesgesetzgebung nach § 218 EG. z. BGB. angeordnet werden. Dies ist für das Münchener Ewiggeld durch Art. 47 bayer. ÜbergG. geschehen. (Biermann Vorbem. S. 427, Kober Vorbem. IV S. 539, Habicht § 44 S. 504.)

§ 1200.

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen, auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld.

1. Aus Abs. 1 des § 1200 ergibt sich die Anwendung des § 1145 Abs. 2, ferner die Anwendung der §§ 1158, 1159 auf die Übertragung, des § 1178 auf das Erlöschen der Rentenschuld für Rückstände (vgl. Anm. 1 a–c S. 658), des § 197 in Verb. mit § 902 Abs. 1 Satz 2 auf die Verjährung von Renten, des § 289, wonach von Renten Verzugszinsen nicht zu entrichten sind, endlich des § 1119, wonach die Rente, wenn sie fünf von Hundert der Ablösungssumme nicht erreicht, bis zu diesem Betrag ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten erhöht werden kann (so auch Planck Nr. 1 zu § 1200; a. M. Gierke SR. S. 868 A. 36). Letztes wird kaum vorkommen, da der Eigentümer gegen Kündigung des Gläubigers durch § 1201 Abs. 2 geschützt ist.

2. Die Vorschrift des Abs. 2 des § 1200 hat namentlich zur Folge, daß der Eigentümer durch Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger die Rentenschuld erwirbt, und zwar nicht bloß eine Grundschuld in Höhe der Ablösungssumme, sondern auch das Recht auf die Renten (Planck Nr. 2, Biermann Abs. 2, Kober Nr. 2 zu § 1200, Gierke SR. S. 918 A. 12, Leske S. 575, Oberneck 1 S. 1024; a. M. Maenner §§ 69, 70 u. Endemann § 133 A. 13). Denn wie durch Zahlung des Grundschuldkapitals nicht bloß die Grundschuldsumme, sondern auch das dafür bestellte Zinsrecht auf den zahlenden Eigentümer übergeht, so auch durch Zahlung der Ablösungssumme nicht bloß diese, sondern auch das Recht auf die Renten, welche ja den Zinsen gleichgestellt sind. Da ferner auf die Ablösungssumme die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, so ist anzunehmen, daß in allen Fällen, wo die Grundschuld dem Eigentümer zusteht (vgl. § 1163 Abs. 2, § 1168), auch die Rentenschuld dasselbe Schicksal erleidet. Überträgt der Eigentümer das in seiner Person mit dem Eigentum vereinigte Rentenschuldrecht ohne Umwandlung weiter, so erwirbt der neue Gläubiger das vom Durchgange durch die Person des Eigentümers in seinem Inhalte nicht berührte ursprüngliche Rentenschuldrecht.

3. Die Rentenschuld wird, je nachdem die Erteilung des Briefes erfolgt oder ausgeschlossen ist, nach den Vorschriften der §§ 1154, 1155 oder, wenn der Rentenschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt ist, nach den Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber übertragen (vgl. § 1195 mit Anm.).

4. Für das Zwangsversteigerungsverfahren vgl. § 10 Nr. 4, § 45 Abs. 2, § 92 Abs. 3 ZVG.

§ 1201.

Das Recht zur Ablösung steht dem Eigentümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des § 1133 Satz 2 ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen.

1. In der absoluten Unkündbarkeit seitens des Gläubigers liegt die wesentlichste Bedeutung der Rentenschuld. Dem Gläubiger kann das Kündigungsrecht auch nicht vom Eigentümer eingeräumt werden. Es hat zwar nicht an Versuchen gefehlt, die Zulassung eines vertragsmäßigen Kündigungsrechts des Gläubigers wenigstens für den Fall durchzusetzen, daß der Eigentümer mit der Entrichtung der Rente für zwei aufeinander folgende Termine in Verzug geraten ist. Es wurde darauf hingewiesen, daß man den Kapitalisten nicht zwingen könne, dem Schuldner sein Geld unter bestimmten Bedingungen zu geben, und daß sich nicht leicht jemand finden werde, der Geld herleihe, wenn die gesetzlichen Bedingungen so ungünstig seien, daß auch nicht im Falle andauernder Säumnis des

Digitized by Google

Schuldners der Gläubiger sich die Ablösung der Rente ausbedingen könne. Die Mehrheit der 2. Kommission entschied sich jedoch mit Rücksicht darauf, daß die zunächst Beteiligten mit Bestimmtheit erklärten, sie erhofften gerade von der absolut unkündbaren Rentenschuld erhebliche Vorteile für den Kredit des Grundbesitzes, insbesondere des landwirtschaftlichen Grundbesitzes, dafür, die Rentenschuld diesen Wünschen entsprechend als absolut unkündbar zu gestalten, um eine ehrliche Probe zu ermöglichen. Darüber war man allseitig einverstanden, daß der Gläubiger nach § 1133 Satz 2 BGB. die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke sofort verlangen dürfe, wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet und die Gefährdung nicht innerhalb einer vom Gläubiger dem Eigentümer bestimmten Frist durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Sicherheitsbestellung mit einem Grundstücke beseitigt werde (§ 1201 Abs. 2 Satz 2). (Prot. III S. 780 D.) Wenn dem Gläubiger auch versagt ist, die Ablösung bei Säumnis des Eigentümers in der Rentenzahlung zu verlangen, so kann er doch wegen jeder fälligen Rente sofort die Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen und damit die Fälligkeit der Ablösungssumme erzielen (Gierke SR. S. 917).

2. Das Verbot des Abs. 2 Satz 1 hat zur Folge, daß die Zahlung einer bestimmten Rente nicht für eine beschränkte Dauer in der Weise festgesetzt werden kann, daß die Rente zu einem gewissen Betrag als Kapitalablösung gelten und die Ablösungssumme sich von Jahr zu Jahr nach Maßgabe eines Tilgungsplans verringern soll; denn damit würde dem Gläubiger das Ablösungsrecht für jeden Rentenzahlungstermin zu einem bestimmten Betrag eingeräumt. Wird solche Verabredung getroffen, so wird damit in Wahrheit keine Rentenschuld begründet, sondern eine von seiten des Gläubigers unkündbare, allmählich zu tilgende, verzinsliche Grundschuld (§ 1193 Abs. 2). Für derartige amortisierbare Belastungen ist aber die Rentenschuld nicht geschaffen; dazu reichen die Institute der Amortisations-Hypothek und -Grundschuld aus. (KG. RJA. 1 S. 122.) Der gleiche wirtschaftliche Zweck kann durch Begründung einer Reallastrente erreicht werden, die während einer gewissen Reihe von Jahren zur Verzinsung und Tilgung eines dem Grundstückseigentümer gegebenen Kapitals aus dem Grundstücke zu entrichten ist (KG. JW. 21 S. A 312). Vgl. auch Gierke SR. S. 916 A. 5, 6. Die Bewilligung der Eintragung einer Rentenschuld ist insoweit nichtig, als darin dem Gläubiger, abgesehen vom § 1133, das Kündigungsrecht eingeräumt wird. Die Eintragung ist abzulehnen, wenn nicht ohne weiteres oder auf Anfrage beim Eigentümer anzunehmen ist, daß die Rentenschuld auch ohne das Kündigungsrecht eingetragen werden soll (vgl. § 139 BGB.).

3. Im Falle des § 1133 hat der Gläubiger zu beweisen, daß sein Recht auf die fortdauernde Leistung der Rente gefährdet ist. Der Nachweis, daß die Sicherheit der Ablösungssumme gefährdet sei, ist weder genügend, noch erforderlich.

4. Erlischt im Zwangsvollstreckungsverfahren durch den Zuschlag die Rentenschuld, so bestimmt sich der Betrag des an ihre Stelle tretenden Anspruchs auf Ersatzleistung durch die Ablösungssumme (ZVG. § 92 Abs. 3).

5. Wird infolge der Enteignung des belasteten Grundstücks dieses von der Rentenschuld frei, so kann der Gläubiger die Zahlung der Ablösungssumme aus der dem Eigentümer gebührenden Entschädigung verlangen (PrEnteigG. v. 11. Juni 1874 § 45).

6. Das Einlösungsrecht des Eigentümers (§ 1201 Abs. 1) kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden. Vgl. darüber § 1202.

§ 1202.

Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein anderes bestimmt ist.

Eine Beschränkung der Kündigungsfrist ist nur so weit zulässig, daß der Eigentümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann.

Hat der Eigentümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen.

1. Der Eigentümer hat nach dem Ablaufe der Zeit, während der die Kündigung seinerseits nicht stattfinden kann, demnächst noch die Kündigungsfrist einzuhalten. Ohne Kündigung tritt das Ablösungsrecht des Eigentümers nicht ein (§ 1202 Abs. 1 Satz 1).

Die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Monaten ist nur dann maßgebend, wenn von den Beteiligten nicht eine andere bestimmt ist. Sie kann also verlängert und verkürzt werden. Sie darf aber nicht dergestalt verlängert werden, daß darin eine unzulässige Ausdehnung der Beschränkung des Kündigungsrechts des Eigentümers enthalten ist. Ist z. B. das Kündigungsrecht bis zur äußersten Zulässigkeitsgrenze (vgl. Anm. 2) ausgeschlossen und hat der Eigentümer die Kündigungsfrist auf mehrere Jahre bestimmt, so gilt diese Kündigungsfrist überhaupt nicht und der Eigentümer kann das Ablösungsrecht nach Ablauf der gesetzlichen sechsmonatigen Frist ausüben. Dies ergibt § 1202 Abs. 2.

2. Für Preußen ist auf Grund des Vorbehalts im § 117 EG. z. BGB. durch Art. 32 PAG. z. BGB. bestimmt, daß das Kündigungsrecht des Eigentümers bei Rentenschulden nur so weit ausgeschlossen werden kann, daß der Eigentümer nach zwanzig Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist kündigen kann (vgl. S. 749 f.).

3. Die Beschränkung des Kündigungsrechts ist eine durch Gesetz zugelassene Verfügungsbeschränkung des Eigentümers im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sie ist daher gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers des mit der Rentenschuld belasteten Grundstücks nur dann wirksam, wenn sie entweder im Grundbuch eingetragen ist oder ihm beim Erwerbe bekannt war. Ist die Beschränkung nicht wirksam, so steht dem neuen Eigentümer das Kündigungsrecht sofort zu.

Die wirksame Beschränkung des Kündigungsrechts gilt für beide Teile, für den Eigentümer und für den Gläubiger. Eine vorzeitige Kündigung des Eigentümers braucht sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen; nimmt er aber die Kündigung ohne Widerspruch an, so kann ihm auch die Befugnis nicht versagt werden, nach Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen. In solchem Falle wird, wie durch die Kündigung nach Ablauf der Ausschlußfrist, die Rentenschuld für beide Teile zur Ablösung fällig (§ 1202 Abs. 3).

§ 1203.

Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich.

1. Die Umwandlung erfordert die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und, falls die Rentenschuld mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten sowie die Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch (§ 877; vgl. Anm. d S. 686). Ist die Rentenschuld für den Eigentümer bestellt oder auf den Eigentümer übergegangen (§§ 1196, 1199; Anm. 2 zu § 1200 S. 1083), so bedarf es zur Umwandlung nur der einseitigen formgerechten (GBO. § 29) Erklärung des Eigentümers.

Bei der Umwandlung wird die Ablösungssumme zum Grundschuldkapital und die Rente zum Zins (§ 1200). Hierbei kann die Rente zu einem Zins bis zu fünf vom Hundert des Grundschuldkapitals erhöht werden (§ 1119). Zu einer Erweiterung der bisherigen Belastung hierüber hinaus bedarf es der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten. Eine Beschränkung der Belastung, z. B. durch Herabsetzung des Grundschuldkapitals unter den Betrag der Ablösungssumme, ist ohne weiteres zulässig. Daß, wie

Biermann (zu § 1203) meint, die Grundschuldsumme höher als die Ablösungssumme sein dürfe, wenn die Zinsen niedriger als die Renten seien, ist, auch vorausgesetzt, daß die Belastung des Grundstücks im ganzen die gleiche bleibt, nicht angängig. Einer derartigen Vermengung von Kapital und Zinsen steht der § 1200 Abs. 1 entgegen. Außerdem würde aber das augenblickliche Gleichgewicht der alten und der neuen Belastung durch die nach § 1119 zulässige nachträgliche Erhöhung des Zinssatzes arg ins Schwanken gebracht werden können. (So auch Planck Nr. 2 und Kober Nr. 2 zu § 1203.)

2. Eine Rentenschuld kann nicht nur in eine Grundschuld, sondern auch in jede andere Belastungsform (Hypothek, Sicherungshypothek) umgewandelt werden, ohne daß es des Durchgangs durch die zunächst liegende Belastungsform bedarf (vgl. Anm. zu § 1198 S. 1078 ff. und zu § 1186 S. 997 ff.; gleicher Ansicht Planck, Biermann, Böhm, Oberneck, Kober).

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

§ 1205. Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.

Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt.

§ 1206. An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

§ 1207. Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung.

§ 1208. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des § 932 Abs. 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 1209. Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist.

§ 1210. Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Ist der persönliche Schuldner nicht der

Eigentümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert.

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

§ 1211. Der Verpfänder kann dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Verpfänder nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

§ 1212. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden.

§ 1213. Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen.

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll.

§ 1214. Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig.

§ 1215. Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet.

§ 1216. Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen.

§ 1217. Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort, so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt.

§ 1218. Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige untunlich ist.

§ 1219. Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen.

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes. Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen.

§ 1220. Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Im Falle der Wert-

minderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist.

Der Pfandgläubiger hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind.

§ 1221. Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken.

§ 1222. Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung.

§ 1223. Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben.

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

§ 1224. Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

§ 1225. Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung.

§ 1226. Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 1227. Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

§ 1228. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.

§ 1229. Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

§ 1230. Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

§ 1231. Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze des Pfandes, so kann er nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern. Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen; der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen.

§ 1232. Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.

§ 1233. Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 zu bewirken.

Digitized by Google

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen.

§ 1234. Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untuntich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

§ 1235. Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken.

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung.

§ 1236. Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

§ 1237. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untuntich ist.

§ 1238. Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht.

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird.

§ 1239. Der Pfandgläubiger und der Eigentümer können bei der Versteigerung mitbieten. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen.

Das Gebot des Eigentümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Das gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet.

§ 1240. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen.

§ 1241. Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.

§ 1242. Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird.

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

§ 1243. Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1228 Abs. 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen wird.

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadenersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

§ 1244. Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind.

§ 1245. Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren. Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden.

§ 1246. Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt.

Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet das Gericht.

§ 1247. Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes.

§ 1248. Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.

§ 1249. Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die Vorschriften des § 268 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 1250. Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht.

§ 1251. Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen.

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein. Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten wird.

§ 1252. Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht.

§ 1253. Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat.

§ 1254. Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen. Das gleiche Recht hat der Eigentümer.

§ 1255. Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe.

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

§ 1256. Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.

§ 1257. Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung.

§ 1258. Besteht ein Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigentümers bedarf; er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten.

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Anteils bleibt unberührt.

§ 1259. Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1260 bis 1271.

§ 1260. Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigentümers des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister erforderlich. Die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und des § 878 finden entsprechende Anwendung.

In der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz angegeben werden. Zur näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

§ 1261. Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879 bis 881 und des § 1151.

§ 1262. Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist.

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des § 936 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigentum ohne Übergabe erlangt; die Vorschrift des § 936 Abs. 3 findet keine Anwendung. Wird ein Pfandrecht, welches dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des § 1208 Satz 1 Anwendung.

§ 1263. Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§ 894, 895, 897, 898 verlangt werden.

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht worden, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 899 Abs. 2 eingetragen werden. Solange der Wider-

spruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre.

§ 1264. Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatze. Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1118.

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

§ 1265. Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Schiffes gelangt sind.

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§ 1121, 1122 entsprechende Anwendung.

§ 1266. Die Vorschriften der §§ 1205 bis 1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung die Pfandrechts zu verlangen.

§ 1267. Der Verpfänder kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat.

§ 1268. Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehöre nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen.

§ 1269. Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 oder die im § 1171 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Pfandrecht. Die Vorschrift des § 1171 Abs. 3 findet Anwendung.

§ 1270. Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des § 1189, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des § 1188 entsprechende Anwendung.

§ 1271. Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Schiff haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

§ 1272. Die Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart.

Zweiter Titel.

Pfandrecht an Rechten.

Übersicht.

I. Man unterscheidet drei Arten der Begründung des Fahrnispfandrechts: durch Rechtsgeschäft, durch Gesetz und durch Pfändung. Das BGB. ordnet nur die rechtsgeschäftliche Begründung.

Das Fahrnispfandrecht umfaßt das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten. Die Erstreckung auf Rechte, die dem älteren römischen Rechte unbekannt war, ist

den modernen Gesetzgebungen geläufig (vgl. PAR. I 20 §§ 281 ff.). Von den Rechten an Grundstücken, die hier allein interessieren, scheiden das Erbbaurecht (BGB. § 1017), das Bergwerk (EG. z. BGB. Art. 67) und die aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Rechte (Art. 37 Nr. I, XIII, Art. 38, 40 PAG. z. BGB. und Art. 22 PAG. z. GBO.), auf die § 1017 BGB. entsprechende Anwendung findet, aus, weil Pfandrechte an diesen nach den §§ 873 ff. zu bestellen wären, an ihnen aber nur Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, deren pfandrechtliche Natur bestritten ist, Reallasten, Dienstbarkeiten und Vorkaufsrechte bestellt werden können. An den übrigen Rechten an Grundstücken ist ein Pfandrecht nur so weit möglich, als diese Rechte übertragbar sind (§ 1274 Abs. 2).

II. Nach §§ 40, 41 KO. v. 1877 stand den Pfandrechten an Forderungen und sonstigen Vermögensrechten Wirksamkeit im Konkurse nur zu, wenn sie Faustpfandrechtseigenschaft im Sinne der KO. hatten. Die Mindesterfordernisse dieser Eigenschaft waren in den §§ 15, 16 EG. z. KO. bestimmt. Dem Vorkommen von gesetzlichen oder vertraglichen Pfandrechten, die nur außerhalb des Konkurses wirken könnten, war entgegengetreten durch die zu den Reichsjustizgesetzen ergangenen Landesausführungsgesetze, die, wenn die Wirkung im Konkurse versagt war, auch die Wirkung außerhalb des Konkursverfahrens entzogen (PAG. v. 6. März 1879 § 7). Durch das G., betr. Änd. der KO., v. 17. Mai 1898 und des EG. dazu sind jene §§ 40, 41 (jetzt 48, 49) wesentlich geändert und die §§ 15, 16 EG. v. 1877 aufgehoben (EG. v. 17. Mai 1898 Art. II Nr. 4). Die Anwendung des Begriffes „Faustpfand" auf Rechte ist aufgegeben, und für die Wirksamkeit des Pfandrechts an Rechten inner- und außerhalb des Konkurses sind lediglich die Bestimmungen des BGB. maßgebend. Ein nach jenen älteren Vorschriften vor dem Inkrafttreten des BGB. begründetes Pfandrecht bleibt in einem nach diesem Zeitpunkt eröffneten Konkursverfahren wirksam, auch wenn es den Anforderungen des BGB. nicht genügt. Das ergibt sich aus Art. VI EG. v. 17. Mai 1898 in Verb. mit Art. 184 EG. z. BGB. (Hahn-Mugdan, Mater. VII S. 261).

III. Die Entstehung des Pfändungspfandrechts an Rechten an Grundstücken ist in den §§ 830, 837, 857 Abs. 3—6 ZPO. geregelt.

§ 830. Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Wird die Übergabe im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt, so gilt sie als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt. Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich; die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses.

Wird der Pfändungsbeschluß vor der Übergabe des Hypothekenbriefs oder der Eintragung der Pfändung dem Drittschuldner zugestellt, so gilt die Pfändung diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit es sich um die Pfändung der Ansprüche auf die im § 1159 BGB. bezeichneten Leistungen handelt. Das gleiche gilt bei einer Sicherungshypothek im Falle des § 1187 BGB. von der Pfändung der Hauptforderung.

§ 837. Zur Überweisung einer gepfändeten Forderung, für welche eine Hypothek besteht, genügt die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger. Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so ist zur Überweisung an Zahlungs Statt die Eintragung der Überweisung in das Grundbuch erforderlich; die Eintragung erfolgt auf Grund des Überweisungsbeschlusses.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit es sich um die Überweisung der Ansprüche auf die im § 1159 BGB. bezeichneten Leistungen handelt. Das gleiche gilt bei einer Sicherungshypothek im Falle des § 1187 BGB. von der Überweisung der Hauptforderung.

Bei einer Sicherungshypothek der im § 1190 BGB. bezeichneten Art kann die Hauptforderung nach den allgemeinen Vorschriften gepfändet und überwiesen werden, wenn der Gläubiger die Überweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungs Statt beantragt.

§ 857 Abs. 3 bis 6. Ein unveräußerliches Recht ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in unveräußerliche Rechte, deren Ausübung einem anderen überlassen werden kann, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen; in diesem Falle wird die Pfändung durch Übergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußerung des Rechtes selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gericht angeordnet werden.

Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung.

Die Vorschriften der §§ 830, 837 ZPO. sind den Bestimmungen über die Abtretung von Hypothekenforderungen in §§ 1154, 1159, 1187 Satz 3, 1190 Abs. 4 BGB. angepaßt. Im übrigen vgl. über die Pfändung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden die Überf. 5 b S. 689 ff. § 857 Abs. 3 ZPO. entspricht in der Ausdrucksweise den §§ 1059, 1092 BGB. Das Prinzip ist schon in den §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1 ZPO. enthalten. Die Pfändung der auch ihrer Ausübung nach unveräußerlichen Rechte ist nicht zulässig. Geht das gepfändete Recht nicht auf Geld, so ist nach § 849 ZPO. Überweisung an Zahlungs Statt nicht zulässig. Eine Sicherung des Pfändungspfandrechts durch Vormerkung ist nicht möglich (RG. E. 56 S. 9).

Die Frage, inwieweit eine Reallast überhaupt der Pfändung unterliegt, beantwortet sich aus §§ 1110, 1111 Abs. 2 BGB. in Verb. mit §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO. (vgl. S. 539 f., 653).

IV. Die §§ 1273—1278 BGB. enthalten Regeln für das Pfandrecht an allen Arten von Rechten, die §§ 1279—1290 besondere Vorschriften, die neben jenen für das Pfandrecht an Forderungen gelten. Von den Forderungen interessiert hier nur die Hypothek, der im § 1291 die Grund- und Rentenschuld angereiht ist. Die §§ 1292—1296 bestimmen über das Pfandrecht an Wertpapieren.

§ 1273.

Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein anderes ergibt. Die Anwendung der Vorschriften des § 1208 und des § 1213 Abs. 2 ist ausgeschlossen.

1. Das Pfandrecht an Rechten wird den sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. eingereiht. Dadurch wird es nicht zu einem Sachenrechte, das Recht nicht zu einer Sache gestempelt, sondern es soll nur die Analogie, die zwischen dem Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Forderungen besteht, hervorgehoben werden. Juristisch läßt sich das Pfandrecht nur als Recht an einem Rechte konstruieren; das Recht an einem Rechte ist aber ebenso wie das Recht an einer Sache dinglicher Natur (vgl. Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhält. durch Vereinigung S. 136; Biermann Nr. 3 zu § 1068; Fuchs 1 S. 34 Nr. 39 b). Jene Analogie führt zur entsprechenden Anwendung der für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften, aber nur so weit, als eine Analogie zwischen Recht und Sache möglich ist.

2. „Eine Beschränkung der Möglichkeit des Pfandrechts an Rechten auf gewisse, einzeln aufzuzählende Rechte enthält das BGB. nicht. Ebensowenig werden gewisse Rechte ausgenommen . . . Die nötige Begrenzung gibt § 1274 Abs. 2, der die Übertragbarkeit eines Rechtes zur Voraussetzung der Verpfändbarkeit macht. Das BGB. setzt ein bestehendes Recht als Gegenstand des Pfandrechts voraus. Ein Pfandrecht an einem erst zu begründenden

Rechte des Inhalts, daß der Gläubiger, statt die Sache zu verkaufen, sie mit einem Rechte solle belasten können, um auf diesem Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen, würde auf der zu belastenden Sache ruhen und dem Gläubiger anomale Realisierungsbefugnisse verleihen, kraft deren der Gläubiger das Pfand nicht verkauft, sondern belastet. Die dingliche Vereinbarung eines derartigen Realisierungsmodus zuzulassen, liegt kein Bedürfnis vor." (Mot. III S. 852.)

3. „Der Umstand, daß beim Pfandrecht an Rechten in vielen Fällen jeder Besitz und jede Verwahrung des Pfandes auf seiten des Gläubigers fehlt, bringt eine gewisse Ähnlichkeit dieses Pfandrechts mit der Hypothek hervor und macht eine Reihe von Bestimmungen über das Faustpfandrecht unanwendbar, schließt indessen nicht aus, daß im allgemeinen die Bestimmungen über das Faustpfandrecht für entsprechend anwendbar auf das Pfandrecht an Rechten erklärt werden, vorbehaltlich der Beschränkungen, die sich von selbst aus jener Eigentümlichkeit und den weiter bestimmten Besonderheiten für das Rechtspfandrecht ergeben" (Mot. III S. 852). Demgemäß ist im § 1273 Abs. 2 Satz 1 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen vorgeschrieben, soweit sich nicht aus den §§ 1274—1296 ein anderes ergibt. Im Satz 2 das. ist die Anwendung der §§ 1208, 1213 Abs. 2 ausgeschlossen. § 1208 schützt den redlichen Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen vor älteren Rechten Dritter, mit denen die Sache belastet ist. Diese Vorschrift beruht darauf, daß der Gläubiger auf Grund der Tatsache, daß der Verpfänder der beweglichen Sache in deren Besitz ist, annehmen darf, daß die Sache mit Rechten Dritter nicht belastet ist (§§ 932 Abs. 1 Satz 2, § 936 Abs. 1 Satz 1). Diese ratio trifft bei dem Pfandrecht an Rechten offenbar nicht zu, da ein Besitz (im engeren Sinne) an Rechten nicht möglich, die Herrschaft über das Recht nicht sinnlich wahrnehmbar ist. Auch ist es klar, daß der, der ein Pfandrecht am Rechte erwirbt, nicht günstiger gestellt sein kann, als der, dem das Recht überhaupt übertragen wird (Mot. III S. 855; Prot. III S. 519 V). „Aus der analogen Anwendung des § 1213 Abs. 2 würde sich ergeben, daß, sobald das Recht ein fruchttragendes ist, d. h. sobald es Erträge liefert und nicht bloß Gebrauchsvorteile gewährt, die Erweiterung des Inhalts des Pfandrechts auf die Beziehung der Erträge des verpfändeten Rechtes als vereinbart anzunehmen ist. Eine solche Willensauslegung entspricht beim Pfandrecht an Rechten nicht dem gewöhnlichen Parteiwillen; in der Regel ist, zumal im Hinblick auf das Wesen und den Zweck des Pfandrechts im engeren Sinne, anzunehmen, daß der Berechtigte nicht schon durch die Begründung des Pfandrechts aus dem Genusse seines Rechtes sich hat setzen lassen wollen." (Mot. III S. 857; Prot. III S. 521 X.) Außerdem können nicht analog angewendet werden § 1207, weil bei Rechten, abgesehen von den Inhaberpapieren, von Besitzerwerb und Übergabe keine Rede sein kann (Prot. III S. 519 V), § 1212, weil von Erzeugnissen, die von einem Rechte getrennt werden, nicht gesprochen werden kann, und die von der Realisierung des Pfandrechts handelnden §§ 1219—1221, 1228 Abs. 1, 1230—1244, 1247, 1248, weil diese Frage für das Pfandrecht an Rechten in den §§ 1277, 1282 ff. besonders geregelt ist (anders jedoch in den Fällen der §§ 1293, 1295; RG. JW. 1905 S. 691 Nr. 15). Für die Anwendbarkeit der §§ 1247, 1248 spricht sich aber Biermann Nr. 2 b zu § 1273 aus. Direkt für anwendbar sind erklärt im § 1274 Abs. 1 die §§ 1205, 1206, im § 1275 der § 1217 Abs. 1, im § 1277 die §§ 1229, 1245 Abs. 2, im § 1283 Abs. 3 der § 1228 Abs. 2. Für den Fall des § 1274 Abs. 1 Satz 2 werden außer §§ 1205, 1206 auch die §§ 1215, 1216, 1217 Abs. 2, 1218, 1223—1227, 1251 anzuwenden sein. Die Anwendbarkeit des § 1253 für diesen Fall ist im § 1278 direkt ausgesprochen. Anwendbar sind ferner §§ 1209—1211, 1213 Abs. 1, 1214, 1222, 1228 Abs. 2, 1249, 1250, 1252, 1254, 1255, 1257, 1258.

Zur entsprechenden Anwendung kommt u. a. auch § 1256 (S. 1091). Danach erlischt das Pfandrecht an einem Rechte, wenn der Pfandgläubiger Gläubiger des verpfändeten Rechtes wird. Bestehen an dem Rechte anderweitige Rechte Dritter, d. h. weitere Pfandrechte oder ein Nießbrauch, so tritt das Erlöschen erst ein, wenn diese Rechte fortfallen.

Digitized by Google

Hat der Pfandgläubiger ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts, so gilt dieses als nicht erloschen. So kann z. B. der Gläubiger gewordene Pfandgläubiger Befriedigung aus dem verpfändeten Rechte vor den im Range ihm nachstehenden Pfandgläubigern verlangen, als ob sein Pfandrecht noch bestände. Die weiteren Fälle der Konfusion sind im BGB. bei dem Faustpfandrecht ebensowenig behandelt, wie beim Nießbrauche. Treffen die Eigenschaften als Pfandgläubiger und als Schuldner der verpfändeten Forderung in einer Person zusammen, so geht das Pfandrecht nicht unter, sondern bleibt insoweit bestehen, als es den Gläubiger der verpfändeten Forderung in der Verfügung über diese beschränkt (vgl. Windscheid I § 239 Nr. 2). Treffen endlich Gläubiger- und Schuldnerschaft in Beziehung auf die verpfändete Forderung in einer Person zusammen, so wirkt diese Vereinigung nicht gegen den Pfandgläubiger (Mot. III S. 867, 550; Prot. III S. 536 V). Sein Recht kann durch diese seiner Person fremde Tatsache nicht berührt werden. Doch ist diese Frage in der Literatur streitig (vgl. Schwedler S. 147). Für den Fall der Eigentümerhypothek und für die Fälle des Zusammentreffens des Rechtes an einem Grundstücke mit dem Eigentum an demselben Grundstücke (§ 889) können Zweifel nicht entstehen, da auch das Recht selbst durch Konfusion nicht erlischt.

Bezahlt der Eigentümer des haftenden Grundstücks die Forderung, für die der Hypothekengläubiger seine Hypothek an einen Dritten verpfändet hat, so findet § 1225 keine Anwendung, da der Eigentümer nicht eine fremde, sondern seine eigene Schuld bezahlt. Infolge davon geht die Hypothek auf ihn als Eigentümergrundschuld über. Der § 777 findet auf diesen Fall keine Anwendung. (RG. V 139. 05.)

4. Wird eine Forderung, zu deren Sicherheit ein eingetragenes Recht besteht, übertragen, so geht das Pfandrecht von selbst ohne Eintragung auf den neuen Gläubiger über (§§ 1273, 1250 Abs. 1 Satz 1; vgl. Prot. III S. 518 II). Die Eintragung, die nach § 894 verlangt werden kann, ist nur wegen §§ 892, 893 ratsam; sie hat nicht die Wirkung, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf das Bestehen der Forderung oder auf die Person des Forderungsberechtigten erstreckt (Denkschr. z. GBO. S. 43). Dagegen steht sie sonst unter dem Schutze des Grundbuchgutglaubens, so daß z. B. ein durch Eintragung gutgläubig erworbenes Pfandrecht an einer Buchhypothek einem an ihr bestehenden, aber irrtümlich gelöschten Nießbrauch oder älteren Pfandrechte vorgeht (Gierke SR. S. 1011 Anm. 21).

5. Pfandrechte, mit denen ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen (EG. z. BGB. Art. 184).

6. Über den kaum vorkommenden Fall der Verpfändung vorgemerkter Ansprüche (BGB. § 883) vgl. Reichel, Die Umschreibung der Vorm. S. 27—45.

§ 1274.

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Ist zur Übertragung des Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung.

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden.

1. Vorschriften des § 1274 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 entsprechen den für den Nießbrauch an Rechten im § 1069 gegebenen Vorschriften. Die in den Anm. 1—3 zu § 1069 S. 611 f enthaltenen Ausführungen treffen auch hier zu. Die nicht übertragbaren Rechte an Grundstücken sind in der Vorbem. Nr. III b S. 538 f. zusammengestellt. Der Regel nach wird das Pfandrecht an Rechten an Grundstücken durch (formlose) Einigung und Eintragung erworben (BGB. § 873). Unter dieser Regel steht insbesondere die Pfändung der Buch

hypothek (§§ 1274, 1154 Abs. 3), die nach dem bisherigen preuß. Rechte auch ohne Eintragung (EigG. § 54) durch schriftliche Erklärung und Aushändigung der Schuldurkunde erfolgen konnte (vgl. Turnau I S. 440 Abs. 2). Einer nachträglichen Briefbildung bedarf es ebensowenig wie bei der Zession. Von der Anzeige der Verpfändung an den Schuldner (BGB. § 1280) ist die Entstehung und Gültigkeit des Pfandrechts nicht abhängig (vgl. Begr. z. Entw. e. G., betr. Änd. d. ZPO., zu § 731). Die Anzeige hat hier nur die Bedeutung, dem Schuldner die Berufung auf § 893 BGB. zu entziehen. Notwendig Buchhypothek ist die Sicherungshypothek (BGB. §§ 1184, 1185). Sie kann daher nur nach §§ 873, 1154 Abs. 3 verpfändet werden. Dasselbe gilt bezüglich der als Sicherungshypothek geltenden Maximalhypothek; doch ist hier eine Verpfändung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 398 ff.) zulässig, die aber nach §§ 1274, 1190 Abs. 4 nur die persönliche Forderung, nicht die Hypothek ergreift (ZPO. § 837 Abs. 3 vgl. S. 1093).

Die Regel (§§ 873, 878) ist durchbrochen:

a. bezüglich der hypothekarischen Forderungen auf (zur Zeit der Verpfändung vorhandene) Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen sowie auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 BGB. haftet. Ihre Verpfändung erfolgt nach §§ 1274, 1159, 398, 403 durch einen (an keine Form gebundenen) Vertrag und durch Anzeige an den Schuldner (§§ 1280). Die Vorschriften des § 892 finden auf das Pfandrecht an solchen Forderungen keine Anwendung. Auch ihre Pfändung und Überweisung folgt den allgemeinen Vorschriften (ZPO. §§ 830 Abs. 2, 837 Abs. 2);

b. bezüglich der Briefhypothek. Diese kann rechtswirksam nur verpfändet werden durch schriftliche Pfanderklärung und durch Übergabe des Hypothekenbriefs. Eintragungen und Anzeigen an den Schuldner sind nicht erforderlich, können aber erfolgen. Die Eintragung ersetzt den Mangel der schriftlichen Form der Verpfändungserklärung, nicht aber die Übergabe des Hypothekenbriefs (wie bisher; OTrib. E. 8 S. 215, Bd 49 S. 339, Arch. 38 S. 44, Bd 42 S. 4, E. 49 S. 339; RG. E. 3 S. 261, Bd 22 S. 329, E. in Straff. 7 S. 364). Schriftliche Annahme der Verpfändungserklärung ist, wie nach bisher. Rechte (RG. Gruch. 34 S. 482), nicht erforderlich. Auch wenn die Verpfändung sich als Handelsgeschäft darstellt, muß die Verpfändungserklärung in schriftlicher Form erfolgen, da das HGB. bezüglich der Formvorschriften — abgesehen von den im § 350 bestimmten, hier nicht zutreffenden Ausnahmen — vom BGB. nicht abweicht (so wie bisher RG. JW. 1897 S. 487 Nr. 86, 1898 S. 684 Nr. 76). Die Schriftform ist nach dem Grundsatze des § 126 BGB. nur gewahrt, wenn die Unterschrift des Verpfänders unter einer Urkunde steht, deren Inhalt die Verpfändung der Briefhypothekenforderung ergibt. Blankoverpfandung ist ebenso unzureichend wie für die Übertragung der Forderung die Blankozession (Prot. III S. 651). Auch die Grundschuld kann nach BGB. (abweichend vom § 55 PEigG.) nicht in blanco abgetreten werden. Damit ist jedoch nicht die Frage entschieden, ob die Urkunde vor der Unterschrift fertig gestellt sein muß oder ob sie nachträglich über die Unterschrift gesetzt werden kann. Mit der bisherigen Rechtsprechung, in der diese Frage gerade in Beziehung auf die Verpfändungserklärung häufig behandelt ist, hat man sich für die Bejahung der zweiten Alternative zu entscheiden unter der Voraussetzung, daß das Blankett nach dem erklärten Willen dessen, der die Unterschrift geleistet hat, ausgefüllt wird (vgl. RG. E. 14 S. 300 und die daf. angeführten Vorentscheidungen des OTrib. und ROHG.; ferner RG. E. 15 S. 61, Bd 27 S. 272, Bd 36 S. 241, Bd 51 S. 86, Bd 58 S. 169, JW. 1895 S. 607 Nr. 55, 1896 S. 204 Nr. 15, S. 290 Nr. 46, 1904 S. 196 Nr. 3, Gruch. 40 S. 921, Bd 41 S. 860). Was sich nach der Aushändigung des vom Verpfänder unterschriebenen Blanketts in der Person des Verpfänders zuträgt, Tod, Geschäftsunfähigkeit, oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit infolge von Entmündigung, Aufhebung der Verfügungsbefugnis infolge der Konkurseröffnung, kann an der Befugnis des Pfandgläubigers, das Blankett auszufüllen, nichts mehr ändern. Es kommt ausschließlich darauf an, ob

der Verpfänder zur Zeit der Übergabe des unterschriebenen Blanketts an den Pfandnehmer sich im Zustande unbeschränkter Geschäftsfähigkeit und unverminderter Verfügungsbefugnis befand. (RG. E. 58 S. 169.) Auch der Erbe des Pfandgläubigers kann das Blankett ausfüllen, wenn sein Erblasser dazu seitens des Pfandschuldners ermächtigt war (RG. JW. 1896 S. 290 Nr. 47). Derselbe Grundsatz, der für Blankette gilt, findet auch auf nachträgliche Änderungen des Inhalts der Verpfändungsurkunde Anwendung. War der Pfandschuldner mit der Änderung einverstanden, so gilt seine Unterschrift auch für diese (RG. E. 27 S. 272). Behauptet er, daß er zur Ausfüllung keinen Auftrag gegeben habe oder daß die Ausfüllung abredewidrig erfolgt sei, so trifft ihn die Beweislast (RG. JW. 1896 S. 204 Nr. 15). Ob das gleiche auch für nachträgliche Änderungen gilt, ist zweifelhaft, möchte aber wenigstens für den Fall zu verneinen sein, daß die Urkunde vor der Unterschrift fertiggestellt war. — Über die Frage, in welcher Weise die Pfandforderung in der Verpfändungsurkunde bezeichnet sein muß, vgl. RG. JW. 1896 S. 422 Nr. 65, Gruch. 40 S. 1001. — Ist der Hypothekenbrief nur auf Grund einer mündlichen Verpfändungserklärung übergeben, so entsteht kein Pfandrecht an der Hypothekenforderung; nach der bisherigen Rechtsprechung wurde aber überwiegend angenommen, daß dadurch, wenn auch kein Pfandrecht, so doch ein dingliches Retentionsrecht am Briefe entstehe (vgl. RG. E. 16 S. 169 c. cit., Bd 17 S. 58, Bd 20 S. 135, Bd 29 S. 302, Bd 51 S. 86, Gruch 28 S. 1044, Bd 31 S. 969, Bd 39 S. 423, JW. 1895 S. 26 Nr. 79, S. 131 Nr. 23, 1898 S. 684 Nr. 77). Da nach § 952 das Eigentum am Hypothekenbriefe dem Hypothekengläubiger zusteht und das Recht eines Dritten an der Forderung sich auch auf den Brief erstreckt, können Rechte am Briefe, die nicht zugleich auch an der Forderung bestehen, nicht begründet werden, der Brief also nicht ohne die Forderung verpfändet werden (RG. Gruch. 49 S. 365). Ein dingliches Retentionsrecht ist dem BGB. unbekannt. Damit erledigt sich die bisherige Rechtsprechung, aber nicht die Frage, ob der Empfänger den Brief an den Eigentümer oder den Hypothekengläubiger, von dem er seinen Besitz herleitet, oder an deren Rechtsnachfolger herausgeben muß. Die Frage wird (mit Neumann I S. 651 Anm. III 2 g) auf Grund der §§ 986 Abs. 1, 1117, 931, 986 Abs. 2 zu verneinen sein. Keinenfalls hat ein solcher Besitzer des Briefes ein Aussonderungsrecht im Konkurse (RG. E. 20 S. 136, Bd 51 S. 86, JW. 1898 S. 684 Nr. 77). Das RG. (V 361/96) hat angenommen, daß der Eigentümer des Pfandgrundstücks, der die Hypothekenforderung bezahlt oder deren Betrag hinterlegt hat, unter allen Umständen die Herausgabe des Briefes vom Besitzer, der den Besitz vom Hypothekengläubiger erlangt hat, verlangen könne (anders RG. Bolze 10 Nr. 118—120). Vgl. auch S. 695 Nr. 6.

Ist dem Erfordernisse der Schriftlichkeit genügt, aber der Hypothekenbrief nicht übergeben, so kann der Gläubiger, dem die Hypothek verpfändet werden soll, auf Übergabe des Briefes klagen (RG. E. 37 S. 316). Das Pfandrecht erlangt erst mit dem Augenblicke Wirkung, in dem der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (ZPO. § 897 Abs. 2). Die Übergabe wird auch bei der Verpfändung ersetzt nach § 1117 Abs. 2, 3 (Planck Nr. 2 a zu § 1274; a. M. Biermann Nr. 2 a zu § 1274).

Wird ein Teil einer Briefhypothekenforderung verpfändet, so braucht nicht ein Teilbrief gefertigt zu werden; es genügt die Übergabe des über die ganze Forderung lautenden Briefes. Nur wenn der Verpfänder über den nicht verpfändeten Teil verfügen will, muß ein Zweigbrief ausgefertigt werden (OTrib. Arch. 18 S. 57; RG. E. 3 S. 263, Bolze 16 Nr. 116). Hat der Pfandgläubiger sein Pfandrecht nicht eintragen lassen, so wird er Vorsicht bei Rückgabe des Briefes zum Zwecke der Zweigbriefbildung anzuwenden haben, da der Verpfänder gutgläubigen Dritten die ganze Forderung abtreten und damit das Pfandrecht vereiteln kann (§ 892 BGB.; OTrib. E. 70 S. 191). Ist eine Briefhypothek unter Übergabe des Briefes verpfändet, demnächst bei der Zwangsversteigerung aus dem bar zu zahlenden Erlöse voll zur Hebung gelangt, aber, weil der Ersteher Zahlung nicht geleistet hat, gelöscht und zugleich der entsprechende dem Gläubiger überwiesene Teil der Kauf-

gelderforderung gegen den Ersteher als Sicherungshypothek eingetragen, aber die Miteintragung des Pfandrechts unterblieben, so setzt sich trotzdem das Pfandrecht an der ursprünglichen Briefhypothek an der späteren Sicherungshypothek fort, da den Grundsätzen über Surrogation nicht nur die Rechte am Grundstücke, sondern auch die Rechte, die auf einem am Grundstücke bestehenden Rechte lasten, im Bereiche des Immobiliarzwangsvollstreckungsverfahrens unterliegen. Wer die Sicherungshypothek durch Pfändung, Überweisung und Eintragung erwirbt, muß das ältere Pfandrecht gelten lassen, weil ihm § 892 nicht zur Seite steht. (RG. E. 60 S. 221.)

c. bezüglich der Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann. Diese Forderungen werden nicht nach der Regel der §§ 873, 878 BGB. verpfändet; es genügt zur Entstehung des Pfandrechts schriftliche Einigung über die Verpfändung der Hypothek und Übergabe des Papiers nach §§ 1292, 1293 (§§ 1274, 1187). Ein Brief wird über solche Hypotheken nicht erteilt (§§ 1185, 1187); die Schuldurkunde, auf der die Eintragung der Sicherungshypothek vermerkt wird (GBO. § 44 Abs. 1), hat die Bedeutung eines solchen und ihre Übergabe dieselbe Wirkung, wie die des Hypothekenbriefs bei einer Vollhypothek (BGB. §§ 1154 Abs. 1 Satz 1, 1274).

Für die Verpfändung von Grund- und Rentenschulden gelten dieselben Vorschriften wie für die Verpfändung von Hypotheken (§§ 1291, 1192, 1199). Zur Verpfändung einer Inhabergrundschuld (§ 1195) ist Übergabe des Briefes und Einigung über die Entstehung des Pfandrechts erforderlich (§§ 1293, 1205).

2. „Bei dem Pfandrecht an einem eingetragenen Rechte, Hypothek, Grundschuld, Reallast, ergibt das Grundstück eine bestimmte Person als dinglich Berechtigten und wird in dieser seiner Angabe unrichtig, wenn das Pfandrecht der außerhalb des Buches nach den Zessionsgrundsätzen übertragenen Forderung einfach folgt . . . Besondere Unzuträglichkeiten ergeben sich hieraus jedoch nicht. Der bei einem gebuchten Rechte als Pfandgläubiger Eingetragene ist für den Eigentümer der buchmäßig Berechtigte, gegenüber dem nach § 893 alle vorkommenden Rechtsgeschäfte ohne Gefahr vorgenommen werden können, solange dem Eigentümer nicht Kenntnis von einer Rechtsübertragung und eine solche Gewißheit über die Person des neuen Pfandgläubigers beschafft ist, die ihn bei der Einlassung mit jenem vor jeder Gefährdung schützt. Wenn eine Gefährdung besteht, so liegt sie höchstens auf Seite dessen, dem die gesicherte Forderung verpfändet wird, ohne daß dieser gleichzeitig die Eintragung in das Grundbuch erlangt hat." (Mot. III S. 853.) Gerade wegen der Gefahren, die der öffentliche Glaube des Grundbuchs für den nicht eingetragenen Pfandgläubiger eines eingetragenen Rechtes mit sich führt, wird dieser für die Eintragung seines Rechtes auch in den Fällen, in denen die Entstehung des Pfandrechts nicht von der Eintragung abhängig ist, zu sorgen haben. Die Eintragungsfähigkeit ist auch in solchen Fällen außer allem Zweifel (GBO. § 26).

3. „Die Vorschrift des § 1274 Abs. 1 Satz 2 trifft die Fälle, in denen zur Veräußerung und somit auch zur Verpfändung eines Rechtes die Übergabe einer Sache (z. B. des Hypothekenbriefs; § 1154 Abs. 1) erforderlich ist. Hier könnten Zweifel entstehen, ob auf diese Übergabe die Besonderheit, die für die Tradition zur Begründung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache bestimmt ist, nämlich der Ausschluß des constitutum possessorium, Anwendung zu finden hat." (Mot. III S. 855.) Diese Zweifel sind dadurch beseitigt, daß die Anwendung der §§ 1205, 1206 (nicht auch des § 1207) vorgeschrieben ist. Nach diesen kann ein Pfandrecht an beweglichen Sachen durch constitutum possessorium nicht begründet werden, sondern zur Bestellung des Pfandrechts ist außer der Einigung Übergabe seitens des Eigentümers an den Gläubiger erforderlich. Ist der Gläubiger schon im Besitze der Sache, so genügt die Einigung (§ 1205 Abs. 1 Satz 2; Kiel Seuff. Arch. 59 S. 478). Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch

ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem (unmittelbaren) Besitzer anzeigt (§ 1205 Abs. 2). An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse (ein solcher liegt nur dann vor, wenn der Zugang zu der Sache nur durch ein Zusammenwirken beider gewonnen werden kann; Prot. VI S. 261) des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann (§ 1206). Nach § 17 EG. z. KO. v. 1877 war den Landesgesetzgebungen vorbehalten, den Inhabern gewisser Pfandbriefe oder ähnlicher Wertpapiere unter bestimmten Voraussetzungen ein Pfandrecht an den verbrieften Forderungen zu gewähren. Dieser § 17 ist nach § 43 HypBankG. v. 13. Juli 1899 durch folgende Vorschriften ersetzt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Pfandbriefen, die von Kreditanstalten, welche nicht zu den Hypothekenbanken gehören, auf Grund von Hypotheken ausgestellt sind, ein Vorrecht vor allen anderen Konkursgläubigern in Ansehung der Befriedigung aus den Hypotheken der Anstalt zusteht. — Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Schuldverschreibungen, die von Körperschaften des öffentlichen Rechtes, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften über ein Anlehen ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen werden." Demnach können die Landesgesetzgebungen den gedachten Gläubigern nicht mehr ein Pfandrecht, sondern nur ein Vorrecht einräumen. Bezüglich der Hypothekenbanken schreibt § 35 HypBankG. vor: „Ist über das Vermögen der Hypothekenbank der Konkurs eröffnet, so gehen in Ansehung der Befriedigung aus den in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapieren die Forderungen der Pfandbriefgläubiger den Forderungen aller anderen Konkursgläubiger vor . . . Die Pfandbriefgläubiger haben unter einander gleichen Rang." Also auch hier können die Landesgesetze ein Pfandrecht nicht mehr gewähren.

4. Die Vorschrift des § 1274 Abs. 2 bezieht sich nur auf das rechtsgeschäftliche, nicht auf das Pfändungspfandrecht. Die Fassung: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist," weicht von der Fassung des entsprechenden § 1069 Abs. 2 offensichtlich ab. Der Unterschied der Fassung hat auch einen materiellen Unterschied zur Folge (a. M. Biermann Nr. 2 zu § 1069). Während nach §§ 1059, 1069 Abs. 2 die Möglichkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Nießbrauch und überhaupt an Rechten, die nur der Ausübung nach übertragbar sind, ausgeschlossen ist, ist die Bestellung des Pfandrechts an solchen Rechten zulässig, jedoch nicht an dem Hauptrechte, sondern nur an dem durch die Überlassung der Ausübung begründeten Forderungsrechte (Prot. III S. 517). Ein solches Pfandrecht ist nicht eintragungsfähig. Wegen des Pfändungspfandrechts vgl. ZPO. § 857 Abs. 3, 4 (S. 1094).

5. Die Übertragung eines an einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder Reallast bestehenden Pfandrechts erfolgt nach § 1250 BGB. Eintragung ist nicht erforderlich; doch kann sie der neue Pfandgläubiger verlangen (GBO. § 26 Abs. 2).

§ 1275.

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, und im Falle einer nach § 1217 Abs. 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung die Vorschrift des § 1070 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

1. Die Wirkung der Begründung des Pfandrechts auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Dritten vermöge jenes Rechtes zu einer Leistung Verpflichteten wird in analoger Weise wie beim Nießbrauche bestimmt (Anm. 1, 2 S. 613). Die Vorschriften über die Übertragung des Rechtes können auch hier nur so weit angewendet werden, als Übertragung und Verpfändung der gleichen Behandlung fähig sind. Für das Pfandrecht an Forderungen tritt in den §§ 1281–1288 der Unterschied in der Stellung des Pfandgläubigers zu dem dritten Verpflichteten von der des Zessionars zum debitor cessus klar hervor. Die Verpfändung von Forderungen, die auf Leistungen gehen, wirkt gegen den Schuldner nicht nur, wenn er durch eine Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er nur auf irgend eine Weise Kenntnis von ihr erhalten hat (RG. E. 52 S. 143).

2. Der Verwahrer wird im Falle des im § 1275 bezogenen § 1217 Abs. 1 von dem Amtsgerichte bestellt, in dessen Bezirke sich die Sache befindet (RGFG. § 165). Der Verwahrer hat im Falle des § 1275, wie die Bezugnahme auf § 1070 Abs. 2 ergibt, die Stellung eines Verwalters. Die Hinterlegung oder die Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann seitens des Verpfänders verlangt werden, wenn der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße verletzt und das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fortsetzt. Dem Verpflichteten gegenüber wird die Anordnung der Hinterlegung oder der Ablieferung an einen Verwahrer erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung (§§ 1275, 1070 Abs. 2). Befriedigt der Verpfänder den Pfandgläubiger, so kann er Aufhebung der Verwaltung und des Pfandrechts verlangen (§ 1217 Abs. 2 Satz 1).

3. Ist eine Forderung durch ein Pfandrecht an einem eingetragenen Rechte gesichert, so geht mit der sich außerhalb des Grundbuchs vollziehenden Übertragung der Forderung auch das eingetragene Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über (§ 401 Abs. 1 BGB). Die Eintragungsfähigkeit einer solchen Übertragung ist durch § 26 Abs. 2 GBO. außer Zweifel gestellt. Über die Wirkung der Eintragung vgl. S. 1096 Anm. 4.

§ 1276.

Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt.

1. „Die Vorschrift des § 1276 entspricht der analogen Vorschrift des § 1071 für den Nießbrauch an Rechten. Die Analogie ist eine vollkommene. Die rechtliche Verfügungsmacht des Berechtigten wird durch das Erfordernis der Einwilligung des Pfandgläubigers unterbunden, dort mit Rücksicht auf die Nichtbeeinträchtigung der Realisierung des Nießbrauchs, hier mit Rücksicht auf die Nichtbeeinträchtigung der Realisierung des Pfandrechts. Die Verschiedenheit dieser Zwecke ist für die Bestimmung der erforderlichen Beschränkung des Berechtigten ohne Einfluß." (Mot. III S. 856.) Wegen der vollkommenen Analogie beider Bestimmungen treffen die Bemerkungen in Anm. 1—3 S. 614 auch hier zu.

2. „Selbstverständlich ist, daß die Vorschriften zugunsten gutgläubiger dritter Erwerber in ihrer Anwendung unberührt bleiben, da der partielle Rechtsmangel, der beim Fehlen der erforderlichen Einwilligung vorliegt, außer Betracht bleiben muß, wo der gänzliche Rechtsmangel außer Betracht bleiben würde" (Mot. III S. 857). Hat also der Pfandgläubiger die Eintragung seines Rechtes in den Fällen, wo sie zwar zulässig, aber zur Entstehung des Pfandrechts nicht erforderlich ist (vgl. Anm. 2, 3 S. 1099), versäumt,

so kann er sein Recht redlichen Dritten gegenüber, die das Pfandgrundstück nach Löschung des verpfändeten Rechtes erworben haben, nicht geltend machen (§ 892). Ebenso steht es mit Änderungen des verpfändeten Rechtes (§ 1276 Abs. 2).

3. S. 407 u. 453 ist ausgeführt, daß, wenn ein Miterbe seinen Anteil am Nachlaßvermögen an einen Dritten veräußert hat, dieser Dritte dadurch die Stellung eines Miterben erhält und verlangen kann, daß er, wenn ein Grundstück zum Nachlasse gehört, an Stelle des veräußernden Erben als Gesamthandeigentümer eingetragen werde. Mit zutreffender Begründung hat das KG. (Rsp. 7 S. 354, RJA. 3 S. 154, Bd 6 S. 253) aus § 1276 hergeleitet, daß auch der Gläubiger, der den Erbanteil eines Miterben hat pfänden lassen, verlangen kann, daß die Pfändung in das Grundbuch eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks (in Abt. II) als Verfügungsbeschränkung eingetragen werde. Anders liegt die Sache, wenn gegen einen Gesellschafter gepfändet ist, nach § 725 Abs. 2 BGB. Diese Ausnahmebestimmung findet auf die Erbengemeinschaft keine Anwendung.

§ 1277.

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1229 und des § 1245 Abs. 2 bleiben unberührt.

1. Der Regel nach kann der Pfandgläubiger sein Recht nur auf Grund eines vollstreckbaren, gegen den Inhaber des Rechtes gerichteten, auf Duldung der Zwangsvollstreckung lautenden Titels im Wege der Zwangsvollstreckung realisieren. (Biermann und Kober Nr. 1 zu § 1277). Er muß also ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil (ZPO. § 704) oder eine der im § 794 ZPO. aufgezählten Urkunden, aus denen die Zwangsvollstreckung stattfindet, aufweisen können. Je nachdem der verpfändete Anspruch die Zahlung von Geld oder eine bewegliche Sache oder eine unbewegliche Sache betrifft, stehen dem Pfandgläubiger die in den §§ 835 oder 847 oder 848 ZPO. bezeichneten Zwangsvollstreckungsmaßregeln zu Gebote. Handelt es sich um andere Vermögensrechte so kommt § 857 ZPO. zur Anwendung. Neben dieses Recht auf Zwangsvollstreckung stellen sich die in den §§ 1282 ff. BGB. dem Gläubiger beigelegten Einziehungsbefugnisse in Ansehung der seinem Pfandrecht unterliegenden Forderungsrechte.

2. Die Beteiligten können jedoch auch eine andere Realisierung des Pfandrechts vereinbaren, nur der Verfallvertrag (lex commissoria, § 1229) und der Verzicht auf Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 sind nichtig. Die Vereinbarung wird durch Entscheidung des Gerichts nicht ersetzt. Der aus der Anwendung des § 1273 Abs. 2 in Verb. mit § 1214 sich ergebende Realisierungsmodus (Ziehung der Nutzungen des Pfandes) bleibt unberührt (Mot. III S. 859). Besondere Vorschriften enthalten die §§ 1282 bis 1295.

§ 1278.

Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des § 1253 entsprechende Anwendung.

1. „Entspricht dem Inhalte des Pfandrechts an einem Rechte ein Zustand des Besitzes so ist zur Begründung des Rechtspfandrechts auch stets ein entsprechender Traditionsakt erforderlich. Dergleichen kommt vor bei dem Pfandrecht an Briefhypotheken (§ 1154), an Wechseln oder anderen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können (§ 1292), bei der Verpfändung der Ausübung eines Nießbrauchrechts. Es entspricht der Analogie, den Fortbestand des Pfandrechts an den Fortbestand des dem Inhalte desselben entsprechenden Besitzzustandes in gleicher Weise zu binden, wie bei dem Faustpfandrechte." (Mot. III S. 859.) Das Pfandrecht erlischt daher nach §§ 1278, 1253, wenn der Pfand-

gläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. Wie ein solches Pfandrecht nicht durch constitutum possessorium entstehen kann (Anm. 3 S. 1099), so kann es auch nicht nach Rückgabe der Sache durch einen Vorbehalt erhalten werden (§ 1253 Abs. 1 Satz 2). Ist die Sache im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, daß sie ihm vom Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat (§ 1253 Abs. 2). Die Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden (ZPO. § 292). Die Übergabe der Sache seitens des Pfandgläubigers an einen Dritten hat das Erlöschen des Pfandrechts nicht zur Folge. Ebensowenig erlischt es, wenn die Sache dem Pfandgläubiger wider oder ohne seinen Willen entzogen und in den Besitz des Verpfänders oder des Eigentümers gelangt ist.

2. „Im übrigen enthält das BGB. besondere Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts an Rechten nicht. Folglich kommen nach § 1273 Abs. 2 die Vorschriften des § 1255 zur entsprechenden Anwendung. Bei Pfandrechten an gebuchten Rechten wird mithin Löschung nicht erforderlich sein, so daß das Grundbuch infolge eines Verzichts des Pfandgläubigers unrichtig werden kann." (Mot. III S. 859.) Der Verpfänder kann in solchem Falle Mitwirkung des Pfandgläubigers zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894). Zum Verzichte genügt die an keine Form gebundene Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer (§ 1255 Abs. 1).

§ 1279.

Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1280 bis 1290.

Für das Pfandrecht an Forderungen aller Art sind in den §§ 1280—1290 besondere Bestimmungen gegeben, neben denen subsidiär die §§ 1273—1278 und die daselbst nicht ausgeschlossenen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen zur Anwendung kommen. Insbesondere ist die Übertragbarkeit der Forderung Voraussetzung für ihre Verpfändbarkeit (§ 1274 Abs. 2).

§ 1280.

Die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.

Nach § 398 kann eine Forderung vom Gläubiger durch einen an keine bestimmte Form gebundenen Vertrag auf einen anderen mit der Wirkung übertragen werden, daß mit dem Abschlusse des Vertrags der andere an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Für die Abtretung von Hypothekenforderungen sind in den §§ 1154, 1159, 1190 besondere Vorschriften gegeben, die auch für die Entstehung des Pfandrechts an solchen Forderungen maßgebend sind (vgl. Anm. 1 S. 1096 f.). Die Wirksamkeit der Verpfändung von Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt (§ 398, z. B. Forderungen auf Hypothekenzinsen oder auf andere Nebenleistungen, § 1159), ist, abweichend von dem allgemeinen Grundsatze des § 1274 Abs. 1 Satz 1, an ein über die Erfordernisse der Übertragung hinausgehendes Erfordernis geknüpft. Der Gläubiger muß die Verpfändung dem Schuldner anzeigen. Eine Kenntnis, die der Schuldner auf andere Weise erhält, ist nicht geeignet, die Verpfändung wirksam zu machen. Der Schuldner kann daher trotz einer solchen Kenntnis mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten. Anderseits hat die Anzeige auch die Wirkung, daß der Gläubiger die angezeigte Verpfändung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist (§§ 1175, 409). — „Die Anzeige an den Schuldner ist eine einseitige Willenserklärung des Verpfänders, und zwar eine Willenserklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben

wird und zu deren Entgegennahme der Empfänger der Willenserklärung verpflichtet ist. Die Frage, wann dem Erfordernisse der Anzeige genügt ist, ist nach den §§ 130—132 zu beurteilen. Erst mit der Erfüllung des Erfordernisses tritt die beabsichtigte Rechtswirkung ein. Eine vorhergehende dingliche Bindung, die mit dem Vertragsschluß eintritt, ist nicht vorgeschrieben und kann auch durch die Privatautonomie der Vertragschließenden nicht bestimmt werden." (Mot. III S. 856.) Erst mit der Anzeige entsteht das Pfandrecht (RG Sächs. A. 12 S. 743). Verfällt der Pfandschuldner nach der Abtretung, aber vor der Anzeige in Konkurs, so ist die Verpfändung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (KO. §§ 7, 15). Auch für die Anfechtung aus § 30 Nr. 1 KO. ist der Zeitpunkt der Anzeige entscheidend (RG. JW. 1902 S. 185 Nr. 21). Abweichend von §§ 281 ff. PrPR. I 20 und von dem durch das EG. z. Konk. Nov. v. 17. Mai 1898 Art. II Nr. 4 aufgehobenen § 15 Nr. 2 EG. z. KO. v. 1877 ist die Übergabe der über die Forderung etwa vorhandenen Schuldurkunde weder erforderlich, noch kann sie die Anzeige ersetzen.

Zur Verpfändung von Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag nicht genügt, ist Anzeige des Gläubigers an den Schuldner nicht erforderlich, sie kann auch die über den Abtretungsvertrag hinausgehenden Erfordernisse der Übertragung (und mithin der Verpfändung, § 1274 Abs. 1 Satz 1) nicht ersetzen.

Ist für eine Forderung der im § 1280 bezeichneten Art ein Faustpfand bestellt, so ist weder zur Abtretung noch zur Verpfändung der Forderung die Übergabe der verpfändeten beweglichen Sache erforderlich (Mot. III S. 855).

Im Falle der Pfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner erforderlich (ZPO. § 829 Abs. 2), dagegen ist die Gültigkeit der Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses ebensowenig abhängig, wie die Wirksamkeit der Verpfändung einer solchen Forderung von der im § 1280 BGB. vorgesehenen Anzeige (ZPO. § 830).

Im Falle des § 1190 BGB. (Höchstbetragshypothek) gelten dieselben Grundsätze wie bei der Pfändung oder Verpfändung einer Buchhypothek, wenn die Pfändung oder Verpfändung neben der persönlichen Forderung auch die Hypothek ergreifen soll. Erfolgt keine Eintragung im Grundbuche, so ergreift die Pfändung oder Verpfändung nur die persönliche Forderung, und zwar nur dann, wenn der Pfändungsbeschluß zugestellt oder die im § 1280 vorgeschriebene Anzeige gemacht ist.

Über die Entstehung des Pfandrechts an Inhaberpapieren vgl. § 1293.

§ 1281.

Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird; jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird.

1. Die Fassung des § 1281 ist der des § 1077 Abs. 1 angepaßt. Es kann im allgemeinen auf die (mutatis mutandis) auch hier zutreffenden Bemerkungen in Anm. 1 a. E. S. 620 f. verwiesen werden. In einem Punkte sind die Vorschriften des § 1077 Abs. 1 ergänzt. In dem betreffenden Nießbrauchsfall ist stets Geld der Gegenstand der Leistung. Das trifft hier nicht zu und, da nicht alle Sachen sich zur Hinterlegung eignen, mußte für solche Fälle ein Ersatz der Hinterlegung geschaffen werden. Der Ersatz ist die Ablieferung an einen nach § 165 GFG. gerichtlich zu bestellenden Verwahrer. Dieser wird, nachdem die Beteiligten, soweit tunlich, gehört sind, von dem Amtsgerichte bestellt, in dessen Bezirke sich die Sache befindet (RGFG. § 165).

Digitized by Google

2. § 1281 behandelt das Verhältnis des Verpfänders und des Pfandgläubigers zum Schuldner für den Fall, daß die Forderung des Pfandgläubigers noch nicht fällig, oder zwar fällig, aber noch nicht in eine Geldforderung übergegangen, die verpfändete Forderung aber bereits fällig ist. Dann tritt zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger eine Gemeinschaft ein, analog der im § 432 behandelten. Der Schuldner kann nur an beide gemeinschaftlich (gegen Quittung beider) leisten, vorausgesetzt, daß ein dinglich wirksames Pfandrecht besteht, z. B. im Falle des § 1280 ihm die Anzeige von der Verpfändung gemacht ist. Für Order- und Inhaberpapiere ist im § 1294 eine anderweite Bestimmung getroffen. Der Schuldner ist zur Hinterlegung nur verpflichtet, wenn der Gläubiger oder der Pfandgläubiger die Hinterlegung verlangt. Klagt der Gläubiger auf Zahlung an sich allein, so muß er abgewiesen werden. Ergänzt er seine unbegründete Klage dahin, daß an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich gezahlt werden solle, und kommt der Beklagte diesem Begehren alsbald nach, so treffen den Kläger die Prozeßkosten nach § 93 ZPO. (RG. E. 52 S. 141). Im übrigen vgl. Anm. 1 a Abs. 2 S. 621.

3. Trotz seiner Fassung („kann nur") enthält § 1281 Satz 1, wie sich aus § 1284 ergibt, keine zwingende Norm (Prot. IV S. 601 XX).

4. Nicht selten erscheint die Verpfändung einer Forderung völlig im Gewand einer Abtretung (sogen. cessio in securitatem). Findet der Zweck einer solchen Zession in der Urkunde Ausdruck, so gelten die Grundsätze der §§ 1281 ff. (RG. Gruch. 42 S. 950). Kennzeichnet die Zession sich dagegen als Vollzession, so ist der Pfandgläubiger gegenüber dem Schuldner und allen Dritten zur vollen Verfügung legitimiert (RG. Gruch. 31 S. 399, Bd 34 S. 464, Bd 37 S. 967, 971, E. 32 S. 216). Der Sekuritätszessionar einer Hypothek hat nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und nach den §§ 662 ff. BGB. das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, insbesondere bei der Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks. Er darf seine formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück zu einem billigen Preise an sich zu bringen und dadurch den Zedenten zu schädigen. (RG. E. 59 S. 190.) Er hat dem Ersuchen des Zedenten, bei der Versteigerung die nicht mitabgetretenen rückständigen Zinsen mitzuliquidieren, zu entsprechen (RG. V 554. 04).

§ 1282.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Soweit er zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungs Statt abgetreten wird.

Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt; das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen, bleibt unberührt.

1. Hier wird der Fall behandelt, daß der durch das Pfand gesicherte Anspruch bereits fällig und, sofern der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht, in eine Geldforderung übergegangen ist. Der Übergang in eine Geldforderung vermittelt sich durch Vertrag oder durch verschuldete Nichterfüllung (§§ 280, 283, 286, 325). Sobald diese Voraussetzungen vorliegen, ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt und der Schuldner kann nur an ihn leisten. Doch hat auch diese anscheinend zwingende Bestimmung nur dispositive Bedeutung (§ 1284). Geht die verpfändete Forderung auf Geld, so ist die Einziehungsbefugnis auf den Betrag des Anspruchs des Pfandgläubigers beschränkt (§ 1210). Mit dieser Maßgabe kann der Pfandgläubiger auch verlangen, daß ihm die verpfändete Geldforderung an Zahlungs Statt abgetreten wird. Er kann auf Abtretung an Zahlungs Statt klagen, in welchem Falle das obsiegliche Urteil nach § 894 ZPO. die Stelle der

Abtretungserklärung vertritt, oder er kann sich auch die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen lassen. In beiden Fällen geht die Forderung auf den Pfandgläubiger mit der Wirkung über, daß er, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Verpfänder als befriedigt anzusehen ist (ZPO. § 835 Abs. 2). Der erste Weg ist offenbar der kürzere. Auf ihm wird schon durch die Rechtskraft des Urteils das erreicht, was auf dem anderen Wege erst durch die Zwangsvollstreckung erreicht wird. Der Pfandgläubiger kann ohne Mitwirkung des Gläubigers die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners beantragen und im Konkurse den vollen Betrag der Geldforderung anmelden, Befriedigung aber nur in Höhe seiner Forderung verlangen (Biermann Nr. 1 a zu § 1282).

2. Wählt der Pfandgläubiger die Einziehung, so muß er dem Schuldner nachweisen, daß seine Forderung an den Verpfänder fällig und, falls sie ursprünglich nicht auf Geld ging, in eine Geldforderung übergegangen ist. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Schuldner zu prüfen. Eine besondere Belästigung ergibt sich für ihn aus dieser Prüfungspflicht nicht. Er befindet sich in keiner anderen und schwierigeren Lage als in dem Falle einer bedingten Zession (Mot. III S. 862 a.) Liegen die Voraussetzungen des § 372 Satz 2 vor, so kann er hinterlegen. Soweit der Gläubiger zur Einziehung legitimiert ist, ist er es auch zur Quittungsleistung und Löschungsbewilligung.

3. Unterläßt der Pfandgläubiger die Einziehung der fälligen Forderung, so kann der Gläubiger nur Leistung an den Pfandgläubiger verlangen (Planck Nr. 4, Biermann Nr. 2 zu § 1282).

4. Die Vorschrift des § 1282 Abs. 2 Halbs. 1 findet auch im Falle der cessio in securitatem Anwendung. Ist die Zession jedoch als Vollzession erteilt, so kann auch der Verpfänder (z. B. einer Eigentümerhypothek) gegenüber gutgläubigen Dritten, an die der Pfandgläubiger die Forderung weiter übertragen hat, Ansprüche aus dem sich aus der Sicherheitszessionsurkunde nicht ergebenden Mangel der materiellen Verfügungsbefugnis des Pfandgläubigers nicht herleiten (Anm. 4 S. 1105). Auch Verfügungen des Pfandgläubigers, durch die sein Anspruch gegen den Verpfänder getilgt wird, z. B. Aufrechnung, sind nicht statthaft (S. 617 Anm. 1 zu § 1074; Biermann Nr. 1 d, Planck Nr. 1 zu § 1282; a. M. Falkmann in Gruch. 44 S. 109, Gierke SR. S. 1015 A. 40, Dernburg SR. § 280 Nr. 2, RG. E. 58 S. 105). Der Schuldner kann mit einer ihm gegen den Pfandschuldner, nicht auch mit einer ihm gegen den Pfandgläubiger zustehenden Forderung aufrechnen, da er nicht Schuldner des einziehungsberechtigten Pfandgläubigers ist (§ 387; vgl. Planck a. a. O.; a. M. Biermann und Falkmann a. a. O.). Über die Wirkung der Einziehung vgl. § 1187.

5. Forderungen, die nicht auf Zahlung von Geld gehen, kann der Pfandgläubiger voll einziehen. Das Eingezogene darf er aber nur insoweit für sich verwerten, als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Eine Hypothekenforderung gilt als Geldforderung (ZPO. §§ 592, 688 Abs. 1 Satz 2). Die Überweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung zur Einziehung ermächtigt den Pfandgläubiger in Höhe seiner Forderung zur Empfangnahme des Hypothekenkapitals nebst Zinsen und zur Ausstellung der löschungsfähigen Quittung ohne Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners (RG. JW. 23 S. A 147).

6. Alle Vorschriften des § 1282 sind jedoch, wie sich aus § 1284 ergibt, nur dispositiver Natur (Prot. IV S. 601 XX).

§ 1283.

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen.

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 eingetreten, so ist auch der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt; für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

I. Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab und ist

1. die Pfandforderung noch nicht fällig und noch nicht in eine Geldforderung übergegangen, so ist

a. der Gläubiger allein zur Kündigung befugt und bedarf der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen (§ 1213 Abs. 1, 1273). Eine ohne die erforderliche (an keine bestimmte Form gebundene) Zustimmung erfolgte Kündigung ist unwirksam. Darüber, unter welchen Umständen die Erteilung der Zustimmung erzwingbar ist, bestimmt § 1286. Eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 1283 bestimmt § 1294. Der Schuldner kann die Kündigung nach §§ 182 Abs. 3, 111 Satz 2, 3 zurückweisen, wenn ihm die Zustimmung nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird. Im Falle des § 1294 hat der Pfandgläubiger das Kündigungsrecht.

b. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird. Erfolgt diese Erklärung beiden gegenüber nicht gleichzeitig, so wird die Kündigung erst mit der letzten der beiden Erklärungen wirksam.

In beiden Fällen a u. b (sowie auch im Falle zu 2) ist die Kündigung eine einseitige Willenserklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einem oder mehreren Beteiligten abgegeben wird und daß der Empfänger der Willenserklärung zu ihrer Entgegennahme verpflichtet ist. Die Frage, wann diesen Erfordernissen genügt sei, ist nach den §§ 130—132 zu beurteilen.

2. Ist die Pfandforderung fällig und bereits in eine Geldforderung übergegangen, so ist sowohl der Pfandgläubiger als auch der Gläubiger für sich allein zur Kündigung befugt und der Schuldner ist berechtigt, dem Pfandgläubiger allein zu kündigen (vgl. § 1282 Abs. 1 Satz 1); Kündigung gegenüber dem Gläubiger allein ist unwirksam.

II. Die Vorschriften auch dieses § sind nur dispositiver Natur (§ 1284, vgl. Prot. IV S. 601 XX).

§§ 1284.

Die Vorschriften der §§ 1281 bis 1283 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein anderes vereinbaren.

1. Die 2. Komm. war darüber einig, daß die Abgrenzung der Rechte des Pfandbestellers und des Pfandgläubigers in den §§ 1281—1283 nur dispositiven Charakter haben solle. Gegenüber dem das Sachenrecht beherrschenden Grundsatze, daß Vertragsfreiheit nicht gilt, sondern dingliche Rechte nur mit dem Inhalte bestellt werden können, den das Gesetz zuläßt, hielt man es für erforderlich, den dispositiven Charakter durch besondere Vorschrift hervorzuheben. (Prot. IV S. 601.)

2. Die dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger gestattete Vereinbarung steht unter dem im BGB. anerkannten allgemeinen Grundsatze der Formfreiheit. Dem Schuldner gegenüber gilt eine solche Vereinbarung nur, wenn sie ihm gehörig bekannt gemacht ist, d. h. wenn sie ihm von beiden Beteiligten mündlich oder zwar nur von einem Beteiligten, aber in beglaubigter Form mitgeteilt ist. Selbstverständlich können gesetzliche Schranken, die außerhalb der §§ 1281—1283 bestehen, z. B. die Bestimmung des § 1277 Satz 2, durch Vereinbarung nicht beseitigt werden.

Digitized by Google

§ 1285.

Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist.

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.

1. Der § 1285 Abs. 1 behandelt den Fall, daß die Realisierungsbefugnis des Pfandgläubigers noch nicht eingetreten, aber die verpfändete Forderung bereits fällig ist. „Die Verleihung des sofortigen Einziehungsrechts an den Pfandgläubiger entspricht nicht dem gewöhnlichen Willen der Beteiligten, wird durch den Pfandzweck nicht erfordert und beschwert den Pfandschuldner. In Ansehung der Bestimmung der beiderseitigen Rechte paßt die Analogie der Vorschriften über den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung im § 1078 Satz 1 auch hier. In beiden Fällen will das Gesetz die bisherige Art der Sequestration, die in Ansehung der noch ausstehenden Forderung bestand, auch bei und nach Einziehung der Forderung aufrecht erhalten und das gegenseitige Rechtsverhältnis möglichst wenig verändern, da die Parteiabsicht dahin anzunehmen ist, daß der begrenzt Berechtigte im Falle der mit Einziehung der Forderung eingetretenen Surrogierung des Leistungsgegenstandes nicht eine Rechtserweiterung in demselben Maße gewinnen solle, wie wenn sein Recht an dem Leistungsgegenstande von Anfang an begründet wäre." (Mot. III S. 861.) Keiner von beiden hat die alleinige Verfügung über die Forderung oder deren Gegenstand; der Pfandgläubiger nicht, weil sein Pfandrecht noch nicht realisierbar ist; der Gläubiger nicht, weil er durch das Pfandrecht behindert wird. Es besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft. Eine Folge davon ist, daß jeder von ihnen zwar klagen kann, aber nur auf Leistung an beide gemeinschaftlich oder auf Hinterlegung oder Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer für beide gemeinschaftlich (§ 1281). Wenn es zur Leistung kommt, können sich Schwierigkeiten ergeben, weil der Pfandgläubiger oder der Gläubiger seine Mitwirkung beim Erfüllungsgeschäfte verweigert. Für diesen Fall gibt das BGB. dem anderen Teile ein Wahlrecht. Er kann von dem Weigernden die Mitwirkung verlangen (§ 1285 Abs. 1), er kann aber auch vom Schuldner Hinterlegung oder Ablieferung an den Verwahrer verlangen (§ 1281 Satz 2 Halbs. 2). Im praktischen Leben wird es kaum vorkommen, daß jemand die erste Alternative wählt. Ist der Schuldner zur Leistung bereit, so wäre es sehr unpraktisch, wenn der Pfandgläubiger den Gläubiger oder dieser jenen zur Mitwirkung bei der Empfangnahme erst nötigen wollte, was nur im Prozeßwege geschehen könnte, während er auch ohne des anderen Mitwirkung Hinterlegung oder Ablieferung an den Verwahrer sofort und ohne alle Umstände erlangen kann. Ist der Schuldner zur Leistung nicht bereit, so wäre es ebenfalls ganz unpraktisch, wenn der eine oder der andere der an der Einziehung Beteiligten erst auf Mitwirkung des anderen zur Anstellung der Klage gegen den Schuldner klagen wollte, anstatt gegen den Schuldner sofort auf Leistung an beide gemeinschaftlich (§ 1281 Satz 2 Halbs. 1) zu klagen. Der praktische Wert der Vorschrift des § 1285 Abs. 1 liegt wohl darin, daß durch die Weigerung des einen oder des anderen, an dem Erfüllungsgeschäfte teilzunehmen, Hinterlegung oder Verwahrung nötig wird und dadurch dem zur Empfangnahme Bereiten Verluste entstehen können, z. B. Zinsverluste, die bei dem niedrigen Hinterlegungszinsfuße fast regelmäßig eintreten werden. Für solche Verluste wird der sich ohne Grund Weigernde dem anderen aufzukommen haben, vorausgesetzt natürlich, daß diesem die Nutzungen zustehen. Für die Verluste, die dadurch entstehen, daß der zur Einziehung Bereite gegen den anderen erst auf Mitwirkung klagt, statt von der ihm nach § 1281 zustehenden Befugnis, durch gegen den Schuldner vorzugehen, Gebrauch zu machen, wird der Weigernde nicht in Anspruch genommen werden können.

2. § 1285 Abs. 2 handelt von dem Falle, daß die Realisierungsbefugnis des Pfandgläubigers nach §§ 1228 Abs. 2, 1282, 1294 eingetreten und der Pfandgläubiger deshalb berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, sowie von dem Falle, daß infolge einer zwischen dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger getroffenen Vereinbarung jener das Recht zur Einziehung ohne die Mitwirkung dieses hat (§ 1284). Dann haftet der Pfandgläubiger dem Gläubiger für die ordnungsmäßige Einziehung. Seine Pflicht bezieht sich sowohl auf die Prüfung, ob Schritte gegen den Schuldner erforderlich sind, als auf die Art und Weise des Vorgehens gegen den Schuldner. Ist die Forderung fällig, so darf er mit der Einziehung nicht säumen. Eine Verpflichtung zur Streitverkündung an den Pfandschuldner hat er nicht (Planck Nr. 2 zu § 1285).

3. Die Vorschrift des § 1285 Abs. 2 Satz 2 entspricht der Vorschrift im § 1241 über die Anzeigepflicht des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigentümer in Ansehung des Pfandverkaufs (Mot. III S. 863). Er haftet für Schäden, die durch Versäumung dieser Pflicht entstehen. Die Beweislast dafür, daß die Benachrichtigung untunlich gewesen sei, wird dem Pfandgläubiger obliegen.

4. Sind das Einziehungsrecht und die Einziehungspflicht durch Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger diesem zugewiesen, so wird er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ebenfalls für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen haben.

§ 1286.

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern nicht das Kündigungsrecht ihm zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist.

§ 1286 handelt von dem Falle, daß die noch nicht fällige verpfändete Forderung gekündigt werden soll. Es ist zu unterscheiden, ob die Pfandforderung bereits realisierbar ist oder nicht.

a. Ist die Pfandforderung noch nicht fällig und noch nicht in eine Geldforderung übergegangen, so steht nach § 1283 Abs. 1 die Kündigungsbefugnis dem Gläubiger zu und dieser bedarf der Zustimmung des Pfandgläubigers nur im Falle des Nutzpfandes (§ 1213 Abs. 1). Nach § 1286 Satz 1 kann jedoch der Pfandgläubiger vom Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn, was er zu beweisen hat, die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Umgekehrt kann aber auch der Gläubiger unter denselben, von ihm zu beweisenden, Voraussetzungen die Zustimmung des Nutzpfandgläubigers zur Kündigung verlangen. Im Falle der Weigerung muß geklagt werden. Der Gläubiger wird im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. gezwungen (§ 894 ZPO. kommt nicht zur Anwendung, weil er eine von einer Prozeßpartei gegenüber der anderen abzugebende Willenserklärung voraussetzt; vgl. Petersen-Anger A. 3 zu § 894 ZPO., Biermann Nr. 1 zu § 1286; a. M. Planck Nr. 1 zu § 1286); die Zustimmung des Nutzpfandgläubigers wird durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO. ersetzt (BGB. § 182 Abs. 1). Der Weigernde haftet für die schädlichen Folgen seines gesetzwidrigen Verhaltens. In beiden Fällen kann der Kläger dem Beklagten mit den sich aus § 283 BGB. und § 255 ZPO. ergebenden Wirkungen eine Frist bestimmen.

b. Ist die Pfandforderung fällig und in eine Geldforderung übergegangen, so steht das Kündigungsrecht nach § 1283 Abs. 3 BGB. sowohl dem Pfandgläubiger als auch dem Gläubiger zu. Daher kann der eine vom anderen weder verlangen, daß er kündige, noch

daß er einer Kündigung zustimme. Ebensowenig kann hier von einem Schadenersatzanspruche wegen Unterlassung der Kündigung oder wegen Verweigerung der Zustimmung zu der Kündigung die Rede sein.

§ 1287.

Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek.

1. § 1287 Satz 1 spricht das Surrogationsprinzip aus. Für Geldforderungen trifft § 1288 besondere Bestimmungen. Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282, wenn auch durch Hinterlegung (unter Ausschließung der Rücknahme; § 378) oder Ablieferung an einen Verwahrer, so erwirbt unmittelbar durch die Leistung der Pfandgläubiger ein Pfandrecht am geleisteten Gegenstande, ohne daß es noch einer besonderen Bestellung bedarf. Auf Leistung von Handlungen findet § 1287 keine Anwendung (Mot. III S. 864).

2. Über den Fall, wo die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke besteht, vgl. Anm. 1 S. 480, 617 f.. Die Sicherungshypothek entsteht wie dort ausgeführt ist, ohne Eintragung (vgl. Prot. III S. 532 K), aber das Grundbuch steht, wenn die Eintragung nicht erfolgt, mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange. Daher kann der Pfandgläubiger vom Eigentümer (dem bisherigen Gläubiger) Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, d. h. zur Eintragung der Sicherungshypothek, verlangen (§ 894). Statt des Eigentümers hat, falls der Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet ist, nach § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO. und nach § 45 PV., betr. das Verwaltungsverf. ꝛc. v. 15. November 1899 der Sequester die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewilligen. Hat keine Pfändung stattgefunden, so ist im Falle des § 1282 BGB. der Pfandgläubiger kraft Gesetzes legitimiert, die Auflassung statt des Pfandschuldners entgegenzunehmen und die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewilligen. Er muß dann aber die Verpfändung des Auflassungsanspruchs und Fälligkeit der Pfandforderung in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form nachweisen. Im Falle des § 1281 müssen Pfandgläubiger und Pfandschuldner gemeinschaftlich die Auflassung vom Schuldner entgegennehmen. (Brachvogel u. Frydrychowicz GBO. S. 81.) Die Bestimmung des § 1287 Satz 2 ist auch anzuwenden, wenn die Leistung in der Übertragung eines Bergwerkseigentums, in der Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1017) und einer der in den Art. 63, 68, 74 EG. z. BGB. bezeichneten landesgesetzlich zugelassenen und vom BGB. nicht berührten selbständigen Gerechtigkeiten besteht, soweit für diese nach § 7 GBO. ein besonderes Grundbuchblatt angelegt wird. Ist der Anspruch auf Herausgabe eines Grundstücks für mehrere Gläubiger oder im Wege der Anschlußpfändung gepfändet, so hat der Sequester die Eintragung der einzelnen Sicherungshypotheken im Falle gleichzeitiger Pfändung zu gleichen Rechten, im Falle der Anschlußpfändung in der Reihenfolge der bewirkten Pfandungen (ZPO. § 804 Abs. 3) zu beantragen (Prot. III S. 533). Ebenso ist die Rangordnung der Pfandrechte (BGB. § 1209) bei der Eintragung der Sicherungshypotheken zu wahren.

§ 1288.

Wird eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1281 eingezogen, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazumitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger.

Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt.

Es wird unterschieden, ob die Pfandforderung fällig und in eine Geldforderung übergegangen ist, oder nicht.

a. Ist sie noch nicht fällig, so würde für die Zeit der nach § 1281 Satz 2 eintretenden Art von Sequestration, wenn das Geleistete in Geld besteht, ein Nachteil für den Pfandschuldner aus der Minderung oder dem gänzlichen Aufhören der Verzinslichkeit seines Kapitals sich ergeben. Gegen diesen Nachteil schützt der § 1288 Abs. 1 den Pfandschuldner, ohne daß der Pfandgläubiger, dem nach dem Grundsatze des § 1287 das Pfandrecht an dem hinterlegten oder einem Verwahrer abgelieferten, oder in der Verwahrung des Pfandschuldners und Pfandgläubigers befindlichen Gelde zusteht, beeinträchtigt und die künftige Realisierung des Pfandrechtes weder verzögert noch erschwert wird, indem dem Pfandschuldner (Gläubiger) das Recht gegeben wird, die verzinsliche Anlegung des Geldes in vollkommen sicherer Weise zu verlangen (nämlich nach Mündelrecht § 1807, Art. 73—76 PAG. z. BGB.). Zum besonderen Schutze des Pfandgläubigers ist noch bestimmt, daß die Anlegung nur, soweit es ohne Beeinträchtigung seines Interesses tunlich ist, verlangt werden kann. Eine Anlegung in zwar sicheren, aber für lange Zeit unkündbaren Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden (§ 1807 Nr. 1) wird nicht immer ohne Beeinträchtigung seiner Interessen geschehen können. Der Regel nach wird die Wiederanlegung des Geldes im Interesse des Pfandschuldners liegen; im Falle des Nutzpfandrechts liegt sie auch im Interesse des Pfandgläubigers. Beide sind einander verpflichtet, zur Wiederanlegung und dazu, daß gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird, mitzuwirken. Nötigenfalls muß auf Erfüllung dieser Verpflichtung geklagt und sie im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO. erzwungen werden. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger. Durch die Wiederanlegung wird der geleistete Gegenstand wieder in eine Forderung umgewandelt. An dieser entsteht das Pfandrecht des Pfandgläubigers nicht ohne weiteres kraft Surrogation, sondern es muß dem Pfandgläubiger besonders bestellt werden. Wird das Geld an einen Dritten auf Hypothek ausgeliehen, so hat dieser Dritte das Pfandrecht zu bestellen; werden Reichs- oder Staatsschuldscheine, Pfandbriefe ꝛc. (§ 1807 Nr. 2—4) angeschafft, so gehen diese in das Eigentum des Pfandschuldners über und dieser hat das Pfandrecht nach § 1293 zu bestellen.

b. Ist die Pfandforderung fällig und, sofern sie nicht auf Geldleistung ging, in eine Geldschuld übergegangen, so ist der Pfandgläubiger allein zur Einziehung ermächtigt (§ 1282). Hat er von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, so gilt seine Forderung, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als vom Gläubiger befriedigt. Das Geld geht also insoweit direkt in das Eigentum des Pfandgläubigers über (wie im Falle des § 1247 Satz 1), und er erhält nicht etwa nur ein Pfandrecht daran. Hatte der Verpfänder die Forderung für fremde Schuld verpfändet, so geht die Pfandforderung auf ihn über (§ 1225 Abs. 1). War er selbst der persönliche Schuldner, so erlischt die Pfandforderung. Den entgegen der Vorschrift des § 1282 Abs. 1 Satz 2 etwa eingezogenen überschießenden Betrag hat der Pfandgläubiger an den Gläubiger abzuführen. Überdies haftet diesem dafür auch der Schuldner, der mehr als den Betrag der Pfandforderung an den Pfandgläubiger mit befreiender Wirkung nicht zahlen konnte. Über die Wirkung der Übertragung oder Überweisung an Zahlungs Statt vgl. Anm. 1 S. 1105 f.

§ 1289.

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen der Forderung. Die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 und der §§ 1124, 1125 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige

Digitized by Google

des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache.

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen, und zwar sowohl auf die vertragsmäßigen, wie auf die gesetzlichen, insbesondere auf Verzugszinsen. Gesetzliche Zinsen sind als Entschädigung für entbehrte Nutzungen aufzufassen. Sonstige Erweiterungen der Forderung infolge eines Verschuldens unterliegen nach allgemeinen Grundsätzen als Akzessorien der Forderung mit dieser dem Pfandrechte (Mot. III S. 867). Der Pfandgläubiger kann, abgesehen vom Falle des Nutzpfandrechts, die Zinsen nur dann einziehen, wenn für ihn die Voraussetzungen zur Einziehung der Hauptforderung (§§ 1282 Abs. 1, 1228 Abs. 2) gegeben sind. Ob unter dem Einziehungsrechte hier auch das Recht aus § 1281 zu verstehen sei, ist zweifelhaft, aber wohl mit Planck (Nr. 2 zu § 1289) zu bejahen. Dem Gläubiger wird durch die bloße Tatsache des Bestehens des Pfandrechts die Verfügung über die Zinsforderung nicht entzogen; er kann darüber in ähnlicher Art disponieren, wie nach §§ 1123 Abs. 2, 1124, 1125 der Eigentümer eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks über die Miet- und Pachtzinsforderung. An Stelle der Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers in den §§ 1123, 1124 tritt jedoch die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er vom Einziehungsrechte Gebrauch mache. Bis zum Empfange dieser Anzeige kann der Schuldner fällige Zinsen an den Gläubiger mit schuld- und pfandbefreiender Wirkung zahlen, der Gläubiger darüber durch Zession, Aufrechnung ꝛc. mit pfandbefreiender Wirkung verfügen. Rechte, die ein Dritter an der Forderung erlangt, gehen dem Rechte des Pfandgläubigers im Range vor. Mit dem Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit scheiden postnumerando zu entrichtende Zinsforderungen aus der Pfandhaftung überhaupt aus, wenn nicht vorher die Anzeige erfolgt ist, so daß eine nach Ablauf des Jahres erstattete Anzeige den Schuldner nicht hindert, an den Gläubiger zu zahlen ꝛc. Sind die Zinsen im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung von der Pfandhaftung nicht auf die Zinsen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende und das folgende Kalendervierteljahr. Mit der Anzeige an den Schuldner hört die Verfügungsbefugnis des Gläubigers auf, jedoch sind Zahlungen an den Gläubiger und Verfügungen des Gläubigers, die dieser vor der Anzeige an den Schuldner über noch nicht fällige Zinsen getroffen hat, wirksam, soweit sie sich nicht auf die Zinsen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen. Soweit die Einziehung der Zinsen seitens des Gläubigers dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Schuldner nicht eine ihm an den Gläubiger zustehende Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen. Der Übertragung der Zinsforderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn die Hauptforderung ohne den Zinsanspruch abgetreten wird.

§ 1290.

Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht.

1. Bestehen an einer Forderung mehrere Pfandrechte, so ist nach § 1209 für ihren Rang die Zeit der Bestellung maßgebend. Nur der im Range erste, also der, dessen Pfandrecht am frühesten bestellt ist, ist zur Einziehung der Forderung berechtigt. Darüber, was unter Einziehung zu verstehen ist, vgl. Anm. 4 S. 1106. Handelt es sich um eine Geldforderung, so ist der nachfolgende Pfandgläubiger zur Einziehung des Betrags berechtigt, der nach Befriedigung des vorgehenden Gläubigers übrig geblieben ist; denn nun ist er der erste Pfandgläubiger. Vor der Befriedigung des ersten kann der nachfolgende Pfandgläubiger nicht einziehen oder Überweisung verlangen, weil bei teilweisem Unvermögen des Schuldners der erste Pfandgläubiger dadurch geschädigt werden kann (a. M. Planck

Nr. 2, Biermann Nr. 1 zu § 1290). Das bei anderen Forderungen mit der Leistung entstehende Pfandrecht (oder die Sicherungshypothek) wird auch dem nachstehenden Pfandgläubiger erworben (§ 1287). Zur Kündigung und Einklagung ist auch der nachstehende Pfandgläubiger befugt, nur muß sein Begehren auf Leistung an alle Pfandgläubiger oder auf Leistung durch Hinterlegung oder an einen Verwahrer gerichtet sein (Mot. III S. 863). Zur Empfangnahme der Zahlung oder der Kündigung seitens des Schuldners ist der nachstehende Pfandgläubiger keinenfalls legitimiert. — Aus dem hinterlegten oder an einen Verwahrer abgelieferten Geldbetrage sind die Pfandgläubiger nach der Rangordnung ihrer Pfandrechte zu befriedigen. Zur Aufhebung der Forderung ist Zustimmung aller Pfandgläubiger erforderlich (§ 1276).

2. Der Fall, daß die verschiedenen Pfandrechte von gleichem Range sind, ist im BGB. nicht besonders berücksichtigt. Zur Einziehung sind die mehreren gleichberechtigten Pfandgläubiger nur gemeinsam berechtigt, zur Einklagung dagegen jeder von ihnen, jedoch mit der Beschränkung des Klagebegehrens auf Leistung an alle oder durch Hinterlegung oder an einen Verwahrer. Planck Nr. 3 und Biermann Nr. 2 zu § 1290 wollen diesen Grundsatz nur bei Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, gelten lassen; bei Geldforderungen soll jeder Pfandgläubiger den zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrag, wenn die Beträge zusammen aber den Betrag der gepfändeten Forderung übersteigen, einen entsprechend geringeren Betrag selbständig einziehen dürfen. Es scheint aber doch, als ob ein befriedigendes Ergebnis sich nur beim Zusammenwirken aller Pfandgläubiger erzielen läßt, zumal der einzelne nicht übersehen kann, wie viel bei Berücksichtigung der Zinsen ꝛc. auf seinen Anteil fällt.

3. Die nicht auf die Einziehung bezüglichen Vorschriften der §§ 1273 ff. finden auch auf gleich- oder nachstehende Pfandrechte Anwendung.

4. Für den Fall der mehrfachen Pfändung derselben Forderung enthält die ZPO. in den §§ 853—856, 872—882 besondere Vorschriften.

§ 1291.

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld.

Grund- und Rentenschuld haben das Bestehen einer Forderung nicht zur Voraussetzung, das Pfandrecht an ihnen fällt an sich also nicht unter die Vorschriften der §§ 1280—1290; es bieten sich aber so viele Analogien mit den Forderungen, insbesondere mit den Hypothekenforderungen, daß die Erstreckung jener Vorschriften, von denen jedoch § 1280 auf die Grund- und Rentenschulden nicht paßt, da zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag nicht genügt, auf das Pfandrecht an Grund- und Rentenschulden für angemessen erachtet ist. Auch bezüglich des Nießbrauchs (§ 1080) und der Zwangsvollstreckung (ZPO. § 857 Abs. 6) sind sie der Hypothek gleichgestellt.

§ 1292.

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers.

§ 1293.

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Digitized by Google

§ 1294.

Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten.

§ 1295.

Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen.

§ 1296.

Das Pfandrecht an einem Wertpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 fällig werden.

Die Vorschriften über die Verpfändung von Order- und Inhaberpapieren interessieren hier nur insoweit, als die Verpfändung einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1187 und eines Grundschuldbriefes, der auf den Inhaber ausgestellt ist (§ 1195), in Frage kommen. Papiere, die nicht selbständige Träger von Forderungen sind, z. B. der Hypothekenbrief, können nicht für sich allein Gegenstand eines Faustpfandrechts sein (RG. E. 51 S. 86).

1. Die Sicherungshypothek für Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, vollzieht sich durch die an keine bestimmte Form gebundene Einigung zwischen dem Gläubiger und Pfandgläubiger und:

a. bei Orderpapieren durch die Übergabe des auf den Pfandgläubiger oder in blanco indossierten Papiers. Prokuraindossament reicht nicht aus. „Bei indossablen Papieren ist jede Beschränkung des Gläubigerrechts des Indossatars ausgeschlossen und nur als eine obligatorische, das Recht selbst nicht treffende möglich. Deshalb kann ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne durch Indossament nicht begründet werden, sondern es liegt eine Übertragung des Rechtes vor, bei der der Erwerber nur obligatorisch gebunden ist, das ihm übertragene Recht für fremde Rechnung dem Pfandrechtszweck entsprechend auszuüben, indem er zugleich in Beziehung auf die Erhaltung des Forderungsrechts bestimmte Verflichtungen übernimmt. Durch die Vorschrift des § 1292 soll dieses Ergebnis, daß nämlich der Zweck der Verpfändung nur durch eine im Verhältnisse zu Dritten unbeschränkt wirksame Übertragung zu erreichen ist, verdeutlicht werden." (Mot. III S. 868.) Der Pfandgläubiger erlangt also durch unbeschränktes Indossament und Übergabe fiduziarisches Eigentum und kann auf Gutgläubige volles Eigentum übertragen (Ternburg SR. § 281 Nr. 1; a. M. Biermann Nr. 1, Planck Nr. 4 zu § 1292). Befugt dazu ist er natürlich nicht (Staub Nr. 68 zu § 368 HGB.), da er nur formell Gläubiger ist. Bezeichnet sich das Indossament nur als Verpfändungsindossament, so hat der Besitzer nur die Legitimation eines Pfandgläubigers (Gierke SR. S. 150, 1018). Beim Konkurse des Pfandgläubigers steht dem Pfandschuldner das Aussonderungsrecht zu (RG. Gruch. 37 S. 119, E. 35 S. 79. Bd 45 S. 80). Einigung und Übergabe des indossierten Papiers genügen, d. h. sie sind mindestens erforderlich. Anzeige an den Schuldner, Eintragung in das Grundbuch entbehrlich. Constitutum possessorium genügt nicht; ebensowenig die Ersatzmittel der Übergabe in den §§ 1205, 1206 (Planck Nr. 3 b zu § 1192). Das Indossament kann durch Zession ersetzt

werden (cessio in securitatem). Auch Blankoübergabe, d. h. Übergabe des von einem anderen in blanco indossierten Papiers reicht aus (Staub Nr. 10 a. a. O.).

Soweit die §§ 1294—1296 keine Ausnahmen bestimmen, finden die §§ 1273 ff. Anwendung.

Die Pfändung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher die Papiere in Besitz nimmt (ZPO. § 831).

b. Für das Pfandrecht an Inhaberpapieren gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1293), d. h. es ist neben der an keine Form gebundenen Einigung Übergabe des Papiers nach den Vorschriften der §§ 1204 ff. erforderlich. Aber nicht nur die Entstehung des Pfandrechts, sondern das Pfandrecht in allen Beziehungen unterliegt den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Daher finden namentlich auch die für das Pfandrecht an Rechten im § 1273 ausgeschlossenen §§ 1208, 1213 Abs. 2 hier Anwendung. Ebenso kommen ergänzend die Vorschriften der §§ 1273—1290 zur Anwendung, soweit sich nicht aus den Sonderbestimmungen der §§ 1292 ff. ein anderes ergibt. Einzelne Besonderheiten ergeben sich aus den §§ 1294, 1296.

2. Sind Order- oder Inhaberpapiere verpfändet, so ist, auch wenn die Pfandforderung noch nicht fällig und noch nicht in eine Geldforderung übergegangen ist, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung ausschließlich berechtigt (wie hier Gierke und Biermann; a. M. Planck zu § 1294) und kann der Schuldner nur an ihn leisten (§ 1294). Mit dieser Vorschrift ist für die Inhaberpapiere eine Ausnahme von der Bestimmung des § 1228 Abs. 2 und für die Orderpapiere eine solche von der Bestimmung der §§ 1282 Abs. 1, 1283 Abs. 2 und 3 begründet. Daraus, daß der Pfandgläubiger sofort, auch wenn seine Forderung noch nicht fällig ist, zur Einziehung berechtigt ist und die Einziehung ohne Aushändigung des Papiers an den Schuldner nicht bewirken kann (§ 797), dürfte sich ergeben, daß das Pfandrecht durch Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 1205 Abs. 2) oder durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206) wirksam nicht bestellt werden kann. Dies wird auch in den Mot. III S. 868 wenigstens für die Fälle der Verwahrung des Papiers unter Mitverschluß oder durch einen Pfandhalter angenommen. Aus der rechtlichen Natur dieser Papiere dürfte sich ergeben, daß zur Übertragung wie zur Verpfändung die Einräumung des unmittelbaren und alleinigen Besitzes erforderlich ist. Für die Orderpapiere wird dies auch allgemein anerkannt (Biermann Nr. 1, Planck Nr. 3 b zu § 1292; Staub Nr. 11 zu § 368 HGB.), für die Inhaberpapiere dagegen bestritten von Dernburg SR. § 281 Nr. 1, Endemann SR. § 145, Planck Nr. 2 a zu § 1192, Biermann Anm. zu § 1293, die aber annehmen, daß der Pfandgläubiger vom Gläubiger Einräumung des Alleinbesitzes verlangen könne, so daß die Streitfrage nicht von erheblicher praktischer Bedeutung ist.

„Ist der Pfandgläubiger berechtigt, die Forderung aus dem Papier ohne Mitwirkung des Pfandschuldners einzuziehen, so hat er auch für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen und von der Einziehung den Pfandschuldner, wenn tunlich, unverzüglich zu benachrichtigen (§ 1285 Abs. 2). Erfolgt die Einziehung nach Eintritt der Fälligkeit der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung, so gilt diese, soweit dem Pfandgläubiger der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als vom Pfandschuldner berichtigt (§ 1288 Abs. 2). Andernfalls ist der eingezogene Betrag unter Mitwirkung des Pfandschuldners nach § 1288 Abs. 1 verzinslich anzulegen." (Denkschr. z. BGB. S. 238.) Eine Abtretung an Zahlungs Statt (§ 1282 Abs. 1 Satz 3) wird kaum in Frage kommen, da der Pfandgläubiger sowohl bezüglich der Order- als auch bezüglich der Inhaberpapiere das volle Gläubigerrecht ausübt. Aus demselben Grunde genügt (abweichend von der Vorschrift des § 1283 Abs. 2) die Kündigung des Schuldners an den Pfandgläubiger. Der Pfandgläubiger kann auch vor Fälligkeit seiner Forderung dem Schuldner kündigen.

3. Ein verpfändetes Orderpapier, das einen Börsen- oder Marktpreis hat, kann der Pfandgläubiger aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten

Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise verkaufen lassen, jedoch erst dann, wenn die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung fällig und in eine Geldforderung übergegangen ist (§§ 1295, 1221, 1228 Abs. 2). Der Verkauf wird dann nötig, wenn die Einziehung noch nicht möglich ist, weil Zahlung aus dem Papier erst nach geraumer Zeit begehrt werden kann. Zum Schutze des Pfandschuldners ist der Verkauf von Förmlichkeiten abhängig gemacht, die für die Erzielung und Feststellung des laufenden Preises Garantie bieten. Vorherige Androhung des Verkaufs und eine zeitliche Beschränkung des Verkaufsrechts sind nicht vorgeschrieben, da § 1234 nicht bezogen ist (a. M. Planck Nr. 2 zu § 1295, wie hier Biermann zu § 1295, Staub Nr. 68 zu § 368 HGB.).

Auf Inhaberpapiere bezieht sich § 1295 nicht. Für diese gelten nach § 1293 die Bestimmungen über den Verkauf eines Faustpfands (§§ 1233—1239, 1241). Der Verkauf muß vorher angedroht werden, darf nicht vor Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen ꝛc.

4. Während das Pfandrecht an einer Forderung sich auf deren Zinsen erstreckt (§ 1289), erstreckt sich das Pfandrecht an einem Wertpapier (einschließlich der Order- und Inhaberpapiere) auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger mit übergeben sind (§ 1296). Auch in diesem Falle ist jedoch der Verpfänder in Ermanglung einer abweichenden Vereinbarung berechtigt, vom Pfandgläubiger bei Eintritt der Fälligkeit der Scheine deren Herausgabe zu verlangen, soweit sie vor der Fälligkeit der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung fällig geworden sind (§ 1296 Satz 2). Eine abweichende Vereinbarung liegt z. B. vor, wenn das Pfandrecht als Nutzpfandrecht (§ 1213 Abs. 1) bestellt ist. Dafür, daß eine abweichende Vereinbarung getroffen sei, ist der Verpfänder beweispflichtig.

Nach Eintritt der Fälligkeit der Pfandforderung kann der Pfandgläubiger die Scheine durch Einziehung oder durch Verkauf behufs seiner Befriedigung verwerten.

Nach § 1195 Satz 2 finden auf einen auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbrief die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff.) entsprechende Anwendung. Es ist nicht zweifelhaft, daß mit dem Grundschuldbriefe Zinsscheine ausgegeben werden können (§§ 803 bis 805). Auf diese findet § 1296 Anwendung.

5. Vgl. im übrigen die §§ 1187—1189, 1195 nebst Anm.

Anhang.

Schuldübernahme.

Die rechtsgeschäftliche Schuldübernahme ist im Liegenschaftsverkehr überaus häufig und unentbehrlich. Bei dem jetzigen Stande der hypothekarischen Belastung des Grundbesitzes ist es geradezu die Regel, daß bei dem auf Rechtsgeschäft beruhenden Eigentumswechsel der Erwerber des Grundstücks Schulden des Veräußerers, für die das Grundstück haftet, in Anrechnung auf den Kaufpreis oder auf die sonstige Gegenleistung übernimmt. Daher darf eine, wenn auch nur kommentatorische, Bearbeitung des Liegenschaftsrechts die wichtige, erst der neuesten Rechtsentwickelung angehörende Rechtserscheinung nicht unerörtert lassen. Das BGB. widmet der Schuldübernahme einen eigenen Abschnitt und in diesem wieder dem Falle, daß der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag eine Schuld des Veräußerers übernimmt, für die eine Hypothek am Grundstücke besteht, einen besonderen Paragraphen (416). Diese Sondervorschrift interessiert für das Liegenschaftsrecht vornehmlich. Sie steht jedoch mit vor- und nachstehenden Bestimmungen des betreffenden Abschnitts im engsten Zusammenhang und läßt sich losgelöst von diesen aus sich selbst nicht erläutern. Eine weitere Sonderbestimmung befindet sich im § 53 ZVG., deren Besprechung ebenfalls nicht umgangen werden kann.

Zum Verständnisse des ganzen Rechtsinstituts dienen folgende allgemeine Bemerkungen.

Schuldübernahme liegt vor, wenn sich jemand verpflichtet, an Stelle des bisherigen Schuldners oder neben ihm in eine bestehende Schuld einzutreten. In beiden Fällen bleibt die Schuld bestehen. Im ersten Falle scheidet der bisherige Schuldner aus dem Schuldverhältnis aus (privative Schuldübernahme), im zweiten tritt der neue Schuldner neben ihm als Gesamtschuldner ein (kumulative Schuldübernahme). Scharf davon zu unterscheiden ist die Erfüllungsübernahme, die in zwei Gestalten vorkommt, nämlich so, daß in einem Vertrage der eine Teil sich zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teiles verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen (eigentliche Erfüllungsübernahme; § 329 BGB.), oder so, daß sich jemand in einem Vertrage dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (Bürgschaft; § 765 BGB.) In diesen beiden Fällen tritt eine Veränderung in dem Schuldverhältnis und in der Person des Schuldners nicht ein, insbesondere findet auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft eine kumulative Schuldübernahme der Regel nach nicht statt, sondern auch die Verpflichtung des selbstschuldnerischen Bürgen ist als akzessorische Verbindlichkeit aufzufassen (vgl. Mot. II S. 670). Die Fälle der Erfüllungsübernahme sind demnach aus dieser Betrachtung auszuscheiden. Aber auch die kumulative Schuldübernahme interessiert — abgesehen von der Sondervorschrift des § 419 BGB. — für das Liegenschaftsrecht nicht.

Zunächst ist der wichtigste Fall, die privative Schuldübernahme, zu besprechen, der Fall der Sondernachfolge in eine Schuld. „Dem römischen Rechte war der

Begriff der Sukzession in die Schuld fremd. Ein vertragsmäßiger Wechsel in der Person des Schuldners konnte nur durch Novation" (d. h. durch Aufhebung der alten und Substituierung einer neuen Schuld) „herbeigeführt werden. Auf dem Boden des röm. Rechtes steht in dieser Beziehung noch der code civ. Art. 1271, 1274, 1275—1277, 1279. Dagegen liegt schon in der Expromission des PALR. (I 14 §§ 399 ff.) eine durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer herbeigeführte, aber allerdings auch nur durch solchen Vertrag zu erreichende Sukzession in die Schuld, wobei das Schuldverhältnis im übrigen, im Gegensatze zur Novation, in seiner Wesenheit erhalten blieb." (Mot. II S. 142.) Der ursprüngliche Schuldner schied durch einen solchen Vertrag aus der Schuldverbindlichkeit aus (RG. E. 2 S. 263, Bd 7 S. 220). Demnächst wurde durch den noch näher zu besprechenden § 41 PEigG. eine auf einem Vertrage des Übernehmers mit dem Schuldner beruhende, zunächst nur kumulativ wirkende Schuldübernahme geschaffen, bei der der Gläubiger weder durch Genehmigung noch sonst mitzuwirken hatte. Die neuere Rechtsentwickelung neigte, den Bedürfnissen des Verkehrs folgend, immer mehr der Anerkennung der privativen Schuldübernahme zu. Dabei blieb streitig, ob in dem Schuldübernahmevertrag ein Vertrag zugunsten eines Dritten (nämlich des Gläubigers; RG. E. 7 S. 131) zu erblicken sei, ob die Wirkungen der Schuldübernahme schon mit der Bekanntmachung an den Gläubiger oder erst mit seiner Genehmigung eintreten, ob endlich in der Bekanntmachung ein Vertragsanerbieten liege.

Das BGB. hat der modernen Rechtsentwickelung Rechnung getragen. Es erkennt die privative Schuldübernahme in zweifacher Gestalt an. Sie kann entweder durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger (§ 414) oder durch Vertrag des Übernehmers mit dem Schuldner (§§ 415, 416) erfolgen. Die Ausgestaltung des ersten Falles bot keine Schwierigkeit. Mit dem Abschlusse des Vertrags scheidet der alte Schuldner aus und an seine Stelle tritt der Übernehmer. Irgend einer Mitwirkung des bisherigen Schuldners bedarf es nicht. Mehr Schwierigkeit bot der zweite Fall, an den sich die erwähnten Streitfragen anknüpften. Abgelehnt mußte die Annahme werden, daß der Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner durch bloße Mitteilung vom Übernahmevertrag auch für den Gläubiger bindend werde. Die Einrückung eines neuen Schuldners unter Ausscheiden des alten greift so erheblich in die Interessen des Gläubigers ein, daß sie von seiner Genehmigung abhängig gemacht werden muß. Auch die Annahme, daß der Vertrag eine Begünstigung des Gläubigers enthalte, ist mit der in der Rechtslehre vorherrschenden Meinung abgelehnt. Der Schuldübernahmevertrag ist „an der Hand der Auffassung geregelt, wonach er, wie die dingliche Verfügung über das Gut eines anderen seitens eines nichtberechtigten Dritten, einen Dispositionsakt über ein fremdes Vermögensrecht enthält . . . Der zwischen dem alten und dem neuen Schuldner abgeschlossene Übernahmevertrag ist demgemäß nur in Ansehung seiner Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger für abhängig erklärt von der Genehmigung des Gläubigers (BGB. § 182). . . . Hiermit ist vom BGB. zugleich die Anschauung zurückgewiesen, die in dem Vertrage zwischen dem alten und dem neuen Schuldner oder in der Notifikation dieses Vertrags an den Gläubiger eine (Kollektiv-) Offerte an den letzteren zum Beitritte zu dem Vertrag erblickt. Die Genehmigung ist vielmehr ein einseitiges selbständiges Rechtsgeschäft." (Mot. II S. 144.) Über die verschiedenen Konstruktionsversuche vgl. Schollmeyer Nr. 4 und Planck Nr. 1 zu § 415.

Im folgenden wird überall nur von dem hier allein interessierenden Falle der Übernahme einer Schuld, für die eine Hypothek besteht, gesprochen werden.

A. Die privative Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 414. Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

§ 415. Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.

§ 416. Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt. Sind seit dem Empfange der Mitteilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als erteilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Absatz 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mitteilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzuteilen. Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen.

§ 417. Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen.

Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten.

§ 418. Infolge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Die Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden.

I. In beiden Fällen der privativen Schuldübernahme (§§ 414, 415) ist der Übernahmevertrag auf unmittelbaren Übergang der Schuld von dem alten Schuldner auf den neuen Schuldner gerichtet, nicht auf Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Schuldübernahme. Er ist, wie die Forderungsabtretung (§ 398), ein Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, als solcher abstrakter Natur und formfrei (Mot. II S. 143; RG. E. 51 S. 122). Ist die Schuldübernahme derart integrierender Bestandteil eines anderen Vertrags, daß sie nach dem Willen der Vertragschließenden keinen selbständigen Bestand haben soll, so hat sie keine Wirksamkeit, wenn der andere Vertrag wegen Formmangels nichtig ist. Ist sie in oder neben einem Grundstücksveräußerungsvertrage zwischen dem Schuldner und dem Erwerber des Grundstücks vereinbart und dieser Vertrag entbehrt der nach § 313 Satz 1 erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, so können weder die Vertragschließenden gegeneinander noch der Gläubiger Rechte daraus herleiten. Wird aber der Mangel der Form demnächst durch Auflassung und Eintragung geheilt (§ 313 Satz 2), so wird damit auch die Schuldübernahme gültig. Für die kumulative

Schuldübernahme verlangt das RG. E. 51 S. 122 Schriftform. Diese Entscheidung ist jedoch später eingeschränkt auf die regelmäßigen Fälle, wo die Schuldübernahme in Wirklichkeit Bürgschaft ist (RG. E. 59 S. 232).

In beiden Fällen ist die Schuldübernahme gegenstands- und darum wirkungslos, wenn eine persönliche Schuldverbindlichkeit dessen, der befreit werden soll, nicht besteht. Ist z. B. der Veräußerer nicht persönlich, sondern nur mit dem Grundstücke verhaftet, so wird der Erwerber durch die Übernahme der Hypothek nicht persönlicher Schuldner des Hypothekengläubigers (RG. E. 22 S. 237, Bd 23 S. 252, Gruch. 40 S. 1067).

Das Verbot des Selbstkontrahierens (BGB. § 181) gilt auch für die Schuldübernahme. Das vom Vertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit seinem Gläubiger getroffene Abkommen, wonach der Vertreter die Gesellschaft seine Schuld übernehmen läßt und der Gläubiger diese Schuldübernahme genehmigt, ist in allen seinen Teilen nichtig (RG. E. 51 S. 422).

II. Wird der Vertrag, durch den die Schuld übernommen wird, zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger geschlossen (Fall des § 414), so ist damit das Rechtsgeschäft vollständig erledigt. Der bisherige Schuldner ist befreit, gleichviel ob er damit einverstanden ist, und der Übernehmer ist an seiner Stelle Schuldner geworden (Mot. II S. 143). Dadurch unterscheidet sich die privative Schuldübernahme von der Bürgschaft.

III. Wird der Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner geschlossen (Fälle der §§ 415, 416), so ist damit die beabsichtigte dingliche Wirkung, die Befreiung des Schuldners, noch nicht erreicht, sondern es bedarf dazu der Genehmigung des Gläubigers. Dagegen erzeugt der Vertrag sofort obligatorische Beziehungen der Vertragschließenden untereinander. „Die Schuld ist im Verhältnisse der Vertragschließenden als vom Schuldner auf den Übernehmer übergegangen anzusehen" (Mot. II S. 145). Diese sofortige Wirksamkeit zeigt sich darin, daß der Übernehmer bis zur Genehmigung des Gläubigers und nach Verweigerung dieser Genehmigung dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (§ 415 Abs. 3). Es liegt demnach in dieser Schuldübernahme zugleich eine Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329, aus der der Gläubiger im Zweifel keine Rechte herleiten kann. Aber diesen obligatorischen Inhalt hat der Übernahmevertrag nur im Zweifel, d. h. wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben, also in den Regelfällen (RG. V 330. 1900). Ist eine solche obligatorische Verpflichtung im Vertrag ausgeschlossen, so liegt lediglich ein dinglicher Vertrag vor, dessen Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Im Regelfall ist der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen, und zwar muß die Befriedigung rechtzeitig erfolgen, d. h. in dem Zeitpunkte, wo der Gläubiger sie fordern kann. Der Schuldner soll nicht der Klage oder den Zwangsvollstreckungsmaßregeln des Gläubigers ausgesetzt sein. Versäumt der Übernehmer die rechtzeitige Befriedigung, so handelt er vertragswidrig und ist dem Schuldner für den diesem dadurch entstehenden Schaden verantwortlich. Der Schuldner darf aber anderseits nicht selbst, etwa durch Ausübung eines ihm zustehenden Kündigungsrechts, die Fälligkeit herbeiführen, falls der Übernehmer nicht damit einverstanden ist; denn im Verhältnisse dieser beiden untereinander gilt der Schuldner als aus dem Schuldverband ausgeschieden. Der Schuldner handelt mithin vertragswidrig, wenn er trotzdem auf das Vertragsverhältnis zum Nachteile des Übernehmers einwirkt. Er hat alsdann keinen Schadenersatzanspruch gegen den Übernehmer und kann Erstattung dessen, was er durch seine eigene Schuld verfrüht hat zahlen müssen, jedenfalls erst in dem Zeitpunkte verlangen, wo die Zahlung ohne sein Eingreifen fällig geworden wäre. Alles dies gilt auch für den Fall der Versagung der Genehmigung. — Im besonderen Falle der Übernahme einer auf dem verkauften Grundstücke ruhenden Hypothek durch den Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis wurde nach bisherigem gemeinem und preuß. Rechte angenommen, daß der Käufer beim Mangel anderweiter Vereinbarungen die Wahl habe (OTrib. Arch. 18 S. 152), den Gläubiger zu veranlassen, den Verkäufer aus der per-

sönlichen Haft und die etwa dem Verkäufer verbliebenen mitverhafteten Grundstücke aus der hypothekarischen Haft zu entlassen, oder den Gläubiger zu befriedigen und ihn zu veranlassen, dem Verkäufer löschungsfähige Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen (vgl. z. B. OTrib. E. 7 S. 298, Bd 65 S. 308, 314, Bd 77 S. 177; RG. E. 7 S. 222, 256, JW. 1899 S. 324 Nr. 53). Auch für diesen Fall ist nach jetzigem Rechte im Zweifel nur die Pflicht des Käufers, den Gläubiger zur rechten Zeit zu befriedigen, begründet. Darüber, in welchem Zeitpunkte die Befriedigung zu erfolgen hat, herrschte in der früheren Rechtsprechung Meinungsverschiedenheit. Das OTrib. (E. 19 S. 203, Bd 77 S. 171, anders Arch. 93 S. 8) nahm an, daß die Befreiungspflicht erst dann fällig sei, wenn dem Gläubiger die Einziehungsbefugnis zustehe, nicht schon dann, wenn der Schuldner vermöge einer ihm eingeräumten Kündigungsbefugnis bereits früher zahlen dürfe. Das RG. nahm dagegen an, daß der übernehmende Käufer mit dem ersten offen stehenden Kündigungstermine kündigen müsse und daß seine Befreiungspflicht dem Verkäufer gegenüber mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist nach der ersten Kündigungsmöglichkeit fällig werde. Bei der 2. Lesung des Entw. e. BGB. wurde ein der Rechtsprechung des RG. entsprechender Gesetzesvorschlag abgelehnt, weil es nicht in der Absicht der Parteien liege, daß das Schuldverhältnis möglichst bald getilgt werde; wer eine Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme, wolle sie auf dem Grundstücke liegen lassen und nicht zur Löschung bringen; die Übernahme der Hypotheken werde gerade deshalb vereinbart, weil der Käufer nicht flüssige Mittel genug habe, die Hypotheken abzustoßen (Prot. I S. 406, 411). Danach bleibt es auch für den Fall der Hypothekenübernahme bei der Regel des § 415 Abs. 3, d. h. der Übernehmer ist dem Verkäufer gegenüber im Zweifel nur verpflichtet, den Gläubiger in dem Zeitpunkte zu befriedigen, wo dieser die Befriedigung fordern kann (so jetzt auch Königsberg Rsp. 4 S. 228). Zur Begründung der Klage des Eigentümer-Schuldners gegen den Übernehmer aus § 415 Abs. 3 ist die Behauptung erforderlich, die Hypothekenforderung sei fällig. Mit der Klage kann nur verlangt werden, daß der Übernehmer den Gläubiger befriedige. Der Antrag, den Übernehmer zu verurteilen, daß er den Eigentümer von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit befreie, ist überflüssig, da die Befreiung des Eigentümers durch die Befriedigung des Gläubigers infolge des Erlöschens des Schuldverhältnisses (§ 362) kraft Gesetzes eintritt (RG. V B 147. 04).

IV. Der § 416 handelt von dem Falle der Übernahme einer persönlichen Schuld, für die eine Hypothek besteht. Abweichend sind — abgesehen vorerst von der Bestimmung des § 416 Abs. 3 — nur die Genehmigung und deren Voraussetzungen geregelt. Im übrigen gelten die Bestimmungen des § 415 auch für den Fall des § 416 (a. M. v. Blume in Jhering J. 39 S. 419, Bd 40 S. 123, wie hier Regelsberger das. Bd 40 S. 483) zu dessen Darstellung nunmehr überzugehen ist.

V. Wenn der Erwerber eines Grundstücks in dem Vertrage mit dem Veräußerer eine persönliche Schuld des letzten, für die das Grundstück hypothekarisch haftet, übernimmt, so geschieht das regelmäßig in der Absicht der Anrechnung des Betrags der Schuld auf die vom Erwerber zu gewährende Gegenleistung; diese soll insoweit getilgt sein. Offensichtlich wird dieser Zweck nur erreicht, wenn der Veräußerer aus dem Schuldverhältnisse völlig ausscheidet; denn andernfalls würde nur eine Erfüllungsübernahme, die Verpflichtung des Erwerbers, die Schuld des Veräußerers zu bezahlen oder ihn davon zu befreien, vorliegen und die definitive Berichtigung der dem Erwerber obliegenden Gegenleistung erst mit der Erfüllung dieser Verpflichtung eintreten. Der Verkehr drängte auf eine gesetzliche Lösung des Problems in diesem Sinne, der jedoch das Dogma von der Unmöglichkeit der Sondernachfolge in eine Schuld hindernd im Wege stand. Nach verschiedenen gesetzgeberischen Versuchen glaubte man im § 41 PEigG. den Verkehrsbedürfnissen dadurch abhelfen zu können, daß man dem Gläubiger aus dem Übernahmevertrag, auch wenn er diesem nicht beigetreten war, die persönliche Klage gegen den Erwerber gab, den Veräußerer aber aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit erst ausscheiden ließ, wenn der Gläubiger nicht inner-

halb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht hatte, die Hypothek dem Erwerber gekündigt und binnen sechs Monaten nach eingetretener Fälligkeit eingeklagt hatte. Diese Lösung erwies sich als verfehlt und belastete die Praxis mit einer Unzahl von Entscheidungen, die überdies zu unerquicklichen Ergebnissen führen mußten. Auffallend war zunächst, daß der Gläubiger ohne sein Zutun, ohne Beitritt, ohne Genehmigung neben seinem bisherigen Schuldner einen neuen Schuldner und bei mehrfachen, aufeinanderfolgenden Veräußerungen und Schuldübernahmen eine ganze Reihe neuer persönlicher Schuldner erhielt. Daß dieser Erfolg des Schuldübernahmevertrags den regelmäßigen Parteiintentionen nicht entsprach, wurde in der Praxis nicht bezweifelt. Regelmäßig ist es die Absicht der Vertragschließenden, den Veräußerer, der in dem Grundstück einen der Hypothek gleichkommenden Vermögenswert hingegeben hat, dagegen zu sichern, daß er noch nach Jahren als persönlicher Schuldner in Anspruch genommen werde. Auffallend und allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerstrebend war aber auch die Bestimmung, daß der Gläubiger nach der durch den Veräußerer bewirkten Bekanntmachung der Schuldübernahme zur Kündigung und Klage genötigt wurde, wenn er seinen wohl erworbenen persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer nicht verlieren wollte.

Nachdem das BGB. die Möglichkeit der auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsnachfolge in eine Schuld anerkannt hatte, war eine befriedigende Lösung der praktisch höchst wichtigen Frage ermöglicht. In keinem Falle der beabsichtigten privativen Schuldübernahme kann der von den Vertragschließenden nicht gewollte Erfolg eintreten, daß der Gläubiger statt eines Schuldners mehrere erhält. Genehmigt er die Schuldübernahme, so hat er nur einen Schuldner, nämlich den Übernehmer (den Erwerber des Grundstücks); genehmigt er sie nicht, so hat er wiederum nur einen, nämlich den bisherigen Schuldner. Das Recht zur Genehmigung erwirbt der Gläubiger nicht schon mit dem Abschlusse des zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer geschlossenen Vertrags, sondern erst mit dem Augenblick, in dem der Veräußerer (im Falle des § 415 dagegen der Schuldner oder der Übernehmer) ihm die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Eine Pflicht zur Genehmigung besteht für den Gläubiger überhaupt nicht. Der § 416 findet nur Anwendung, wenn eine rechtsgeschäftliche Veräußerung stattgefunden hat und der veräußerte Gegenstand ein Grundstück oder ein Erbbaurecht oder eine sonstige selbständige Gerechtigkeit ist, auf die die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden (S. 544 f.). Letzteres verneinen mit Unrecht Schollmeyer Nr. 2 b zu § 416 und Rehbein Nr. 20 zu §§ 414—419; es ergibt sich klar aus § 1017 Abs. 1. Da die persönliche Schuld übernommen wird, muß der Veräußerer persönlicher Schuldner der übernommenen Schuld, für die die Hypothek besteht, sein. Schließt der vom Veräußererer verschiedene persönliche Schuldner mit dem Erwerber einen Übernahmevertrag, so kommt § 415 zur Anwendung (Schollmeyer Nr. 2 c zu § 416).

1. Voraussetzungen des Rechtes zur Genehmigung sind:

a. Mitteilung der Schuldübernahme seitens des Veräußerers an den Gläubiger. Der Veräußerer als persönlicher Schuldner hat in erster Reihe Anspruch darauf, über die künftige Rechtslage Gewißheit zu erhalten. Sein Schutz wird hauptsächlich durch den § 416 bezweckt: er soll nicht der Ungewißheit darüber ausgesetzt sein, ob nicht sein Recht zur Mitteilung durch eine bereits vom Erwerber gemachte Mitteilung ausgeschlossen sei und ob nicht der Gläubiger seine Erklärung bereits dem Erwerber abgegeben habe (Prot. 1 S. 415). Durch eine vom Erwerber ausgehende Mitteilung erlangt der Gläubiger nicht das Recht der Genehmigung (Dresden ZBlFG. 4 S. 712). Von praktischer Bedeutung ist diese Unterscheidung nur für den Fall, daß der Gläubiger auf die Mitteilung schweigt oder die Genehmigung verweigert. Erteilt er die Genehmigung, so wird durch Mitteilung und Genehmigung, falls in der Mitteilung des Erwerbers ihrer Fassung nach ein Vertragsantrag gefunden werden kann, ein dem § 414 entsprechender Schuldübernahmevertrag zustande gebracht, der dieselben Wirkungen hat, wie die genehmigte Schuldübernahme des

§ 416 (RG. Gruch. 49 S. 359). In der Genehmigung wird solchenfalls die Annahme des Antrags ohne Zwang gefunden werden können (zustimmend Schollmeyer Nr. 1 zu § 416).

Die Mitteilung muß an den Gläubiger geschehen und ihm zugegangen sein. Dafür, daß letztes geschehen sei, liegt dem Veräußerer die Beweislast ob. Dieser Beweispflicht genügt er nicht dadurch, daß er nachweist, den Brief mit der Mitteilung auf die Post (RG. E. 13 S. 44) oder einem Boten zur Bestellung gegeben zu haben, sondern er muß beweisen, daß dem Gläubiger die Mitteilung zugegangen ist (BGB. § 130; RG. Gruch. 32 S. 1097). Ist der Gläubiger eine juristische Person, so muß die Mitteilung an das Organ erfolgen, das nach Gesetz oder Statut zur Vertretung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nach außen hin berufen ist, z. B. an den Magistrat einer Stadtgemeinde (ZPO. § 171). Die Mitteilung gilt als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zugestellt worden ist (BGB. § 132 Abs. 1). Ist der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der ZPO. erfolgen (BGB. § 132 Abs. 2; ZPO. §§ 203 ff.). Ist die Mitteilung an einen Bevollmächtigten des Gläubigers geschehen, so muß nachgewiesen werden, daß sich die Vollmacht auf die Entgegennahme der Mitteilung von Schuldübernahmen bezieht (RG. Bolze 6 Nr. 111). Ob es zu den Obliegenheiten oder Befugnissen eines mit der Vertretung des Gläubigers beauftragten Generalagenten gehört, solche Mitteilungen entgegenzunehmen, ist nach dem Inhalte der ihm erteilten Geschäftsinstruktion zu beurteilen. Die an den Generalagenten einer Hypothekenbank gerichtete Mitteilung ist wirksam, wenn der Generalagent den geschäftlichen Verkehr zwischen dem Gläubiger und Schuldner zu vermitteln, Gelder einzuziehen und die pünktliche Zahlung der Zinsen zu kontrollieren hat, wenn also seine Tätigkeit nicht mit der Entgegennahme und Weiterbeförderung der Beleihungsanträge beendet ist; und zwar ist eine solche Mitteilung auch dann wirksam, wenn der Generalagent die Weiterbeförderung an den oder die Vorsteher der Bank versäumt hat (RG. E. 35 S. 230). Ist eine im gesetzlichen Güterrechte lebende Ehefrau die Gläubigerin, so genügt, falls es sich um eine zu ihrem eingebrachten Gute gehörende Forderung handelt, die Mitteilung der Schuldübernahme an den Ehemann, da die Entgegennahme der Mitteilung ein einfacher Verwaltungsakt ist, zu dem es der Einwilligung der Frau nicht bedarf (BGB. §§ 1363, 1374 ff., 1403). Dasselbe gilt, wenn bei bestehender Gütergemeinschaft die Forderung zum Gesamtgute gehört (BGB. §§ 1443 ff.; RG. Gruch. 32 S. 1092). Im Falle der Gütertrennung oder wenn die Forderung Teil des Vorbehaltsguts ist, muß die Mitteilung von der Schuldübernahme an den Ehegatten erfolgen, zu dessen Vermögen oder vorbehaltenem Vermögen die Forderung gehört (BGB. §§ 1365 ff., 1426 ff., 1440, 1441, 1470). Ist der Mann der Schuldner der zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Hypothekenforderung, so muß er die Schuldübernahme seiner Frau mitteilen; im umgekehrten Falle erfolgt die Mitteilung seitens der Frau an den Mann und es bedarf dann nicht der Zustimmung des Mannes hierzu (BGB. § 1406 Nr. 3). Ist ein minderjähriges in väterlicher Gewalt befindliches Kind Gläubiger der übernommenen Schuld und geht die Mitteilung der Übernahme vom Vater als Veräußerer und Schuldner aus, so kann sie wirksam nur an einen dem Kinde zu bestellenden Pfleger geschehen (BGB. §§ 1630, 1909; RG. Gruch. 37 S. 1110). Übernimmt der Vater oder der Vormund für den Minderjährigen beim Erwerb eines Grundstücks eine Hypothek, für die der Veräußerer persönlich haftet, so ist dazu nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (München im Recht 1902 S. 435 Nr. 2017).

b. Die Mitteilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Daß die Auflassung erfolgt ist, genügt nicht; es muß ihr auch die Eintragung gefolgt sein (Oberneck 1 S. 857, Boethke in Gruch. 45 S. 181, Schollmeyer Nr. 3 d zu § 416). Dies entspricht dem Zwecke der Sondervorschrift des § 416, die Vereinigung der obligatorischen Haftung mit dem Eigentum an dem der

Hypothek unterworfenen Grundstück in einer Person zu befördern (Prot. I S. 415). Ist sie vor dem gedachten Zeitpunkt erfolgt, so kann das Schweigen des Gläubigers **nicht** als Genehmigung gedeutet werden; dagegen wird der auf eine vorzeitig erfolgte **Mitteilung** ausdrücklich erteilten Genehmigung die Wirksamkeit wenigstens dann nicht zu **versagen sein**, wenn die Genehmigung *nach* der Eintragung des Eigentumsübergangs erteilt ist. **Wird** auch die Genehmigung schon vor dieser Eintragung erteilt, so wird sie nicht für **unwirksam** zu erachten sein; aber sie kann bis zur Eintragung des Erwerbers widerrufen **werden** und erlangt volle Wirksamkeit erst mit jener Eintragung, mit der auch der **Lauf der sechs**monatigen Frist erst beginnt (a. M. Planck Anm. 1 d; ähnlich wie hier Schollmeyer Nr. 3 d zu § 416). Der Veräußerer kann die Mitteilung auch dann noch machen, wenn der **Erwerber** das Grundstück weiter veräußert hat und nicht mehr eingetragener Eigentümer ist (**RG.** E. 56 S. 200).

c. *Die Mitteilung muß* mit Rücksicht auf die schwerwiegende Wirkung, die sich abweichend von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus dem Schweigen des Gläubigers für seine Rechtslage ergibt (Prot. I 415), *schriftlich geschehen und* den ausdrücklichen Hinweis auf die mit der Versäumung der Erklärungsfrist nach dem Gesetze verbundene Rechtsfolge enthalten. Eine unter Androhung anderer Rechtsfolgen, z. B. der Verweigerung für den Fall des Schweigens des Gläubigers binnen einer bestimmten Frist, erfolgte Mitteilung ist unwirksam. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so gilt das Schweigen des Gläubigers nicht als Genehmigung. Erteilt aber der Gläubiger, nachdem der Erwerber als Eigentümer eingetragen ist, auf eine derart mangelhafte Mitteilung hin seine Genehmigung ausdrücklich, so treten alle Wirkungen der Schuldübernahme ein, falls die übrigen Voraussetzungen einer solchen vorliegen (wie hier Planck Nr. 2 a zu § 416 u. RG. V 387. 05; a. M. Rehbein Nr. 24 zu §§ 414—419 und RG. Gruch. 49 S. 354). Die hier (abweichend vom § 415) erforderte Schriftform ist nur gewahrt, wenn die Mitteilung vom Veräußerer eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist (BGB. § 126 Abs. 1). Erklärt der Gläubiger seine Genehmigung ausdrücklich, so kommt es nicht darauf an, ob der Veräußerer die Mitteilung schriftlich gemacht hat (München Seuff. Arch. 60 S. 61).

2. Im Falle des § 415 vergibt der Gläubiger seinem Rechte nichts, wenn er sich auf die Mitteilung von der Schuldübernahme schweigend verhält. Er kann zu jeder Zeit die Genehmigung erteilen oder ablehnen. Nur wenn ihm vom Mitteilenden eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung gesetzt ist, kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. Anders ist die Frage für den Fall des § 416 geregelt. Die Befugnis, dem Gläubiger eine Frist mit der Folge zu setzen, daß die Genehmigung bei fruchtlosem Ablaufe der Frist für verweigert gelte, reicht hier nicht aus. Ebensowenig entspricht es den Verkehrsbedürfnissen, wenn die Entschließung des Gläubigers für unbegrenzte Zeit in der Schwebe bleibt. „Die Fälle, in denen der Veräußerer wider Erwarten nach langen Jahren wegen der persönlichen Schuld in Anspruch genommen wird, obwohl das Grundstück inzwischen durch weitere Hände gegangen ist, werden stets als Unbilligkeit empfunden. Da nach der Auffassung des Verkehrs bei einer durch Hypothek gesicherten Forderung der Regel nach das Hauptgewicht auf die Hypothek, nicht auf die persönliche Haftung des Schuldners gelegt wird, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Gläubiger, wenn er auf die Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme längere Zeit schweigt, mit dem Eintritte des Erwerbers als Schuldners an Stelle des Veräußerers einverstanden ist. Daher bestimmt § 416 Abs. 1 Satz 2, daß die Genehmigung des Gläubigers zu der Schuldübernahme als erteilt gilt, wenn der Gläubiger nicht innerhalb sechs Monate nach dem Empfange der Mitteilung des Veräußerers die Genehmigung diesem gegenüber verweigert." (Denkschr. z. BGB. S. 85.) Die dem Erwerber gegenüber erklärte Verweigerung hat keine Wirkung. Die sechsmonatige

Frist beginnt mit dem auf den Tag des Empfangs der Mitteilung folgenden Tage und ist nach den §§ 187, 188, 193 BGB. zu berechnen.

3. Wie der Veräußerer, so hat auch der Erwerber ein Interesse daran, Gewißheit über seine Rechtslage zu erhalten. Diese Gewißheit kann nur durch Mitteilung der Übernahme an den Gläubiger erlangt werden. Dem Erwerber ist das Recht zur Mitteilung im Falle des § 416 entzogen. Den Interessen des Erwerbers ist dadurch Rechnung getragen, daß dem Veräußerer die obligatorische Verpflichtung auferlegt ist, dem Gläubiger die Mitteilung von der Schuldübernahme — in einer dem § 416 Abs. 2 Satz 2 entsprechenden Weise — zu machen. Diese Verpflichtung ist (im § 416 Abs. 3 Satz 1) nicht ohne weiteres an den Abschluß des Übernahmevertrags geknüpft, sondern das Gesetz läßt sie, weil es oft im Interesse beider Parteien liegen werde, daß die Mitteilung vorerst unterbleibe (Prot. I S. 417), erst auf Verlangen des Erwerbers eintreten. Dem Veräußerer ist aber im § 416 Abs. 3 Satz 2 auch die weitere Pflicht auferlegt, den Erwerber sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, zu benachrichtigen, und zwar unaufgefordert, weil der Erwerber regelmäßig ein Interesse an sofortiger Kenntniserlangung hat (Prot. I S. 417). Schuldhafte Verletzung dieser Pflichten erzeugt Schadenersatzansprüche.

4. Die Mitteilung muß alle für die Entschließung des Gläubigers wesentlichen Momente enthalten, insbesondere die Person des Schuldübernehmers und die übernommene Schuld bezeichnen (a. M. Oberneck 1 S. 857). Es wird sich empfehlen, eine Abschrift des Übernahmevertrags beizufügen.

5. Die Genehmigung und die Verweigerung sind an keine Form gebunden. Sie können rechtswirksam auch durch konkludente Handlungen erfolgen (RG. V 472. 04). Als stillschweigende Genehmigung gilt es nach § 416 Abs. 1 Satz 2, wenn der Gläubiger die ihm gestellte sechsmonatige Frist verstreichen läßt, ohne dem Veräußerer gegenüber die Genehmigung zu verweigern. Eine stillschweigende Verweigerung wird darin zu finden sein, daß der Gläubiger nach erhaltener, dem § 416 entsprechender Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme die Forderung gegen den Veräußerer einklagt oder die vorher gegen ihn erhobene persönliche Klage fortsetzt. In der Anstellung der persönlichen, nicht auch der dinglichen (hypothekarischen) Klage gegen den als Eigentümer eingetragenen Erwerber, wird eine Genehmigung zu finden sein (RG. E. 19 S. 254, Bd 33 S. 191).

6. Die Verweigerung der Genehmigung muß dem Veräußerer gegenüber erklärt werden. Die dem Erwerber gegenüber erklärte Verweigerung ist unwirksam und hindert nicht den Eintritt der im Gesetze (§ 416 Abs. 1 Satz 2) angedrohten Rechtsfolge. Die Bestimmung ist eine Ausnahme von der Vorschrift des § 182 Abs. 2. Für die Erteilung der Genehmigung ist eine solche Ausnahmebestimmung nicht getroffen, sie kann daher sowohl dem Veräußerer als auch dem Erwerber gegenüber erklärt werden (Planck 1 Nr. 1 b zu § 416, Ternburg Schuldverh. Abt. 1 § 159 Nr. 4, Oberneck 1 S. 859; a. M. Brettner in Gruch. 42 S. 794 u. Schollmeyer Nr. 3 e zu § 416).

7. Sobald auf eine seitens des Veräußerers ordnungsmäßig erfolgte Mitteilung der Gläubiger dem Veräußerer seine Genehmigung erklärt hat oder sobald seine Genehmigung nach § 416 Abs. 1 Satz 2 als erteilt gilt, erlangt der Übernahmevertrag dingliche Wirkung, d. h. der bisherige Schuldner scheidet aus der Schuldverbindlichkeit aus und an seine Stelle tritt der Übernehmer. Dem Schweigen des Gläubigers kann jedoch diese Wirkung nur beigelegt werden, wenn die Schuld unverändert übernommen ist. Werden Modalitäten wegen der Verzinslichkeit, Fälligkeit ꝛc. beigefügt, so liegt in der Mitteilung der Übernahme zugleich der Antrag auf Änderung des Schuldverhältnisses. Zur Erklärung auf diesen Antrag ist der Gläubiger nicht verpflichtet, sondern sein Schweigen gilt als Ablehnung und, da die Übernahme der Schuld nur mit jenen Modifikationen erfolgen sollte, so gilt auch die Schuldübernahme als nicht genehmigt (a. M. mit nicht überzeugender

Digitized by Google

Begründung Fuchs 1 S. 716 Nr. 12). Genehmigt aber der Gläubiger eine solche Schuldübernahme ausdrücklich, so wird darin zugleich eine Annahme der Vertragsänderungsofferte zu erblicken sein. Als eine Änderung des Schuldverhältnisses wird wohl auch die Übernahme nur eines Teiles der Schuld zu gelten haben (a. M. Oberneck 1 S. 863). Fügt der Gläubiger seiner Genehmigung der unmodifizierten Schuldübernahme Einschränkungen, Erweiterungen oder sonstige Änderungen bei, so liegt in der Tat keine Genehmigung, sondern die Verweigerung der Genehmigung vor (vgl. BGB. § 150 Abs. 2). Nehmen die Kontrahenten des Schuldübernahmevertrags die vom Gläubiger verlangten Modifikationen an und ändern demgemäß den Vertrag, so ist eine neue Mitteilung der so geänderten Schuldübernahme seitens des Veräußerers an den Gläubiger in der Form und mit dem Inhalte des § 416 Abs. 2 Satz 2 erforderlich, durch die der Gläubiger mit der Frage der Genehmigung aufs neue befaßt wird.

Fraglich ist, ob die vom Gläubiger beim Übernahmevertrag oder vorher erklärte Zustimmung (Einwilligung, § 183) zu der Schuldübernahme dieselbe Wirkung hat, wie die Genehmigung. Für den Fall des § 415 wird diese Frage unbedenklich zu bejahen sein (Planck Nr. 1 zu § 415; Mathiaß I § 101 Nr. II A, RG. E. 60 S. 415; a. M. Schollmeyer Nr. 2 zu § 415); für den Fall des § 416 wird die Beantwortung dahin zu geben sein, daß die Einwilligung erst mit dem Zeitpunkte der Eintragung des Übernehmers als Eigentümers, bis wohin sie widerrufen werden kann, der Schuldübernahme dingliche Wirkung verleiht (a. M. Fuchs 1 S. 714 Nr. 4).

Hat der Hypothekengläubiger gegen den auch persönlich haftenden Eigentümer des Pfandgrundstücks die persönliche Klage erhoben und schließt demnächst mit einem Dritten einen Schuldübernahmevertrag (§ 414), so scheidet der bisherige Schuldner aus; § 266 ZPO. findet also keine Anwendung (Schollmeyer Nr. 4 zu § 414).

8. Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt (§ 415 Abs. 2 Satz 1). Die Verweigerung ist ebenso wie die Genehmigung unwiderruflich. Der Gläubiger hat nicht mehr das Recht, durch nachträgliche Genehmigung einseitig die dingliche Wirkung der (fehlgeschlagenen) Schuldübernahme herbeizuführen. Eine andere Frage ist, ob in diesem Falle eine Wiederholung der Mitteilung zulässig ist. Unzweifelhaft kann dies nicht mit der Wirkung geschehen, daß der Gläubiger als genehmigend angesehen wird, wenn er sechs Monate geschwiegen hat: denn er hat seine Weigerung dem Veräußerer gegenüber ja schon erklärt. Aber es wird darüber hinaus behauptet (Planck Nr. 2 zu § 415; Mathiaß I § 101 Nr. II A 3), daß auch die ausdrückliche Genehmigung auf die zweite Mitteilung hin die dingliche Schuldübernahme nicht mehr zur Folge habe, daß die Mitteilung nur auf Grund eines neuen Schuldübernahmevertrags erfolgen dürfe. Der neue Vertrag soll (nach Planck) darin bestehen dürfen, daß die Kontrahenten übereinstimmend erklären, den früheren Vertrag aufrecht erhalten zu wollen. Daß ein solcher Rechtszustand unerquicklich, lästig und für die Vertragschließenden sehr kostspielig wäre, wird nicht verkannt werden können. Ein solcher Rechtszustand besteht aber nicht. Der Entw. I enthielt im § 315 Abs. 2 die Bestimmung: „Wird die Genehmigung verweigert, so ist der Gläubiger zur nachträglichen Erteilung derselben nur berechtigt, wenn er zu derselben aufgefordert wird." Die Bestimmung ist in das BGB. nicht übergegangen; aber bei den Beratungen der 2. Komm. wurde die von einer Seite aufgestellte Ansicht, daß die einmal verweigerte Genehmigung später nicht mehr erteilt werden könne, mit der zutreffenden Erwägung zurückgewiesen, daß es zweckmäßig erscheine, solange die Haftung des Übernehmers dem Schuldner gegenüber unverändert fortdauere, nicht den einfachsten Weg, sie zur Erledigung zu bringen, die Erwirkung der Genehmigung des Gläubigers, abzuschneiden (Prot. I S. 412). Sind alle Interessenten einverstanden, dann kann die früher verweigerte Genehmigung, gleichviel ob auf neue Mitteilung oder ohne eine solche, mit der dinglichen Wirkung der Schuldübernahme erteilt werden. Ist dies richtig, dann bedarf es nicht erst des von Dernburg (Schuldverh. Abt. I § 156 Anm. 3) gewiesenen Weges der Vereinbarung

Digitized by Google

der Schuldübernahme zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger, sondern die auf (erneutes) Ansuchen des Veräußerers erteilte Genehmigung reicht aus (so auch Oberneck 1 S. 861).

9. Unabänderlich wird der Schuldübernahmevertrag durch die Genehmigung des Gläubigers. Bis dahin können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben (§ 415 Abs. 1 Satz 3). Ist die Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme an den Gläubiger bereits erfolgt, so müssen ihm auch die bezüglich der Schuldübernahme getroffenen Änderungen mitgeteilt werden, widrigenfalls durch seine Genehmigung die Schuldübernahme mit dem ihm mitgeteilten ursprünglichen Inhalte zustande kommt. Die Genehmigung wirkt nach § 184 zurück. Daraus folgt, daß eine Kündigung des Gläubigers, die nach Abschluß des Übernahmevertrags dem Schuldner gegenüber erklärt war, durch die Genehmigung ihre Wirkung verliert, weil sie nicht an die richtige Adresse (den Übernehmer) gerichtet war. Tritt aber die vertragsmäßig bestimmte Fälligkeit (durch Eintritt des Kalendertags) ein, so ist die Schuld auch dem Übernehmer gegenüber fällig (Planck Nr. 2, Schollmeyer Nr. 1 b zu § 415).

10. Die Bestimmung des § 41 PEigG. setzte ihrem Wortlaute nach Übernahme einer Hypothek in einem Kaufvertrag in Anrechnung auf den Kaufpreis voraus. Die Praxis wandte sie auf alle Veräußerungsverträge an (RG. E. 1 S. 403, Bd 22 S. 237, Gruch. 40 S. 396, 1066). Der § 416 BGB. drückt seine Anwendbarkeit auf alle Veräußerungsverträge direkt aus. Er findet (ebenso wie § 41 PEigG.; vgl. Turnau I S. 783) nur auf die Übernahme von Hypotheken-, nicht auf die Übernahme von Grund- und Rentenschulden Anwendung (Planck Nr. 3 zu § 416, Dernburg Schuldverh. Abt. 1 § 159 Nr. 8, Puntschart Grundschuldbegriff S. 105 Anm. 1). Die 2. Komm. hat einen Antrag, die Bestimmung des § 416 auch auf Grundschulden auszudehnen, auf Grund folgender Erwägungen abgelehnt: „Für den Gesetzgeber bestehe keine Veranlassung, die Fälle, in denen zufolge besonderer Verabredung die an sich von einer persönlichen Verbindlichkeit unabhängige Grundschuld in eine gewisse Verbindung mit einer persönlichen Schuld gesetzt sei, zu berücksichtigen. Die Grundschuld habe den Zweck, dem reinen Realkredite zu dienen; die Verbindung mit einer persönlichen Schuld entspreche nicht ihrer Bestimmung. Habe sich aber der Gläubiger einmal neben der Grundschuld die persönliche Haftung des Bestellers ausbedungen, so würde es unbillig sein, die Haftung, auf die er Gewicht gelegt habe, der Vorschrift für Hypothekenschulden, bei denen man der persönlichen Haftung in der Regel keine Bedeutung beilege, zu unterstellen. Dem Verhältnis, in dem die persönliche Verbindlichkeit zu der Grundschuld stehe, entspreche es besser, es bei der Regel des § 415 BGB. zu belassen, so daß sowohl dem Veräußerer als dem Erwerber die Berechtigung zur Mitteilung der Schuldübernahme an den Gläubiger zustehe und das Schweigen des letzteren als Verweigerung zu gelten habe." (Prot. 1 S. 418.) Die Gründe, die Brettner (Gruch. 42 S. 794 f.) dafür anführt, daß § 416 auch die Übernahme von Grund- und Rentenschulden umfasse, erscheinen verfehlt; denn § 1192 BGB. sagt keineswegs, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek ohne Einschränkung entsprechende Anwendung finden, sondern enthält die ausdrückliche und gerade für die vorliegende Frage entscheidende Einschränkung: „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt", und daraus, daß in dem ZVG. (§ 53) die Grund- und die Rentenschuld der Hypothek inbetreff der Übernahme ausdrücklich gleichgestellt sind, ergibt sich doch wohl klar, daß es sich um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 416 BGB. handelt. Wäre § 416 auf Grund- und Rentenschuld zu beziehen, dann bedurfte es in dem ZVG. nicht jener besonderen Hervorhebung.

Gleichgültig ist, ob die für die übernommene Schuld bestehende Hypothek eine Buch- oder Briefhypothek, ob sie eine Sicherungs- oder Verkehrshypothek und ob sie nur vorgemerkt oder definitiv eingetragen ist (§§ 1113, 1116, 1184, 1190, 883 ff.). Auf eine Hypothek, die sich nach § 1177 Abs. 1 in eine Grundschuld verwandelt hat, findet § 416

keine Anwendung. Hat der veräußernde Eigentümer die Hypothek erworben und ist er zugleich auch persönlicher Gläubiger (§ 1177 Abs. 2), so ist zwar Schuldübernahme möglich, aber nicht nach § 416, weil es sich nicht um eine Schuld des Veräußerers handelt, sondern nach § 414, d. h. so, daß der Erwerber dem mit der Veräußerung wieder persönlicher Gläubiger werdenden Veräußerer gegenüber an die Stelle des bisherigen persönlichen Schuldners tritt. „Die Frage, ob eine Schuldübernahme auf das Kapital beschränkt ist, oder auch auf Nebenforderungen, z. B. auf fällige Zinsen sich bezieht, ist als Tatfrage der Entscheidung des einzelnen Falles überlassen" (Mot. II S. 146). Im Zweifel wird die Übernahme einer durch Hypothek gesicherten Schuld auf den Kaufpreis auch auf die eingetragenen Zahlungsmodalitäten und Nebenverpflichtungen zu beziehen sein (RG. E. 30 S. 288). Voraussetzung der Anwendung des § 416 ist immer, daß für die Schuld ein wirkliches hypothekarisches Recht besteht. Diese Voraussetzung ist z. B. nicht gegeben, wenn bei einer Kautionshypothek der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll (§ 1190), nicht angegeben ist (RG. E. 38 S. 228).

11. Mit der Genehmigung des Gläubigers gilt bei Übernahme der Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis dieser zum entsprechenden Teile als bezahlt (Mot. II S. 145). Verweigert der Gläubiger dagegen die Genehmigung, so ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (§ 415 Abs. 3). Erfüllt der Übernehmer diese Verpflichtung nicht und muß deshalb der Schuldner (Veräußerer) zahlen, so erlischt zwar die Schuld, die Hypothek geht aber kraft Gesetzes auf den Veräußerer über (§ 1164). „Hält der Erwerber nicht sein Wort, so darf er aus der durch seinen Vertragsbruch dem Veräußerer abgenötigten Zahlung nicht den Vorteil ziehen, daß sein Grundstück von der Hypothek frei wird. Die Billigkeit gegen den Veräußerer fordert vielmehr, diesen so zu behandeln, als hätte er die Schuld bereits vor der Veräußerung bezahlt. In diesem Falle wäre aber die Hypothek als Eigentümerhypothek auf ihn übergegangen." (Prot. I S. 419.) Gegen ihm schädliche Handlungen oder Unterlassungen des Gläubigers ist der diesem persönlich verhaftet gebliebene Veräußerer durch die §§ 1165, 1166 geschützt. Verzichtet der Gläubiger, ohne Befriedigung erhalten zu haben, auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein, so wird der Veräußerer von seiner persönlichen Schuld insoweit frei, als er ohne diese Verfügungen aus der Hypothek, wenn diese infolge der Befriedigung des Gläubigers auf ihn übergegangen wäre, hätte Ersatz erlangen können (§ 1165). Auch kann der Veräußerer, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung Schaden erleidet (§ 1166).

12. Liegen alle Voraussetzungen des § 416 vor, so erlangt der Gläubiger die persönliche Klage gegen den neuen Eigentümer (RG. JW. 27 S. A 278). Die Beweislast dafür daß eine Schuldübernahme zustande gekommen ist, liegt dem ob, der sich auf eine solche beruft. Es muß nachgewiesen werden, daß zwischen dem Veräußerer und dem Übernehmer ein Schuldübernahmevertrag geschlossen, daß davon dem Gläubiger eine dem § 416 nach Form und Inhalt entsprechende Mitteilung gemacht ist und daß der Gläubiger entweder genehmigt hat oder daß seit dem Empfange der Mitteilung sechs Monate verstrichen sind. Der Gegner hat dann zu beweisen, daß der Gläubiger dem Veräußerer gegenüber innerhalb der sechsmonatigen Frist die Genehmigung verweigert hat.

13. § 414 setzt voraus, daß der Übernehmer nicht selbst der Gläubiger ist. Ist er es, dann liegt in der Schuldübernahme die Befreiung des Veräußerers (Rehbein Nr. 20 b zu §§ 414—419).

14. In der Schuldübernahme liegt weder ein verpflichtendes Anerkenntnis, noch ein Schuldversprechen im Sinne der §§ 780, 781 BGB. (RG JW. 1889 S. 32 Nr. 51). Der Schuldübernahmevertrag ist dinglicher, abstrakter Natur

und erzeugt Sondernachfolge in die Schuld. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich für die Klage aus dem Schuldübernahmevertrag und die dagegen zulässigen Einwendungen folgende Konsequenzen:

a. Die Klage, die der Gläubiger durch die Schuldübernahme gegen den Übernehmer erwirbt, ist die Klage aus dem Rechtsgeschäfte, durch das die übernommene Schuld begründet ist. Neben diesem Rechtsgeschäfte hat der Gläubiger die Schuldübernahme nachzuweisen (vgl. Anm. 12), um die Passivlegitimation des Beklagten darzutun. Die Schuld wird erwiesen durch Vorlegung des Hypothekenbriefs oder durch das inbezug zu nehmende Grundbuch (BGB. §§ 891, 1138). Besteht für die Schuld nur eine Sicherungshypothek, so genügt die Eintragung im Grundbuche nicht zum Beweise, sondern das Bestehen und der Betrag der Schuld müssen besonders nachgewiesen werden (§§ 1184, 1185, 1190).

b. Gegen die Klage des Gläubigers stehen dem Schuldübernehmer (in allen Fällen der privativen Schuldübernahme):

α. die Einwendungen zu, die ihm gegen den Gläubiger unmittelbar erwachsen sind. Er kann eine von ihm an den Gläubiger geleistete Zahlung, einen ihm von diesem gewährten Erlaß, eine ihm an den Gläubiger zustehende Gegenforderung ꝛc. mit Erfolg geltend machen. Diesen selbstverständlichen Satz spricht § 417 nicht besonders aus. Im Falle des § 414 wird der Übernehmer mit Erfolg einwenden können, daß er die Schuld in der irrigen Meinung, dem Gläubiger gegenüber dazu verpflichtet zu sein, übernommen habe.

β. Es stehen ihm aber auch die Einwendungen zu, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben (§ 418 Abs. 1 Satz 1). Wie bei der Forderungsübertragung der Schuldner gegen den neuen Gläubiger (§ 404), so ist bei der Schuldübernahme der neue Schuldner gegen den Gläubiger zu allen Einwendungen befugt, die an der Forderung haften (Mot. II S. 146). Der Entw. I §§ 316, 302 nahm hiervon die sog. höchstpersönlichen Einreden aus. Das BGB. kennt solche Einreden nicht. Sollten höchstpersönliche Einreden durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner begründet werden, so wird sich aus der Vereinbarung unmittelbar ergeben, daß dem Übernehmer diese Einreden nicht zustehen (Prot. II S. 419 V, 387 VI). Abgesehen hiervon wird der Schuldübernehmer dem Gläubiger nur dann und nur insoweit verpflichtet, als der Schuldner zur Zeit der Schuldübernahme (nicht der Genehmigung) verpflichtet war (Planck Nr. 1 zu § 417). Es kann mithin insbesondere eingewendet werden, daß die Schuld, für die die Hypothek besteht, in Wahrheit nicht existiere, daß z. B. das Darlehn nicht gegeben sei (RG. E. 1 S. 403, Bd 7 S. 217), daß ein klagbares Schuldverhältnis nach deutschem Rechte nicht bestehe (München im Recht 1904 S. 441 Nr. 1793). Ebenso kann mit Erfolg eingewendet werden, daß die Schuld durch Zahlung des bisherigen Schuldners, durch eine zwischen diesem und dem Gläubiger schon vor der Schuldübernahme vollzogene Aufrechnung (§§ 388, 389; vgl. Mot. III S. 146) ꝛc. erloschen sei. Dagegen kann der Übernehmer nach der positiven Vorschrift des § 417 Abs. 1 Satz 2 eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen, weil Aufrechnung nur mit eigenen Forderungen möglich ist (§ 387) und weil der Übernehmer sonst vertragswidrig aus den Mitteln des bisherigen Schuldners statt aus eigenen Mitteln leisten würde. Da der bisherige Schuldner mit der erklärten oder nach § 416 Abs. 1 Satz 2 zu vermutenden Genehmigung des Gläubigers von der Schuld frei wird, interessiert die Streitfrage (vgl. Turnau I S. 792), ob der Übernehmer Einwendungen, die dem bisherigen Schuldner nach der Schuldübernahme erwachsen sind, geltend machen könne, nicht mehr. Ob der Übernehmer in den Fällen der §§ 415, 416 Einwendungen geltend machen kann, die dem bisherigen Schuldner zwischen der Vereinbarung und der Genehmigung der Schuldübernahme erwachsen sind, ist streitig. Schollmeyer (Nr. 1 a zu § 417) verneint, weil die Genehmigung rückwirkende Kraft habe. Dernburg (Schuldverh. Abt. 1 § 157 Nr. I) bejaht. Es wird Dernburg mit der Maßgabe beizutreten sein, daß durch die Rückwirkung das Recht, Einwendungen geltend zu

Digitized by Google

machen, die dem Schuldner in der Zwischenzeit auf Grund von Verfügungen des Gläubigers (§ 184 Abs. 2) erwachsen sind (man denke an Abschlagszahlungen), nicht berührt wird (Planck Nr. 1 zu § 417).

Zu beachten ist, daß es sich überall nur um die Übernahme der persönlichen Schuld handelt, also die Bestimmungen der §§ 1157, 892, 893 nicht Anwendung finden, sondern die zulässigen Einwendungen auch einem gutgläubigen Zessionar des Gläubigers gegenüber gegeben sind.

γ. Dem Übernehmer stehen ferner alle Einwendungen zu, die die Gültigkeit der Schuldübernahme betreffen. Dies gilt insbesondere auch im Falle des § 415 selbst dann, wenn der Schuldübernehmer dem Gläubiger die Mitteilung von der zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vereinbarten Schuldübernahme gemacht oder ihn zur Genehmigung aufgefordert hat (Mot. II S. 147). Ungültig ist der dingliche Vertrag, wenn er nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (§ 142). Die Anfechtung ist im Falle des § 414 gegen den Gläubiger, im Falle der §§ 415, 416 gegen den bisherigen Schuldner zu richten. Im ersten Falle wird sie der Klage des Gläubigers gegenüber sofort im Wege der Einwendung geltend gemacht, im anderen Falle muß sie zunächst gegen den bisherigen Schuldner im Wege der Klage durchgeführt werden. Ob darin, daß der Übernehmer trotz Kenntnis von der Anfechtbarkeit dem Gläubiger Mitteilung von der Schuldübernahme macht, eine die Anfechtung ausschließende Bestätigung im Sinne des § 144 zu finden sei, ist nicht zweifellos, dürfte aber zu verneinen sein (Oberneck 1 S. 866), weil die Bestätigung dem Anfechtungsgegner gegenüber erklärt werden muß. In dem Verschweigen der Kenntnis dürfte übrigens ein dolus liegen.

δ. Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten (§ 417 Abs. 2). Diese Bestimmung steht mit der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (JMBl. 1882 S. 33, Gruch. 26 S. 1124, E. 33 S. 192, Bd 43 S. 270) im Einklange. Für diese gesetzliche Regelung ist in den Prot. 1 S. 420 folgende, zunächst nur auf die Fälle der §§ 415, 416 zutreffende Begründung gegeben: „Es müsse zugegeben werden, daß der Übernehmer nur um des obligatorischen Verhältnisses willen, in das er zum Schuldner trete, die Schuld auf sich nehme; werde die Schuldübernahme mit einem Kaufvertrage verknüpft, so wolle der Übernehmer dadurch, daß er dem Gläubiger gegenüber an die Stelle des bisherigen Schuldners trete, seine Kaufpreisschuld decken. Aber daraus folge nicht, daß sein Eintritt in das Schuldverhältnis zum Gläubiger vom Rechtsbestande seiner Kaufpreisschuld abhängig sei. Gegen die Zulassung von Einwendungen aus dem Kaufgeschäfte spreche die Rücksicht auf die Lage des Gläubigers. Dieser stehe dem Kaufgeschäft als Unbeteiligter gegenüber; er werde zu ihm nicht zugezogen; es werde ihm auch in seinen Einzelheiten nicht offengelegt; man begnüge sich, ihm gegenüber zu erwähnen, daß es geschlossen sei und den Anlaß zur Schuldübernahme gegeben habe, zu deren Genehmigung er aufgefordert werde. Wollten die Vertragschließenden diese erlangen, so müßten sie ihm ein festes Recht verschaffen; die zwischen ihnen vereinbarte Schuldübernahme müsse ihm als etwas Fertiges, von keiner anderen Bedingung als seiner Zustimmung Abhängiges entgegengebracht werden. . . . Die Frage, ob der Schuldner von dem Übernehmer zu verlangen berechtigt sei, daß dieser den Gläubiger befriedige, oder ob ihm etwa die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstehe, dürfe das Recht des Gläubigers, von seinem neuen Schuldner die geschuldete Leistung zu verlangen, nicht berühren; denn der Gläubiger mache nicht das Recht des Schuldners, sondern sein eigenes Recht geltend. Müßte der Gläubiger sich solche Einwendungen gefallen lassen, so wäre es nicht möglich, die Sondervorschrift des § 416 aufzustellen; sein sicheres Recht gegen den Schuldner mit einem so ungewissen Rechtsverhältnisse zu vertauschen, könne der Gesetzgeber dem Gläubiger nicht wohl zumuten. Müsse der Übernehmer dem Gläubiger eine Leistung machen, auf die der Schuldner ihm gegenüber kein

Digitized by Google

Recht habe, so stehe ihm der Erstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Schuldner zu; aber dem Gläubiger gegenüber könne er sich darauf ebensowenig berufen, wie der Gläubiger, wenn seine Forderung durch Zahlung eines Dritten getilgt sei, aus dem Grunde zur Herausgabe des Gezahlten angehalten werden könne, weil der Vertrag des Dritten mit dem Schuldner, auf Grund dessen die Zahlung erfolgte, ungültig gewesen sei." Insbesondere ist dem Schuldübernehmer die aus der condictio indebiti erfließende Einrede dem Gläubiger gegenüber versagt, daß der dingliche Übernahmevertrag in der irrtümlichen Voraussetzung eines zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer bestehenden, die Verpflichtung zur Übernahme begründenden Rechtsgeschäfts geschlossen sei. Der Rechtsgrund der Schuldübernahme ist eine den Gläubiger nicht berührende, fremde Angelegenheit (Mot. II S. 147). Es kann ihm nicht mit Erfolg eingewendet werden, der Kaufvertrag sei im gegenseitigen Einverständnisse der Vertragschließenden wieder aufgehoben, der Käufer habe wegen Fehlerhaftigkeit der Sache gewandelt, der Kaufvertrag sei wegen Betrugs ungültig, dem Verkäufer fehle die Möglichkeit, den Vertrag zu erfüllen ꝛc. — In den § 417 Abs. 2 ist auch der Fall des § 414 einbezogen, während Entw. I § 316 Satz 3 die entsprechende Bestimmung auf den Fall der zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer vereinbarten Schuldübernahme beschränkte. Es kann der Übernehmer demnach auch im Falle des § 414 nicht mit Erfolg geltend machen, daß er irrtümlich geglaubt habe, dem bisherigen Schuldner gegenüber zur Schuldübernahme verpflichtet zu sein (Planck Nr. 3 Abs. 4 zu § 417).

15. Infolge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte. Der Entw. I. § 317 Abs. 1 Satz 1 wollte andere, zur Verstärkung der Forderung dienende Nebenrechte ausdrücklich bestehen lassen. Die 2. Komm. hat diese Bestimmung gestrichen. Es ist in jedem Einzelfalle zu untersuchen, ob ein solches anderes Nebenrecht seiner Natur nach und nach dem Willen der Interessenten bestehen bleiben soll (Prot. I S. 422, 386). Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt die gleiche Rechtslage ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 418 Abs. 1 Satz 2). Diese Bestimmungen finden jedoch nach Satz 3 das. keine Anwendung, wenn der, dem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt. Im Falle der Einwilligung (§ 183) des Eigentümers des verpfändeten Grundstücks bleibt also die Hypothek unberührt. Im Falle des § 415 liegt die Einwilligung des Eigentümers keineswegs schon in dem Abschließen des Schuldvertrags (Planck Nr. 3 zu § 418), da auch in diesem Falle der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner zu sein braucht. Hat der Eigentümer in die Schuldübernahme nicht eingewilligt, dann erlischt die Hypothek nicht, sondern der Eigentümer erwirbt sie (§ 1168). Ist die Hypothek, die für die übernommene Schuld besteht, eine Gesamthypothek, so bleibt sie auf den Grundstücken, deren Eigentümer in die Schuldübernahme eingewilligt haben, bestehen, während sie auf den Grundstücken der nicht einwilligenden Eigentümer erlischt (§ 1175). Im Falle des § 416 bleibt die Hypothek stets unberührt, d. h. sie bleibt für die Schuld verhaftet, da einer der Vertragschließenden jedenfalls Eigentümer des verpfändeten Grundstücks ist, nämlich der Veräußerer, wenn der Schuldübernahmevertrag vor der Eintragung des Eigentumsübergangs, der Erwerber, wenn der Vertrag nachher geschlossen ist.

16. Ist die Vereinbarung über die Schuldübernahme vor dem 1. Januar 1900 getroffen, die Genehmigung des Gläubigers aber erst nach jenem Tage erteilt, so kommen für die Wirkungen der Schuldübernahme die Vorschriften des BGB. in Betracht. Bei der Übernahme in Anrechnung auf den Erwerbspreis wird jedoch zu unterscheiden sein, ob der Eigentumserwerb sich vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. vollzogen hat. Ist erstes der Fall, dann findet § 41 PEigG. Anwendung, da der Gläubiger die Rechte aus § 41 mit dem Augenblicke der Eintragung des Eigentums des Erwerbers erworben hat. Anderenfalls findet § 416 BGB. Anwendung. Wenn die Auflassung vor, die Eintragung des Eigentumswechsels nach dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat, wird § 41 PEigG.

Digitized by Google

anzuwenden sein, da die bisherige preuß. Gesetzgebung davon ausging, daß Auflassung und Eintragung einen einheitlichen Akt bilden (Habicht S. 236, Dernburg Schuldverh. Abt. 1 § 159 Anm. 3; Riedner Anm. V 1 u. Planck Nr. 10 c zu Art. 189 EG. z. BGB.) Wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, findet § 416 überhaupt keine Anwendung, da § 416 Abs. 2 Satz 1 ein angelegtes Grundbuch voraussetzt (RG. E. 58 S. 384; a. M. München Seuff. A. 60 S. 58).

B. Die privative Schuldübernahme im Zwangsversteigerungsverfahren.

I. § 53 ZVG. bestimmt:

Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich, so übernimmt der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek; die Vorschriften des § 416 BGB. finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß als Veräußerer im Sinne dieser Vorschriften der Schuldner anzusehen ist.

Das gleiche gilt, wenn bei einer Grundschuld oder Rentenschuld, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich haftet, sofern er spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrags und Grundes angemeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat.

1. Eine Hypothek bleibt insoweit bestehen, als sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken ist (ZVG. § 52 Abs. 1 Satz 1). Die etwaige persönliche Schuldverbindlichkeit des Schuldners (Subhastaten) erlischt in diesem Falle nicht, wenn auch der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek zu übernehmen hat. Dem Gläubiger gegenüber bleibt der Schuldner allein persönlich verhaftet. Der Ersteher tritt nicht (wie Wolff ZVG. Nr. 4 zu § 53 annimmt) als Gesamtschuldner neben den Subhastaten, sondern er haftet dem Gläubiger durch die bloße durch das Gesetz vermittelte Schuldübernahme persönlich überhaupt nicht. Genehmigt aber der Gläubiger die Schuldübernahme, so wird der Subhastat frei und die persönliche Verbindlichkeit ruht nur auf dem Ersteher, aber nur in Höhe der Hypothek. Ein Gesamtschuldverhältnis kann im Falle des § 53 niemals eintreten.

2. Das unbeschränkte Fortbestehen der persönlichen Haftung des Subhastaten wurde als Unbilligkeit empfunden. Im PZVG. v. 1883 § 115 Abs. 3 wurde dem Subhastaten dadurch Schutz gewährt, daß auf Hypotheken, die vom Ersteher übernommen werden müssen, die Vorschriften des § 41 PEigG. übertragen wurden. Das RZVG. schließt sich diesem Gesetz insofern an, „als nach ihm die Beteiligten kraft Gesetzes ebenfalls in die Rechtslage versetzt werden, die sich im Falle eines Kaufvertrags ergibt, wenn der Käufer die Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Dies erscheint um so mehr gerechtfertigt, als der Ersteher, wenn ihm die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners oder des Eigentümers in Höhe der bestehenbleibenden Hypotheken nicht zur Pflicht gemacht würde, im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Verpflichteten sich in ungerechtfertigter Weise am Entgelte für die Überlassung des Grundstücks an ihn bereichern könnte." (Mot. z. Entw. I e. ZVG. S. 170.) Mit Rücksicht darauf sind die Bestimmungen des § 416 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt. Der § 416 setzt voraus, daß ein Schuldübernahmevertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks geschlossen ist. Daß der Ersteher Erwerber in diesem Sinne ist, ist nie bezweifelt worden; dagegen war es äußerst streitig, wer im Falle der Zwangssteigerung eines Grundstücks als Veräußerer anzusehen sei. Der § 53 Abs. 1 ZVG. schiebt diese Streitfrage bei Seite und entscheidet, daß Veräußerer im Sinne des § 416 BGB. der Schuldner (Subhastat) sei.

3. Voraussetzung der beiden in Betracht kommenden Vorschriften ist, daß der Veräußerer persönlicher Schuldner der durch die Hypothek gesicherten Forderung

ist (RG. E. 23 S. 251). Ist dies der Fall, dann steht die kraft Gesetzes vermittelte Schuldübernahme (§ 53 ZVG.) der zwischen dem Erwerber und Veräußerer vereinbarten Schuldübernahme in allen wesentlichen Beziehungen gleich. Dies gilt auch für den, der während des Zwangsversteigerungsverfahrens das Eigentum am Grundstück vom persönlich haftenden Subhastaten erworben und dabei die Schuld unter Genehmigung des Gläubigers übernommen hat (Jaeckel ZVG. Nr. 1 zu § 53). Die Schuldübernahme wird durch den Zuschlag ohne weiteres perfekt und hat die obligatorische Folge, daß der Ersteher dem Subhastaten gegenüber verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen und zwar nicht, wie im Falle des § 415 Abs. 3 Satz 1 BGB., nur im Zweifel, sondern in jedem Falle, da das Gesetz (§ 53 ZVG.) an eine abweichende Regelung nicht gedacht hat. Der dingliche Vertrag mit der Wirkung der Befreiung des bisherigen und des Eintritts des neuen Schuldners kommt erst mit der erklärten oder nach dem Gesetze zu vermutenden Genehmigung des Gläubigers zustande. Um diese Folge herbeizuführen, hat der Subhastat dem Gläubiger die Schuldübernahme unter Beobachtung der Vorschriften des § 416 Abs. 2 BGB. mitzuteilen. Der Gläubiger kann die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Subhastat sie ihm mitgeteilt hat. Ist die Mitteilung von diesem in vorschriftsmäßiger Weise gemacht, so gilt die Genehmigung nach Ablauf von sechs Monaten als erteilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat. Die dem Veräußerer im § 416 Abs. 3 auferlegten Verbindlichkeiten liegen auch dem Subhastaten ob. Nach § 416 Abs. 2 Satz 1 kann die Mitteilung des Veräußerers erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Über den Zweck dieser Bestimmung vgl. Anm. b S. 1123. Im Falle der Zwangsversteigerung geht das Eigentum am Grundstücke schon mit dem Zuschlag auf den Ersteher über. Eine entsprechende Anwendung des § 416 Abs. 2 Satz 1 dürfte dazu führen, den Subhastaten für berechtigt zu erklären, die Mitteilung an den Gläubiger zu machen, sobald der Zuschlag rechtskräftig ist (ZVG. §§ 89, 90); denn schon dann wird der Zweck der Vereinigung von Eigentum und Schuld in einer Person erreicht, selbst wenn die Genehmigung vor der Eintragung des Eigentums des Erstehers erfolgt (a. M. Jaeckel ZVG. Nr. 5 zu § 53, Fuchs 1 S. 721, Oberneck 1 S. 868; wie hier Fischer-Schäfer Nr. 1 zu § 53). Im übrigen gilt, namentlich auch hinsichtlich der zulässigen Einwendungen (vgl. RG. JW. 1900 S. 200 Nr. 63) das unter A für den Fall des § 416 BGB. Ausgeführte.

4. Abweichend von § 416 BGB. ist die entsprechende Vorschrift des § 53 Abs. 1 ZVG. in Abs. 2 das. auch auf den Fall erstreckt, wenn bei einer Grund- oder Rentenschuld, die bestehen bleibt, der Subhastat zugleich persönlich haftet. Außerhalb der Zwangsversteigerung sind die Interessenten auf den Weg des § 415 BGB. verwiesen (Anm. 10 S. 1127). Im Falle des § 53 ZVG. dagegen ist § 416 maßgebend; es tritt also insbesondere das Präjudiz des § 416 Abs. 1 Satz 2 ein. Über den Grund dieser Abweichung läßt sich nichts ermitteln. „Da eine persönliche Haftung nicht ohne weiteres mit der Grund- oder Rentenschuld als solcher verbunden ist, so erfordert es die Rücksicht auf den Ersteher, daß dieser nur dann die persönliche Schuld zu übernehmen hat, wenn der Subhastat spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrags und Grundes angemeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat" (Denkschr. z. ZVG. S. 76). Unterbleibt die Anmeldung (die vom Subhastaten ausgehen muß) und Glaubhaftmachung, so verbleibt die persönliche Schuld beim Subhastaten. Muß dieser demnächst zahlen, so wird er wegen der ungerechtfertigten Bereicherung (BGB. §§ 812 ff.) den Ersteher in Anspruch nehmen können, aber da der Ersteher dem Gläubiger nur dinglich haftete, nur auf Leistung aus dem Grundstücke (Jaeckel Nr. 4 zu § 53). Auf Reallasten bezieht sich § 53 nicht.

II. Nach § 59 Abs. 1 Satz 1 ZVG. kann jeder Beteiligte eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen

Digitized by Google

verlangen und nach Abs. 3 das. bedarf es, wenn das Fortbestehen eines Rechtes bestimmt werden soll, das nach § 52 erlöschen würde, nicht der Zustimmung eines nachstehenden Beteiligten. Hat der Gläubiger das Bestehenbleiben einer Hypothek, die an sich aus dem Zwangsversteigerungserlöse zu decken sein würde, zur Bedingung gemacht, so liegt es auf der Hand, daß der Subhastat oder der sonstige Schuldner darunter nicht leiden kann, sondern daß er von der persönlichen Verbindlichkeit frei werden muß. Die Annahme, daß der Gläubiger damit einen Schuldübernahmevertrag vorschlägt, wird nicht fehl gehen, aber wohl nicht einen Übernahmevertrag im Sinne des § 416 BGB. und des § 53 ZVG., sondern einen solchen im Sinne des § 414 BGB. Der Ersteher nimmt das Vertragsangebot mit Abgabe des Meistgebots an. Der Vertrag wird nicht zwischen dem Schuldner, sondern zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossen. Mit der Rechtskraft des Zuschlags tritt die dingliche Wirkung der Schuldübernahme ein. Davon, daß dem Gläubiger, der selbst die Bedingung der Übernahme gestellt hat, die Übernahme nach dem Zuschlage vom Subhastaten mitgeteilt werden müßte und ihm dann noch eine sechsmonatige Erklärungsfrist offen stände, wie es bei Anwendung des § 416 der Fall wäre, kann keine Rede sein. Die Konstruktion, daß der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Ersteher geschlossen werde und daß der Gläubiger durch das Aufstellen jener Versteigerungsbedingung seine vorherige Zustimmung (Einwilligung; § 183 BGB.) erteile, so daß es seiner Genehmigung nach dem Zuschlag nicht mehr bedürfe (Jaeckel Nr. 3 zu § 53 ZVG.), scheint dem regelmäßigen Parteiwillen nicht gerecht zu werden; doch ist ihre Möglichkeit zuzugeben. Die Unwiderruflichkeit der Einwilligung dürfte nicht zu bezweifeln (§ 183 Satz 1) und daher das Bedenken, das aus § 416 gegen diese Konstruktion hergeleitet werden könnte, nicht für begründet zu erachten sein. Ob auch, wenn das Bestehenbleiben einer Grund- oder Rentenschuld als Versteigerungsbedingung gestellt wird, damit verlangt wird, daß der Ersteher in die daneben bestehende persönliche Schuld eintrete, ist recht zweifelhaft. Eine dem § 53 Abs. 2 entsprechende Vorschrift ist für diesen Fall nicht gegeben, und so wird angenommen werden müssen, daß der Ersteher nur dann die persönliche Schuld überkommt, wenn dies ausdrücklich als Versteigerungsbedingung gestellt ist. Der bisherige persönliche Schuldner wird jedenfalls frei.

III. Der § 91 ZVG. bestimmt:

Durch den Zuschlag erlöschen unter der im § 90 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen.

Ein Recht an dem Grundstücke bleibt jedoch bestehen, wenn dies zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher vereinbart ist und die Erklärungen entweder im Verteilungstermin abgegeben oder, bevor das Grundbuchamt um Berichtigung des Grundbuchs ersucht ist, durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden.

Im Falle des Abs. 2 vermindert sich der durch Zahlung zu berichtigende Teil des Meistgebots um den Betrag, welcher sonst dem Berechtigten gebühren würde. Im übrigen wirkt die Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke.

1. In den Mot. zu dem dem § 91 entsprechenden § 139 Entw. 1 S. 262 wird ausgeführt: „Die Tragweite des Vertrags beschränkt sich nicht auf das Verhältnis der Vertragschließenden untereinander. Das Gesetz muß damit rechnen, daß regelmäßig ein persönlicher Schuldner, mitunter auch noch ein Mitverpflichteter vorhanden sein wird, daß ein Dritter für den Fall der Zahlung aus dem Grundstücke dessen bisherigem Eigentümer regreßpflichtig sein und daß für denselben Anspruch des Berechtigten noch fremde Grundstücke haften können. Wird dieser Anspruch durch Zahlung aus dem Versteigerungserlöse befriedigt, so ist die Folge die, daß die vorhandene persönliche Verbindlichkeit wegfällt, die Regreßpflicht begründet wird und das Recht an den mithaftenden Grundstücken erlischt. Muß nun auch dem Ersteher und dem Berechtigten gestattet werden, die Zahlung dadurch zu umgehen, daß sie das Erlöschen des Rechtes ausschließen, so darf doch das Gesetz eine solche Vereinbarung nur unbeschadet jener berechtigten Interessen zulassen. Es müssen also die Wirkungen, die die

Digitized by Google

Zahlung gehabt haben würde, auf den Vertrag, durch den das Erlöschen des Rechtes verhindert wird, übertragen werden." Die für eine Schuld, für die eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld besteht, persönlich Haftenden, insbesondere auch der Subhastat werden frei. Zweifelhaft bleibt, ob der Ersteher auf Grund einer lediglich dahin gehenden Vereinbarung, daß eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld bestehen bleiben solle, an Stelle des bisherigen Schuldners in die persönliche Schuldverbindlichkeit eintritt, ob eine Schuldübernahme vorliegt. Nach dem § 116 PZVG. v. 1883 konnte der Ersteher in Anrechnung auf das bar zu zahlende Kaufgeld die aus diesem zur Hebung kommenden Forderungen mit Einwilligung der betreffenden Gläubiger übernehmen, und eine solche Übernahme wirkte wie eine aus dem Grundstücke gewährte Befriedigung. Auf diesen Fall fand nicht § 41 PEigG. (RG. Gruch. 43 S. 957) Anwendung, sondern es wurde eine dem § 414 BGB. völlig entsprechende Schuldübernahme angenommen (RG. Gruch. 42 S. 716). Der § 91 RZVG. bezeichnet den Vertrag nicht als Schuldübernahme. Daraus ist gefolgert worden, daß im Falle des § 91 die Annahme einer Schuldübernahme ausgeschlossen sei (Jaeckel Nr. 3 zu § 53, Nr. 3 zu § 91). Die Motive zu dem mit § 91 Abs. 2 und 3 inhaltlich übereinstimmenden § 139 Entw. I S. 262 sprechen, obwohl auch dort das Wort „Übernahme" nicht gebraucht ist, von der *Übernahme* einer Hypothek oder eines anderen das Grundstück belastenden Rechtes. Es ist jedoch zu beachten, daß § 91 ZVG. vom Bestehenbleiben eines Rechtes an dem Grundstück, also des dinglichen Rechtes, § 116 PZVG. dagegen von der Übernahme von *Forderungen* spricht. Demnach scheint allerdings der Eintritt des Erstehers in die persönliche Schuld einer besonderen Vereinbarung im Sinne des § 414 BGB. zu bedürfen. Von einer Anwendung des § 53 ZVG. auf eine dem § 91 entsprechende Vereinbarung kann schlechthin keine Rede sein, schon deshalb nicht, weil diese Vereinbarung nicht zwischen dem Ersteher und dem *Subhastaten* getroffen wird, mithin entsprechende Anwendung des § 416 BGB. ausgeschlossen ist. Ist das Recht, das nach der Vereinbarung bestehen bleiben soll, eine Hypothek, so wird die Annahme, daß der Ersteher die unterliegende persönliche Schuld übernommen habe, dem regelmäßigen Parteiwillen wohl entsprechen (Dresden in Seuff. Arch. 59 S. 480). Das KG. (RJA. 6 S. 152) vertritt mit beachtlichen Gründen die Meinung, daß zufolge der Vereinbarung mit der dinglichen Haftung zugleich auch die persönliche Verbindlichkeit ohne weiteres auf den Ersteher übergehe. In jedem Falle wird es ratsam sein, die Schuldübernahme nach § 414 BGB. besonders zu vereinbaren. Die frühere Hypothek bleibt bestehen; der Hypothekenbrief behält seine Geltung.

2. Der bisherige persönliche Schuldner, gleichviel ob er mit dem Subhastaten identisch ist, wird frei. Pfandrechte und Bürgschaften erlöschen, nicht auf Grund des § 418 BGB. (Jaeckel Nr. 4 zu § 91), der von den Gegnern der Schuldübernahmetheorie nicht angezogen werden darf, sondern, weil der Gläubiger nach § 91 Abs. 3 Satz 2 ZVG. befriedigt ist. Diese Wirkungen treten sofort mit dem Abschlusse des Vertrags ein, falls dieser den Voraussetzungen des § 91 Abs. 2 entspricht. Das nach der Vereinbarung bestehen bleibende Recht bleibt wiederum nicht nach § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB., sondern infolge der Vereinbarung aufrecht erhalten. Für das Schicksal der Hypothek ꝛc. auf gesamthaftenden Grundstücken sind die §§ 1181 Abs. 2 und 3, 1182 BGB. maßgebend.

C. Die kumulative, durch Gesetz vermittelte Schuldübernahme des § 419 BGB.

§ 419. Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

Digitized by Google

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden.

1. Nach römischem Rechte erwarb der Gläubiger gegen jemand, der durch einen Vertrag unter Lebenden das ganze gegenwärtige Vermögen (oder einen Bruchteil) des Schuldners übernommen hatte, keine unmittelbaren Rechte. In der Lehre des gemeinen Rechtes war die Frage, abgesehen vom Falle der durch den Gläubiger genehmigten Schuldübernahme, streitig. Die neuere Gesetzgebung hat die Frage fast durchweg nur für gewisse Verträge zu lösen gesucht. So das PALR. im Anh. § 19 zu § 646 I 11 für den Vitalizien- und Alimentenvertrag. In diesem besonderen Falle hatte die Übernahme eines Vermögensinbegriffs die Pflicht des Erwerbers zur Folge, die Schulden des Übertragenden zu berichtigen (OTrib. Arch. 63 S. 165; RG. E. 25 S. 278). Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf andere Fälle der Übertragung eines ganzen Vermögens war nach feststehender Rechtsprechung unstatthaft. Das BGB. gibt, dem hervorgetretenen Verkehrsbedürfnisse folgend, eine allgemeine Vorschrift. Nur für den Erbschaftskauf sind, wie auch im PALR. (I 11 § 463), besondere Bestimmungen in den §§ 2371 ff. getroffen.

2. Die Anwendung des § 419 ist beschränkt auf den Fall, daß jemand durch Vertrag unter Lebenden sein eigenes *gegenwärtiges* Vermögen oder einen Bruchteil davon auf einen anderen überträgt. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen, ist nichtig (§ 310). Ebenso ist ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig (§ 312 Abs. 1 Satz 1). In dem entsprechenden § 319 Entw. I war der Eingang der Bestimmung dahin gefaßt: „Übernimmt jemand durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines anderen.“ Das Wort „ganze“ ist von der 2. Komm. gestrichen, um die Fälle der Übertragung eines Bruchteils und der Ausschließung einzelner Vermögensstücke von der Übertragung (wie auch nach bisherigem Rechte beim Vitalizienvertrage; RG. E. 24 S. 260, Bd 25 S. 280, Gruch. 37 S. 1025) unter die Bestimmung des § 419 BGB. zu stellen (Prot. I S. 428).

3. Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§§ 311, 128), widrigenfalls er nichtig ist (§ 125 Satz 1). Durch Vertragserfüllung wird der Formmangel nicht geheilt. Der formgültige Vertrag erzeugt unter den Vertragschließenden nur obligatorische Wirkungen. Er verpflichtet zur Übertragung des Eigentums an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen, hat aber nicht diesen Übergang zur Folge. Er kann nicht mit dinglicher Wirkung geschlossen werden; er erzeugt insbesondere auch keine Gesamtrechtsnachfolge. Daher müssen (wie bisher; KG. JW. 18 S. 60) die einzelnen Gegenstände nach den für ihre Übertragung geltenden Vorschriften übertragen werden; bei Grundstücken ist mithin Auflassung und Eintragung des Übernehmers als Eigentümers erforderlich (§ 925).

4. Den *Gläubigern* des bisherigen Eigentümers gegenüber erzeugt der nach Form und Inhalt gültige Vertrag sofort mit seinem Abschlusse die *dingliche* Wirkung, daß der Übernehmer ihnen für *die zur Zeit der Übernahme bestehenden Schulden* neben dem bisherigen Schuldner haftet. Es erscheint verfehlt, mit Rücksicht auf diese Wirkung von einer Universalsukzession in die Passiva (Prot. II S. 151) zu sprechen, weil eine solche bloß in die Schulden, nicht auch in die Aktiva nicht denkbar ist und weil eine Gesamtrechtsnachfolge niemals zu einer kumulativen Haftung des Vorfahren und des Nachfolgers führen kann; sondern es handelt sich im Falle des § 419 um eine mit dem Übernahmevertrage kraft Gesetzes verbundene kumulative Schuldübernahme. Diese gesetzliche Verbindung ist (wie nach bisherigem Rechte beim Vitalizien- und Alimentenvertrage: RG. E. 24 S. 256, Bd 25 S. 280, Gruch. 37 S. 1023) derart zwingend, daß die Haftung des

Übernehmers nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen werden kann (§ 419 Abs. 3). Das BGB. „knüpft die unmittelbare Haftung des Übernehmers nicht an den Empfang des Vermögens bezw. an den Empfang ohne Zurückbehaltung der zur Schuldentilgung erforderlichen Mittel, sondern an den Abschluß des Vertrags, der der Übergabe zugrunde liegt" (Mot. II S. 151). Der Veräußerer kann nur durch besonderen Vertrag mit den Gläubigern von der Schuldenhaftung frei werden.

5. Der Übernehmer haftet jedoch den Gläubigern nicht unbeschränkt, sondern nur mit dem übernommenen Vermögen und mit den ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüchen (§ 419 Abs. 2 Satz 1). Ist der Übernahmevertrag noch nicht erfüllt, so haftet der Übernehmer nur mit dem Anspruch auf Erfüllung. Er haftet nicht (wie nach § 319 Entw. 1) in Höhe des Wertes des Aktivvermögens mit seinem ganzen Vermögen (pro viribus), sondern nur mit den übernommenen Gegenständen (cum viribus). „Praktisch gestaltet sich der Anspruch des Gläubigers gegen den Übernehmer einfach analog dem Anspruche des Anfechtungsgläubigers nach den Grundsätzen der actio Pauliana; er richtet sich auf Rückgewähr der übernommenen Vermögensstücke zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers" (Prot. I S. 429, Bd V S. 828 XI). Haftet der Übertragende für eine auf dem zum Vermögen gehörenden Grundstücke lastende Hypothek nur dinglich, so kann der Hypothekengläubiger auch dem Übernehmer gegenüber nur Befriedigung aus dem Grundstücke, haftet der Übertragende für die durch die Hypothek versicherte Schuld auch persönlich, so kann der Gläubiger Befriedigung aus allen übertragenen Gegenständen verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Übertragende bei einer Grund- oder Rentenschuld zugleich persönlich haftet.

Die Gläubiger des Übertragenden dürfen nur die Sachen beim Übernehmer zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen, die zum übernommenen Vermögen gehören In dieser Beziehung wird ihnen die Beweislast zuzuteilen sein. Der Übernehmer kann aber die Beschränkung seiner Haftung auch nach der Richtung hin geltend machen, daß die Befriedigung eines Gläubigers des Übertragenden aus dem übertragenen Vermögen nicht zulässig sei, weil das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger des Übertragenden nicht ausreiche, und in dieser Beziehung wird ihm die Beweislast obliegen (Prot. I S. 428). Das weitere Verfahren richtet sich nach den von der beschränkten Haftung des Erben für Nachlaßschulden handelnden §§ 1990, 1991. Beruft der Übernehmer sich auf seine beschränkte Haftung, so ist er verpflichtet, das Vermögen und die ihm aus dem Übernahmevertrage zustehenden Ansprüche zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (§ 1990 Abs. 1 Satz 2). Er ist den Gläubigern für die bisherige Verwaltung des Vermögens so verantwortlich, wie wenn er von der Abschließung des Übernahmevertrags an die Verwaltung für die Gläubiger als ihr Beauftragter zu führen gehabt hätte (§ 1991 Abs. 1). Die Berichtigung einer auf dem übernommenen Vermögen ruhenden Schuld müssen die Gläubiger gelten lassen, wenn der Übernehmer den Umständen nach annehmen durfte, daß das Vermögen zur Berichtigung aller darauf ruhenden Schulden des Übertragenden ausreiche (§§ 1991 Abs. 1, 1979). Die infolge der Schuldübernahme durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen den Gläubigern des Übertragenden und dem Übernehmer als nicht erloschen (§ 1991 Abs. 2). Gelingt dem Übernehmer der Beweis, daß das Vermögen unzureichend ist, so ist ihm die Beschränkung seiner Haftung im Urteile vorzubehalten (ZPO. §§ 786, 780 Abs. 1). Bei der Zwangsvollstreckung hat er sie nach §§ 781, 785, 767 ZPO. geltend zu machen.

Ein Gläubiger, dessen Forderung an den Übertragenden erst nach der Abschließung des Übernahmevertrags entstanden ist, kann sich an die schon in das Eigentum des Übernehmenden übergegangenen Gegenstände nicht halten; liegt aber noch nichts vor, als der obligatorische Übernahmevertrag, so ist er durch nichts gehindert, die Zwangsvollstreckung in die noch im Eigentume seines Schuldners befindlichen Gegenstände bewirken zu lassen.

Die Gläubiger des Übernehmers können sich an die übernommenen Gegenstände halten sobald diese in das Eigentum des Übernehmers übergegangen sind. Daß sie den Gläubigern des Übertragenden gegenüber zurücktreten müßten, ist im Gesetze nicht bestimmt.

6. Der Übertragende bleibt seinen Gläubigern auch nach dem Übernahmevertrag weiter verhaftet, und zwar auch mit seinem später erworbenen Vermögen. Er wird erst frei, wenn der Übernehmer den Gläubiger befriedigt. Dem Übertragenden gegenüber ist der Übernehmer im Zweifel zu dieser Befriedigung verpflichtet, hat ihm also zu erstatten, was dieser den Gläubigern hat zahlen oder leisten müssen (Planck Nr. 3 zu § 419).

7. Die gegen den bisherigen Vermögensinhaber vor dem Abschlusse des Übernahmevertrags rechtskräftig erfolgte Feststellung einer Schuld ist auch gegen den Übernehmer vollstreckbar (Abweichung vom früheren Rechte; OTrib. Arch. 53 S. 200, vgl. jedoch das. Bd 97 S. 218). Die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Übernehmer darf nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden (§§ 727, 729, 730 ZPO.). Handelt es sich um die Vollstreckung des Urteils, so muß außer dem zu vollstreckenden Urteil auch die diesem beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern diese auf Grund öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit ihrem Beginn zugestellt werden (§ 750 Abs. 2 ZPO.).

8. Über den Fall der Übernahme eines Handelsgeschäfts vgl. § 25 HGB. und §§ 729, 730, 750 ZPO.

9. Dem Übernehmer stehen alle Einwendungen zu, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Übertragenden ergeben, ferner die ihm persönlich gegen den Gläubiger erwachsenen und die gegen die Gültigkeit des Übernahmevertrags gerichteten. Eine ihm vom Übertragenden nicht mit abgetretene Forderung wird er ohne dessen Einwilligung zur Aufrechnung nicht benutzen dürfen. Ist der Übernahmevertrag nichtig oder vom Übernehmer mit Erfolg angefochten, so besteht keine Schuldenhaftung des Übernehmers.